

# **lecciones**

# **Y ENSAYOS**

SEGUNDA EPOCA

**2**

TEMAS DE DERECHO CIVIL

III CURSO

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

diciembre, 1982







## INDICE, VOLUMEN DE DERECHO CIVIL

- 1) Contratos Unilaterales y Bilaterales, GASTALDI, José María. Págs. 4 - 12.
- 2) Excepción de Incumplimiento Contractual, CENTENARIO Esteban. Págs. 13 - 21.
- 3) Señal o Arras, MADERNA ETCHEGARAY, Horacio. Págs. 22 - 23.
- 4) Señal, Señal o Arras, MIGUEL Jorge. Págs. 35 -51.
- 5) Facto Comisorio, GASTALDI José María. Págs. 52 - 53.
- 6) Sobre el Concepto Multifoco de Compraventa en Materia Civil - VERNENGO FRACK Rómulo. Págs. 74 - 79.
- 7) Revocación de las Donaciones, CASAS DE CHAMORRO YANASCO María Luisa. Págs. 80 -96.
- 8) Obligaciones del Mandatario Frente al Mandante en el Código Civil Argentino, VIDELA ESCALADA Federico. Págs. 97 - 113.

**Cátedra del Dr. José María Castaldi (Titular Interino)**

*Selección para desarrollarla con la colaboración de dos profesores, el tema de la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales, especialmente por la importancia que tienen sus efectos propios de estos últimos, de los cuales también nos ocupamos.*

*Hechos analizados, en cuatro trabajos, la clasificación misma y uso de sus efectos –el “doble ejemplo”–, y luego los otros tres efectos principales –excepción de incumplimiento contractual, pena y pacto comisorio–.*

**José María Castaldi**

## CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES

*Por José María Gascó*

### a) Concepto

Entre las clasificaciones "jurídicas" de los contratos, es decir, aquellas que toman en cuenta para ubicarlos en una determinada categoría sus aspectos jurídicos —por oposición a las "funcionales", que apuntan a la función que cumplen—, se encuentra la que los divide en contratos unilaterales y contratos bilaterales.

Vélez Sarsfield en su Código Civil nos suministra varias clasificaciones de los contratos —arts. 1138 a 1143, sin perjuicio del art. 2051—, adoptando el criterio de las clasificaciones "partidas", o sea, de dos en dos, oponiendo una a otra, de modo de establecer una comparación, que permite distinguirlos claramente.

Precisamente de la primera clasificación, que figura en el art. 1138, es de la que vamos a ocuparnos.

Dice dicha norma: "Los contratos se denominan en este Código unilaterales, o bilaterales. Los primeros son aquellos en que una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. Los segundos, cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra".

El contrato es fuente de obligaciones y esta clasificación toma precisamente en cuenta si ellas surgen para una sola de las partes —unilateral (ejemplo: donación simple, mandato gratuito, venta vitalicia, fianza, mutuo, comodato, depósito)— o si las obligaciones son recíprocas —bilateral o sinalagnático, como también se lo llama (ejemplo: compra y venta, permuta, cesión onerosa, locación en sus diversos tipos, mandato oneroso, etc.)—.

Adelantamos que puede darse el caso, que se denomina plurilateral, como el contrato de sociedad, en el que pueden ser más de dos socios —partes en el contrato— las que resultan obligados ("mutuamente", como dice el Código Civil al definir el contrato de sociedad en el art. 1648); de esta categoría nos ocuparemos más adelante, dentro del tratamiento del pacto comisorio.

El concepto que emana del artículo centraría la clasificación en la existencia de una o dos partes obligadas, pero debe destacarse que no basta que en el contrato bilateral cada una de las partes resulte obligada con una prestación, o sea que existan obligaciones contrapuestas, sino que entre ambas debe existir un vínculo de reciprocidad, de interdependencia, por lo que cada parte no está obligada a su propia prestación sin que sea debida la prestación de la otra; una resulta así presupuesto de la

otra (Meuzio, *Doctrina General del Contrato*, t. I, pág. 411 y *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. IV, pág. 473). De allí que la doctrina clásica y parte del neocausalismo sostienen que en los contratos bilaterales la causa de la obligación de una parte la constituye la obligación de la otra o la efectiva prestación de ésta.

Tal reciprocidad se evincia por la doctrina francesa diciendo que los contratos bilaterales deben ser cumplidos "donnat donnat" o "trait pour trait", los alemanes emplean la expresión "Zug um Zug" y los autores italianos hablan de "mano a mano"; todo ello equivaldría, a la expresión castellana "toma y daca" (Spota, *Alberto C., Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, I, pág. 143). Se expresa así claramente el sentido de reciprocidad e interdependencia.

En el contrato bilateral también puede decirse que ambas partes se constituyen recíprocamente en deudores y acreedores, son al mismo tiempo deudor y acreedor, debiendo surgir sus obligaciones en el mismo momento, coexistiendo.

En cuanto a la fuente de la clasificación, véase cita en la nota del art. 1138 al Código Civil Francés (arts. 1102 y 1103), al Código italiano de 1865 (arts. 1099 y 1100) y al de Nápoles (arts. 1056 y 1057). Sin embargo, la fuente directa sería, al decir de Segovia, Aubry et Rau, par. 341, n.º 1 y 2, pudiendo señalarse también el proyecto de Código Civil para España de Goyena, art. 975, el Código de Chile, art. 1439 y el Código de California arts. 1389 y 1390.

#### b) *Distinción con los actos jurídicos unilaterales y bilaterales*

Corresponde distinguir la clasificación de los contratos que venimos contemplando de la que el Código hace de los actos jurídicos, también con la misma denominación, unilaterales y bilaterales, en el art. 946, que expresa: "Los actos jurídicos son unilaterales o bilaterales. Son unilaterales, cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento. Son bilaterales, cuando requieren el consentimiento unánime de dos o más personas".

Ya vimos que para calificar los contratos en las categorías que llevan el mismo nombre, se tiene en cuenta las obligaciones que surgen de ellos, o sea los efectos, según resulten una o ambas partes obligadas. En cambio, la clasificación de los actos jurídicos de igual denominación apunta a la cantidad de voluntades necesarias para que nazca el acto, es decir, no a los efectos sino a la misma formación.

Siendo así, resulta claro que el contrato, si se lo considera como acto jurídico—recordamos que el contrato es un acto jurídico bilateral, entre vivos, que regla los derechos de las partes en el ámbito patrimonial— siempre será bilateral, porque por definición necesita el consentimiento de dos o más personas. En cambio, como contrato, podrá ser unilateral o bilateral, según el criterio que surge del concepto de estas categorías.

#### c) *Contratos bilaterales y contratos con prestaciones recíprocas*

Como introducción a este tema cabe señalar que el moderno Código italiano de 1942 reemplazó la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales por la de contratos con prestaciones recíprocas y contratos con prestación a cargo de una sola de las partes, si bien, a diferencia del Código de 1865, no concebía las categorías sino que ellas se infieren de su mención en diversos artículos (1333, 1406, 1453, 1460, 1461, 1462, 1463 y 1467). Sin embargo, no es pacífica la doctrina que sostiene que ambas clasificaciones son equivalentes.

La cuestión adquiere importancia entre nosotros porque el art. 1204 incorporado por la ley 17.711 al Código Civil, dispone la vigencia del pacto comisorio para los "contratos con prestaciones recíprocas" y es el caso establecer si tal expresión se

asimila a la de contratos bilaterales o no. Teniendo en cuenta que luego nos hemos de referir al instituto de la cláusula comisoría, trataremos acá el problema.

A nuestro criterio, al menos en nuestro sistema legal, es equivalente el contrato bilateral al contrato con prestaciones recíprocas y entendemos que lo mismo puede sostenerse en el otro término de ambas clasificaciones —contrato unilateral y contrato con prestación a cargo de una parte—. Veamos los argumentos de esta tesis.

Por de pronto, los términos "reciprocidad" u "obligaciones recíprocas", guardan perfecta consonancia con la propia definición de contrato bilateral que hemos examinado, cuando dice que "se obligan recíprocamente", e inclusive con lo dispuesto por el art. 510 —"en las obligaciones recíprocas (clara alusión a los contratos bilaterales si conjugamos esta norma con los arts. 1138 y 1201) el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva" —.

Dicha concordancia resulta de que el art. 510 trata el mismo tema que el art. 1201 y este último alude a los contratos "bilaterales" en lugar de referirse a "obligaciones recíprocas". Siendo así, resulta que el codificador ha considerado equivalentes los términos.

Si a lo expuesto agregamos que el Código Civil no trae noción alguna de contratos con prestaciones recíprocas, se llega a la conclusión que en dicho código —y en nuestro derecho positivo— tal categoría equivale a la de contratos bilaterales, sin perjuicio de que en doctrina pueda sostenerse la existencia de dos categorías distintas.

Cabe señalar que Mesineo, en la doctrina italiana, sostiene que la distinción, en el pensamiento del código de ese país de 1942, equivale a la anterior entre bilateral y unilateral, afirmando que los artículos nuevos tienen un paralelo en los arts. 1165 y 1469 del código anterior, siendo su equivalente, aunque según algunos autores subsistiese el defecto que se imputaba al concepto de bilateral, que consistía en dejar fuera las figuras de contrato en las que si bien no existían obligaciones para ambas partes, había prestaciones recíprocas (tal por ejemplo, el contrato que implica renuncia a un derecho, o que comporta la disolución de un vínculo jurídico). Pero dicho autor, señala que en realidad la razón de la nueva terminología debe buscarse en el intento de evitar el uso de los términos unilaterales y bilateral referidos al contrato, ya que ellos tienen un uso distinto tratándose de los negocios jurídicos (actos jurídicos).

No obstante lo expuesto, en nuestra doctrina se ha sostenido que el término prestaciones recíprocas es más amplio que el de contratos bilaterales y abarcaría también los unilaterales onerosos, tal por ejemplo el mutuo, cuando éste es oneroso.

Se parte de la base de que el término "prestaciones recíprocas" no alude a los contratos bilaterales del art. 1138, sino a los onerosos del art. 1139, o sea a los contratos que dicha doctrina conceptúa como aquellos en que los beneficios o ventajas que las partes tienden a conseguir mediante el negocio celebrado, son recíprocos.

Agrega esta tesis que es indudable que el legislador, al emplear la expresión "prestaciones recíprocas" y no "obligaciones recíprocas", es porque ha querido comprender en ella además de los contratos bilaterales aquellos otros contratos en los cuales, si bien no existen obligaciones recíprocas, median "prestaciones" recíprocas, que no son otras, según esta teoría, que los unilaterales onerosos. Si el legislador, dicen, hubiese querido aludir a los contratos bilaterales con una nueva terminología, hubiera dicho "contratos con obligaciones recíprocas" y no "con prestaciones recíprocas". Prestación y obligación, concluye la tesis, no son lo mismo.

No obstante los argumentos, nos colocamos en la tesis contraria, ampliando los fundamentos que hemos dado más arriba.

A nuestro criterio no puede sostenerse que "prestaciones recíprocas" y "bilaterales" sean categorías distintas. Es que consideramos términos equivalentes "obligaciones

recíprocas" y "prestaciones recíprocas" y separamos de ellos a los contratos onerosos. Nos amparamos en la propia norma del art. 1139 que, compaginada con otra norma ubicada en el depósito resuelve, en nuestra opinión, el verdadero concepto de contrato oneroso, que resultará distinto a prestaciones recíprocas, siendo este último equivalente a bilaterales.

No olvidemos que como ya dijimos el concepto de bilateralidad importa no sólo que cada una de las partes está obligada sino que existen obligaciones contrapuestas, recíprocas, interdependientes, por lo que cada obligación resulta presupuesto de la otra.

En cambio, en los contratos onerosos no se da ese nexo de interdependencia, no siendo a nuestro criterio la clave de los mismos la reciprocidad de ventajas, que permitiría asimilarlos a los de prestaciones recíprocas. Oneroso no es prestación por prestación.

Dicha clave para nosotros es otra.

El art. 1139 dispone: "... son a título oneroso, cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle...".

Si bien no resulta muy clara la norma del código, el punto clave no es la reciprocidad de prestaciones sino el hecho de que al efectuar una parte la prestación o al obligarse a hacerlo ha tenido "en mira" una ventaja que la otra le concedería: una ventaja, no una contraprestación.

Si bien no aparece muy claro el concepto, el mismo es magistralmente complementado por Vélez si lo interpretamos en conjunto con el art. 2183. Esta norma sirve a nuestro criterio para obtener el verdadero concepto de onerosidad.

Dice Vélez, luego de definir el depósito como gratuito en el artículo anterior, lo siguiente: "Una remuneración espontáneamente ofrecida por el depositante, o la concesión a éste del uso... no quita al depósito el carácter de gratuito".

Si bien hay quienes sostienen que este artículo implica catalogar el depósito oneroso y que si así fuera en su final debería decir "no le quita al depósito el carácter de tal", advertimos que no es ese el concepto que ha querido dar el codificador.

Vélez habla acá de una remuneración "espontáneamente" ofrecida, estableciendo que en tal caso el contrato no pierde el carácter de gratuito. Cabe preguntarse por qué y responder fácilmente: porque si tal remuneración es espontánea quiere ello decir que la misma no estaba prevista ni estipulada y que el depositario que es quien la recibe, no la tuvo "en mira" para otorgar a su vez la ventaja que para el depositante importa la guarda de la cosa confiada.

Nosotros hemos reiterado en diversas oportunidades que encontramos allí, en complemento con el art. 1138, el verdadero concepto de onerosidad. No se trata de reciprocidad, ni siquiera de ventajas recíprocas, pues todo ello está referido a la clasificación de los contratos bilaterales. Se trata de conceder algo teniendo "en mira", teniendo conocimiento, de lo que a su vez va a conceder la contraria. Por eso es que Vélez en el art. 2183 afirma que el contrato no pierde el carácter de gratuito, precisamente, porque la remuneración no se tuvo en mira, pues fue dada espontáneamente por la otra parte, parte. Sosteniendo el criterio expuesto respecto al concepto

Sosteniendo el criterio expuesto respecto al concepto de contratos onerosos, estudiando en el mismo la equivalencia con la reciprocidad de las prestaciones, se llega fácilmente a la conclusión de que en nuestro código los contratos con prestaciones recíprocas no equivalen a los contratos onerosos, ni siquiera al unilateral, sino que es terminología equivalente a contratos bilaterales. Refuerza nuestra tesis, la circunstancia de que Vélez emplea en forma indistinta las expresiones "obligaciones recíprocas" que utilizan los arts. 510 y 1138 y "obligaciones bilaterales", que trae en cambio en el

art. 1201, no obstante que esta última norma es equivalente al art. 510. En normas similares, entonces, emplea dos expresiones "terminológicamente" diferentes pero que no emplearía si fueran "conceptualmente" distintas.

Por otra parte no está de más señalar que si la reforma de la ley 17.711 hubiera querido aludir en el art. 1204 a los contratos unilaterales onerosos lo hubiera hecho con toda claridad, como lo hizo en el art. 1198 en que los menciona expresamente.

En conclusión, entendemos que la categoría de contratos con prestaciones recíprocas es equivalente a la de contratos bilaterales, al menos dentro de nuestra legislación positiva.

#### d) *Contratos bilaterales imperfectos.*

Se admite en doctrina también la clasificación de los contratos bilaterales o sinalagnmíticos en perfectos e imperfectos.

Serían los primeros aquellos que desde su nacimiento, genéticamente, engendran obligaciones recíprocas (ejemplo son los citados antes como bilaterales) y los imperfectos, los que al surgir el contrato solo hacen nacer obligaciones para una parte (genéticamente son unilaterales), pero cuando se cumplen, en la etapa de funcionamiento, hacen surgir obligaciones también para la otra, convirtiéndose funcionalmente en bilaterales. Por ejemplo, el mandato gratuito sería para esta clasificación unilateral en su génesis, ya que origina inicialmente solo obligaciones para el mandatario (la principal: cumplir el mandato); pero si para cumplir su cometido el mandatario tiene que realizar gastos, se engendra para el mandante la obligación de resarcirlos (en nuestro código, art. 1949 y concordantes); en la funcionalidad del contrato, pues, han surgido obligaciones para el otro contratante, inicialmente no obligado, lo que aproxima el caso al contrato bilateral, pues en esa etapa como consecuencia de la ejecución del contrato resultan las dos partes obligadas.

Otro supuesto se encuentra en el depósito, cuando el depositario efectúa gastos que crean para el depositante —antes no obligado— la obligación de pagarlos (art. 2224).

La categoría intermedia de los bilaterales imperfectos no es generalmente admitida. Se originó en el derecho romano y de allí pasó al antiguo derecho francés. La recoge por ejemplo Pothier, quien expresa que en los contratos perfectamente sinalagnmíticos la obligación que contrata cada uno de los contratantes es igualmente una obligación principal de ese contrato. En cambio, en los sinalagnmíticos que denomina "menos perfectos", la obligación inicial de uno de las partes constituye la obligación principal del contrato, mientras que las que puedan resultar después, como la de reembolsar los gastos al mandatario o al depositario, no son sino obligaciones "incidentales".

De allí concluye que en tanto la acción que nace de obligaciones incidentales se llama "actio directa" la que nace de esas obligaciones incidentales se llama "actio contraria".

Aubry et Rau sostienen también la clasificación y mencionan las acciones de modo similar.

Vélez no admitió ese tercer género. No lo consagró en su norma y lo rechazó en la nota a ésta, al señalar que en ese caso la acción que se otorga contra el que resulta obligado no es sino una consecuencia accidental de actos extrínsecos, más no una consecuencia directa de la obligación primitiva (nota del art. 1138: "Los contratos bilaterales deben dar lugar a dos acciones para garantir las dos obligaciones que comprenden. Los contratos unilaterales, no conteniendo sino una obligación, no exigen sino sólo una acción; sin embargo, puede suceder que el deudor cumpliendo la prestación a la cual está obligado, haya sufrido pérdidas o hecho gastos que deba pagarle el acreedor, y la ley en tal caso le concede al efecto una acción; pero esta acción no es sino una consecuencia accidental de actos extrínsecos, y no una conse-

cuencia directa de la obligación primitiva. Por esta razón esa acción se distingue de la que resulta directa y necesariamente del contrato, y se le llama acción contraria, en oposición a la de la convención que se llama directa”).

Consecuentemente, para nuestro codificador —que para la calificación de los contratos tiene siempre en cuenta el momento inicial de ellos, es decir su formación—, el contrato bilateral es solo aquel que desde su formación origina obligaciones para ambas partes, las que aparecen así creadas directamente por voluntad de éstas. Los que se consideran bilaterales imperfectos son en realidad unilaterales, pues las obligaciones nacen en momentos diferentes y no se encuentran en el nexo lógico de interdependencia a que antes aludíamos.

En otra posición, cierta doctrina (Eisenmann-Lehmann, *Derecho de las Obligaciones*, vol. I, par. 33, pág. 182), contra la distinción en el hecho de que es el imperfecto —a diferencia del bilateral— una de las obligaciones no constituye en realidad la contraprestación de la otra, clasificando los contratos unilaterales en “rigurosamente unilaterales”, en los cuales solo una parte se obliga frente a un crédito de la otra, y los “no rigurosamente unilaterales”, en los que no obstante que normalmente uno solo de los contratantes es el que tiene principalmente derechos, puede surgir una obligación que no representa en realidad la contrapartida o retribución de su derecho.

Si bien la categoría en examen aparece rechazada por la nota al art. 1138, se ha planteado una duda por las expresiones utilizadas por el propio codificador en los arts. 1021 y 1023, en los cuales se hace mención a las convenciones “perfectamente bilaterales” lo que podría suponer el reconocimiento de que existan otras “imperfectamente bilaterales”.

Consideramos —y esa es la doctrina mayoritaria— que debe privar la tesis que emana de la nota art. 1138 y no una referencia que aparece en forma incidental en un par de artículos, que quedarían como una suerte de “relicto histórico” (Spota, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, I, pág. 139).

Este autor plantea también una alternativa diferente, que resulta original.

Sostiene la posibilidad de que existan contratos que podrían denominarse “unilaterales imperfectos”, los cuales, contrariamente a los anteriores, serían aquellos que nacen bilaterales y en la etapa de cumplimiento se transforman en unilaterales.

La referencia estaría dada en relación al contrato de juego, en el cual conforme a su definición del art. 2055 las partes que lo contratan quedan obligadas a ejecutar el juego, ambas deben cumplir con tal obligación. Además, agregamos, también asumen la obligación de pagar al otro lo que pierda el juego.

Cuando el juego se ha realizado, entonces habrá un solo obligado, que es el que perdió, que deberá pagar la suma convenida.

El contrato sería entonces genéticamente bilateral y funcionalmente unilateral.

En este caso, conforme el criterio del código de calificar al momento de su nacimiento, el contrato es bilateral.

e) *Impureza de la clasificación: efectos propios de los contratos bilaterales.*

Algunos autores, tal el caso de Segovia y Borda —este último sosteniendo que la clasificación está fundada en ideas poco claras y estériles—, niegan interés a la clasificación que venimos examinando.

Entendemos —coincidentes con gran parte de la doctrina— que no es así y que es realmente importante establecer la distinción entre las categorías analizadas.

Ello no solo presenta un interés teórico sino también un interés práctico, por cuanto los contratos bilaterales tienen algunos efectos propios que no se producen en los unilaterales. A tal punto, que siguiendo las enseñanzas de Lafaille y Videla Escalada, hemos desarrollado en nuestros cursos y lo hacemos en los presentes trabajos, los efectos de dichos contratos en conjunto.

Tales efectos especiales o propios de los contratos bilaterales son:

1) Con relación a la forma, el requisito del doble ejemplar, impuesto por el art. 1021 para las convenciones bilaterales y que por tanto no rige para los unilaterales.

2) La excepción de incumplimiento contractual, total o parcial, recogida en el art. 1201, que se aplica sólo en el caso de bilaterales, por ser precisamente consecuencia de la reciprocidad e interdependencia de las obligaciones.—

3) La pena, señal o arras, que de acuerdo a la redacción del art. 1202 se admite que rige sólo para los bilaterales.

4) El pacto comisorio —arts. 1203 y 1204— que de acuerdo con la interpretación que hemos hecho de la expresión “contratos con prestaciones recíprocas”, asimilándola a los contratos bilaterales, funciona para estos.

5) La imposibilidad de pago, con vigencia para los bilaterales, conforme el art. 895 que dice: “En los casos en que la obligación se extingue por imposibilidad de pago, se extingue no sólo para el deudor, sino también para el acreedor a quien el deudor debe volver todo lo que hubiese recibido por motivo de la obligación extinguida”.

Se suelen mencionar otros efectos de los bilaterales: la aplicación de la teoría de la imprevisión, aunque nos parece más bien una consecuencia de la unerosidad que de la bilateralidad; la aplicación de la lesión (art. 954), que requiere una “ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada”.

Las consecuencias que hemos mencionado demuestran la importancia de calificar el contrato como unilateral o bilateral, que adquiere también una especial relevancia cuando se está en presencia de un contrato inominado o atípico. En este caso, detectar a qué categoría pertenece implicará la aplicación de los efectos señalados, contribuyendo eficazmente a solucionar el problema de su regulación y consecuencias.

Desarrollaremos en los trabajos posteriores los efectos mencionados, con excepción del consignado en el punto cinco (5) que se refiere a Obligaciones.

En cuanto al primero —requisito del doble ejemplar—, tratándose de un tema que corresponde a la parte general del Derecho Civil, lo explicaremos brevemente, recordando algunos de los principios que rigen esta consecuencia de los contratos bilaterales.

### El requisito del doble ejemplar en los contratos bilaterales

Hemos dicho que el primer efecto que acarrea la categoría de contratos bilaterales es el de la pluralidad de ejemplares en que los mismos deben ser redactados, requisito generalmente mencionado como el “doble ejemplar”.

Si bien el tema se relaciona más directamente con la forma y con las condiciones de los instrumentos privados —en el Código Civil se encuentra legislado con estos— ací lo referimos como efecto de una categoría de contratos. Pero son aplicables al respecto las mismas normas (arts. 1021, 1022, 1023, 1024 y 1025).

El artículo que establece el requisito es el 1021, que dice: "Los actos, sin embargo, que contengan convenciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos originales, como partes haya con un interés distinto".

Conforme el art. 1138 y lo que hemos explicado con relación al contrato bilateral, el mismo queda comprendido en la expresión "convenciones perfectamente bilaterales" y sus partes tienen un interés distinto, que es el punto de partida para la exigencia del doble ejemplar.

En cambio, por no ser "perfectamente bilaterales", no quedan comprendidos en la disposición los contratos bilaterales imperfectos. Obviamente tampoco los unilaterales.

La norma establece que deben redactarse "originales", pero se entiende esta exigencia como que puede ser suplida por una copia en la medida que la misma sea fidedigna y lleve la firma de las partes. Incluso, respecto a la firma, bastaría que el ejemplar que cada parte tiene lleve solamente la firma de la otra.

Puede aclararse que en relación a los contratos comerciales, la doctrina mayoritaria comercialista y la jurisprudencia tienen declarado que el requisito del doble ejemplar no es exigido en los contratos comerciales.

Asimismo, el propio Código Civil trae diversas excepciones a la exigencia del doble ejemplar, conforme surge de los arts. 1022, 1024 y 1025.

En efecto, según el primero de dichos artículos no es necesario el doble ejemplar cuando una de las partes antes de la redacción del instrumento cumple totalmente sus obligaciones. En ese caso bastará que dicha parte tenga el instrumento para exigir a su vez el cumplimiento a la otra.

Conforme al art. 1024, la falta de doble ejemplar se suple también en el caso de ejecución ulterior de las obligaciones que el mismo instrumento, agregando el artículo que si la convención no hubiese sido ejecutada sino por una sola de las partes, sin que la otra hubiese concurrido o participado en la ejecución, el vicio del acto subsistirá respecto de esta parte.

Finalmente el art. 1025 exime del requisito del doble ejemplar cuando el ejemplar único ha sido depositado en poder de un escribano o de otra persona encargada de conservarlo, en tanto el depósito sea de común acuerdo por ambas partes. En cambio, si el depósito no hubiese sido hecho sino por una parte, agrega la norma, la irregularidad no será cubierta sino respecto de ella.

En cuanto a la validez del acto en caso de no cumplirse el requisito, el art. 1023 determina que el defecto de redacción en diversos ejemplares en los actos bilaterales no anula las convenciones contenidas en ellos si por otras pruebas se demuestra que el acto fue concluido de una manera definitiva. Es decir, que la falta del doble ejemplar traería aparejada la nulidad del instrumento pero no la del acto jurídico que el mismo documenta, de modo que éste puede probarse por otros medios.

Finalmente, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria entienden que faltando el doble ejemplar, el ejemplar único puede servir de principio de prueba por escrito, solución que expresamente contenía el Anteproyecto de 1954 (art. 273).

## EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

*Por Esteban Cremaschi (A)*

### CONCEPTO

Podemos afirmar que la excepción de incumplimiento contractual es la facultad que tiene una de las partes de un contrato bilateral de no cumplir con su obligación hasta que la otra parte no cumpla la recíproca, o se aliene a cumplirla, salvo pacto en contrario.

El pacto en contrario puede consistir en el plazo o en la cláusula *solve et repete*.

Como veremos más adelante algún sector de la doctrina le da una extensión que supera el campo de la bilateralidad contractual y asimismo se ha sostenido que la misma no funciona en el contrato de sociedad, pese a ser bilateral.

El instituto, también conocido como *exceptio non adimpleti contractus* o como excepción de contrato no cumplido y según Mazeaud "excepción de *toma y daca*" es receptado por el Código Civil en el art. 1301 al expresar: "En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo".

Dicha norma tiene directa vinculación con el art. 510 del Código Civil y se encuentra particularizada en los arts. 1418, 1425, 1426, 1428, 1522, 1599, inc. 1, 1636 etc., del mismo cuerpo legal.

Esta consecuencia propia de la bilateralidad contractual sólo tiene el alcance de evitar temporalmente la pretensión contraria siendo según Colagrosso (*Teoria Generale Delle Obligazioni e dei Contratti* p. 407) una figura en el elenco de medidas de autodefensa privada.

Siguiendo a Massimo (doctrina General del Contrato T. II, p. 431) diremos que la misma vehicula la posibilidad de que un contratante se abstenga legítimamente de cumplir su prestación si no adviene el cumplimiento simultáneo de la prestación correlativa.

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLACION COMPARADA

Si bien se discute si la excepción tiene antecedentes en el Derecho Romano, debemos reconocer que al menos algunas aplicaciones del principio fueron recep-

cionadas pudiendo darse como claro ejemplo de lo expuesto la ley 13, 8, lib. 19 Tit. 1 del Digesto, donde se ponen de relieve la reciprocidad de las obligaciones de las partes en la compra y venta, pues si el comprador no ofrece el precio puede el vendedor no entregar la cosa.

No cabe duda que la doctrina de la exceptio alcanzó total vigencia en el derecho intermedio siendo especialmente sustentada y defendida por los canonistas, que dedujeron el principio de la correlación entre las obligaciones recíprocas nacidas de una misma relación jurídica elaborando la máxima "non servandí fides non est fides servandá".

Sin perjuicio de ello, tardó mucho tiempo la exceptio en ser texto vigente con carácter general en el fenómeno de la codificación moderna, pudiendo afirmar junto con Baudry-Lacantinerie et Baude (Des obligations Nro. 963) que el Código Civil Argentino fue el primero en hacerlo en tal carácter.

Ni el Código Civil Francés, ni el derogado Código Civil Italiano legislaron en forma expresa el instituto, pero el art. 1612 del Código Napoleón y el 1469 del antiguo Código Civil Italiano lo reconocen en la compra y venta y en base a estos textos el instituto fue extendido a todos los contratos que produzcan obligaciones recíprocas, criterio que fue sustentado en la mayoría de las legislaciones, que por diversos acontecimientos políticos y sociales siguieron a la legislación napoleónica.

Debemos destacar que dentro de la doctrina francesa fue donde más tardó en hacerse carne el instituto en examen pues la jurisprudencia de dicho país empleó dos medios que hacían casi completamente inútil el desarrollo de la teoría de la excepción de incumplimiento contractual, estos medios eran la acción resolutoria y el privilegio del vendedor.

A mitad de camino queda el Código Civil Chileno que dispone en su art. 1552: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte o no se allane a cumplirlos en la forma y tiempo debidos".

En la legislación Suiza, ya el Código Federal de 1881 sienta el principio en el art. 95, criterio que fue reiterado por el Código Federal de las obligaciones en su art. 82 al expresar: "Cualquiera que persiga la ejecución de un contrato bilateral debe haber ejecutado u ofrecer ejecutar su propia obligación a menos que tenga el beneficio de un término de acuerdo a las cláusulas o naturaleza del contrato".

El Código Civil Alemán de 1900 dispone en su art. 320: "Quien está obligado por un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta la efectucción de la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir la prestación anticipadamente. Si la prestación ha de realizarse para varios, puede ser negada a cada uno la parte a él correspondiente hasta la efectucción de toda la contraprestación. No se aplica la disposición del párrafo 2º, párrafo 3º".

Si ha sido cumplida parcialmente la prestación por una parte, la contraprestación no puede ser negada, siempre que la negativa, según las circunstancias, en especial a causa de la proporcional insignificancia de la parte atrasada, fuese contraria a la fidelidad y buena fe".

El Código Civil de Brasil dispone en su art. 1902: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes antes de cumplida su obligación puede exigir el cumplimiento de la que le incumbe al otro...".

El Código Civil del Perú dispone en su art. 1342: "En los contratos bilaterales no podrá una de las partes demandar su cumplimiento, si ella misma no lo ha cumplido u ofreciere cumplirlo".

El art. 139 del Código Civil Soviético dispone: "En los contratos sinalagmáticos, cada parte tiene derecho a negar a la parte adversa la ejecución hasta tanto haya

recibido la satisfacción que se le debe en pago, a menos que la ley el contrato o la naturaleza de las relaciones jurídicas no obliguen a una de las partes a ejecutar su obligación antes que a la otra".

El Código Civil Boliviano en su art. 573 dispone: "I) En los contratos de prestaciones recíprocas cualquiera de las partes podrá negarse a cumplir su obligación si la otra no cumple o no ofrece cumplir al mismo tiempo la suya a menos que se hubiera convenido otra cosa o de la naturaleza del contrato resultaren términos diferentes para el cumplimiento. II) La excepción de incumplimiento también podrá oponerse cuando el otro contratante ha cumplido sólo parcialmente su obligación; pero no podrá oponérsela y se deberá cumplir la prestación si, teniendo en cuenta las circunstancias, la negativa fuera contrario a la buena fe".

El art. 1460 del Código Italiano de 1942 establece: "En los contratos con prestaciones recíprocas cada uno de los contratantes puede rehusar a cumplir su obligación si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la suya, salvo que las partes hubieran establecido o que de la naturaleza del contrato resultaren términos diferentes para el cumplimiento. Tampoco puede rehusarse a la ejecución si, teniendo en cuenta las circunstancias el rechazo fuera contrario a la buena fe".

El Código Civil Polaco de las obligaciones (año 1934) establece en su art. 315: "Las prestaciones que se deben recíprocamente las partes en virtud de convenciones sinalagrámicas, deben ser efectuadas simultáneamente, salvo que lo contrario resulte del contrato o de la naturaleza de la obligación".

"Cualquiera de las partes puede abstenerse de cumplir su prestación mientras que la otra parte no ejecute la suya".

La consagran también el art. 374 del Código Civil Griego y el 1168 del Código Civil Venezolano.

El art. 85 inc. 2 del Código Civil de la República Democrática Alemana (del 19 de junio de 1975) establece: "Mientras el deudor este en mora el acreedor puede negarle su contraprestación".

El art. 428 del Código Civil Portugués expresa: "Si en los contratos bilaterales no hay plazos diferentes para su cumplimiento, cada uno de los contratantes tiene la facultad de rehusar su prestación hasta que el otro no efectúe la que le corresponde o no ofrezca su cumplimiento simultáneo".

Pensamos que la fuente directa del artículo 1201 del Código Civil, como la de otras tantas del mismo es el Eboço de Freitas, el que en su art. 1955 establece: "Si fueran bilaterales (art. 441) una de las partes no podrá demandar su cumplimiento sin que pruebe que por su parte los ha cumplido, o que su obligación es a plazo, o sin que se ofrezca a cumplirlos".

## FUNDAMENTO JURIDICO

Diversas teorías se han desarrollado para dar fundamento jurídico al instituto que comentamos, situación sumamente comprensible teniendo en cuenta que como lo hemos señalado *ut supra*, en muchas legislaciones dicha excepción no surge de un texto expreso de la norma positiva.

Así se la ha fundado en un precepto de equidad natural, que no necesita demostración (GIORGI), o como una consecuencia del principio de reciprocidad e interdependencia natural de las obligaciones y la buena fe (Spota, Chamorro Vanasco) también la repulsa del dolo (López de Zabala), o en la interdependencia o conexión de las obligaciones emergentes de los contratos bilaterales (Moussu Iruarape, Massatta), en

la causa (Domat, Colin et Capitani, Jossérand, Barau, Segovia) en la injusticia que derivaría de lo contrario (Salvat) es la voluntad de las partes (Messineo, Piantoni, Massaud), etc.

La jurisprudencia Nacional también emitió opinión y así la Cámara de Apelación de Rosario (sala I) la fundó en un principio de rigurosa lógica Jurídica, en los autos "VACHERO DE WENDE FRANCISCA C/EL SALADELLO" (L.L. T. LI- pág. 482); la Cámara Nacional en lo Civil (sala C) la fundó en el nexo de interdependencia o conexión que media entre las respectivas obligaciones de los contratantes en autos "BRUNO PEDRO C/ALFORD S.A. (L. L. T. 117 pág. 762) y la Cámara Federal de Tucumán dijo que su fundamento del respecto y la observancia de la bilateralidad contractual, que implica una interdependencia, un vínculo de causalidad recíproca en los autos CARLINO HNOS. S.A. C/COLETTI RICARDO (L.L. T. 122 pág. 107).

## NATURALEZA JURÍDICA

Tradicionalmente se ha visto en el instituto en análisis una verdadera excepción que puede oponer el demandado ante la pretensión de cumplimiento por parte del actor.

Entendemos que el triunfo de la excepción no perjudica el derecho del excepcionado sino que sólo lo posterga en el tiempo por lo que debemos concluir que su naturaleza jurídica es el de una excepción dilatoria, pero habiendo sido concedida por el Código Civil debemos reputarla como excepción dilatoria de fondo.

Admitir que la naturaleza jurídica del instituto es el de una excepción dilatoria implica negar a la misma la de requisito necesario de la acción como pareciera surgir de una primera lectura del art. 1201 del Código Civil.

Seguendo a Masnatta (Excepción de incumplimiento contractual) pág. 99 podemos decir que clásicamente se cita a Keller y Karlson como defensores de la concepción que ve en la excepción un requisito de la acción pudiendo citarse en la doctrina nacional a Guillermo Allende (el art. 1201 del Código Civil. Requisito Necesario de la Acción y no Excepción de Incumplimiento de Contrato (L.L. T. 72 pág. 38).

El hecho de considerar a la ENAC como una excepción puede tener gran importancia si la acción de cumplimiento estuviera prescripta, pues un importante sector de la doctrina sostiene la imprescriptibilidad de las excepciones.

Entendemos que la consideración del tema —que tiene profunda importancia jurídica— escapa por su extensión a los límites que nos impusimos al comenzar este trabajo.

Sin perjuicio de ello nos parece de interés recordar que el art. 430 del Código Civil Portugués expresa: "Prescripto uno de los derechos del respectivo titular continúa gozando de la excepción de incumplimiento excepto cuando se trate de prescripción presuntiva".

El art. 312 del mismo cuerpo legal nos aclara que prescripción presuntiva es aquella que se funda en una presunción de cumplimiento.

Debemos recordar asimismo que importante sector doctrinario y jurisprudencial nacional entienden que la ENAC también puede constituir una demanda reconvenzional.

## COMPARACION CON OTRAS FIGURAS

A los fines de aclarar conceptos y circunscribir al instituto en estudio consideramos conveniente compararlo con otras figuras jurídicas que pueden presentar similitudes con la excepción de incumplimiento contractual, marcando en su consecuencia las afinidades y diferencias que pueden existir entre las mismas.

### a) *Con el derecho de retención.*

Según el art. 3939 del Código Civil el derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que es debido por razón de la misma cosa.

El paralelo entre la figura que nos ocupa y el derecho de retención es notable y así JOSSERAND en "DERECHO CIVIL" T. I num. 42, 584, 1466, 1472/73 sostiene que la excepción no es sino una adaptación a los contratos del instituto de la retención.

Si bien hay paralelismo existen entre ambas figuras, importantes diferencias, el derecho de retención, es una garantía que se ejerce sobre cosas ajenas, mientras que la excepción en general se ejerce sobre cosa propia, el derecho de retención nace de obligaciones concretas pero supone una independencia entre ellas, independencia que no existe en el supuesto de la excepción por ser un efecto propio de la bilateralidad contractual, el derecho de retención solo se ejerce sobre cosas mientras que la excepción cualquier obligación y cuya prestación puede no recaer en cosas.

### b) *Con la excepción de caducidad.*

La excepción de caducidad es el derecho que tiene una de las partes de no cumplir su prestación aunque la de la otra parte esté sujeta a un término, cuando existe de parte de la misma un estado de insolvencia.

La excepción de caducidad surge de lo preceptuado por los arts. 572 y 573 del Código Civil en consonancia con el art. 2002 del mismo cuerpo y se particulariza para la compra y venta en el art. 1419, sin tener nuestro derecho una norma general como el art. 576 del Código Civil Boliviano.

La excepción de incumplimiento en principio funciona cuando quién exige el cumplimiento no tiene plazo pendiente para el pago, lo que no ocurre con el supuesto de caducidad de término, que si lo hay pero ha caducado, en la excepción quién la opone nada debe probar mientras que en supuesto de caducidad será menester acreditar la insolvencia que se invoca y el acreedor podría exigir el cumplimiento afianzando la ejecución de su futura obligación.

### c) *Con la compensación.*

Una de las formas de extinción de las obligaciones es la compensación la que se encuentra delimitada por el art. 818 del Código Civil al disponer: La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y de otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago, las dos deudas hasta donde alcancen la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir.

Entre la compensación y la excepción existe cierto paralelismo pues en ambos institutos las partes son deudoras y acreedoras recíprocamente y por esta circunstancia

parece oportuna su comparación sobre todo teniendo en cuenta que de conformidad a lo expuesto por PLANIOL-RIPERT (Derecho Civil T. 6 Nº 439) que la compensación sobre todo la judicial suplió en cierto modo la excepción.

Sin perjuicio de este cierto paralelismo las diferencias entre ambas son nítidas pues la excepción solo dilata el cumplimiento mientras que la compensación extingue las obligaciones hasta la concurrencia de la menor.

#### d) *Con el Pacto Comisorio.*

Para quienes consideramos el "contrato con prestaciones recíprocas" del art. 1204 del Código Civil como sinónimo del contrato bilateral las semejanzas entre el pacto comisorio y la excepción se dan en la circunstancia de ser ambas consecuencias propias de la bilateralidad contractual y por exigir las mismas un incumplimiento pero las diferencias son nítidas en cuanto a sus efectos, el pacto tiende a resolver el contrato mientras que la excepción no pretende extinguir el vínculo contractual sino simplemente paralizar sus efectos hasta tanto la otra parte cumpla u ofrezca cumplir su obligación.

### CONDICIONES DE APLICACION

Entendemos como condiciones de aplicación de la excepción de incumplimiento contractual a las siguientes: a) que exista demanda por cumplimiento de un contrato bilateral; b) inexistencia de pacto en contrario y c) incumplimiento por parte del actor.

De conformidad a lo normado por el art. 1201 del Código Civil debe tratarse de una demanda por cumplimiento de un contrato bilateral. Es decir debe demandarse el cumplimiento de una obligación principal nacida dentro de un contrato que haga surgir obligaciones recíprocas a tenor del art. 1138 del Código citado.

Por lo expuesto surge asimismo la inaplicabilidad de la excepción en los supuestos de bilateralidad imperfecta.

Parte de la doctrina entiende que la exceptio sería aplicable también en otras situaciones donde exista reciprocidad obligacional no nacida de un contrato bilateral como podría ser las restituciones mutuas en caso de anulación de un acto.

Pensamos que atento el texto expreso del art. 1201 del Código Civil no se podrá invocar en tales supuestos la excepción pues la misma se refiere a la demanda por cumplimiento.

Afirmar esto no implica sostener la inaplicabilidad a dichas situaciones de los principios que se especifican en la exceptio, pues en tales supuestos entendemos que no existirá mora de conformidad a lo normado por el art. 510 del Código Civil.

De lo expuesto también se desprende la inaplicabilidad del instituto en los casos de los contratos unilaterales onerosos, volvemos a repetir que el campo de aplicación de la excepción de incumplimiento contractual se circunscribe a la bilateralidad contractual, entendiendo a la misma de conformidad a lo normado por el art. 1138 de el Código Civil.

Corresponde aclarar que consideramos aplicable la exceptio a todo contrato bilateral y siendo el de sociedad de esta especie y considerando, de acuerdo a la actual corriente jurisprudencial que los socios están facultados a exigir a sus asociados el cumplimiento de los aportes, sino desean resolver o excluir, pensamos que en el mismo la exceptio debe funcionar pese a la importante corriente doctrinaria que niega tal

efecto, como Puig Brutau ("Fundamento de Derecho Civil T 2 Vol. 2 p. 405) y Borda (Contratos T11 p. 207) pudiendo citar a favor de nuestra tesis a Enneccerus Lehmann (T. 2, 173 III) y Piantoni (Contratos Civiles 2da. edición, pág. 182 N°11).

Debemos también precisar que consideramos al instituto en análisis como una verdadera excepción dilatoria sustancial por lo que la misma debe ser oportunamente opuesta por el demandado no siendo la misma a nuestro entender un requisito accesorio de la acción, pese que así se pudiera entender en una interpretación excesivamente literal de la norma, al respecto remitimos a lo expuesto *ut supra* sobre la naturaleza jurídica de la ENAC.

No debe existir pacto en contrario y sostenemos que tal supuesto se da cuando existe plazo para el cumplimiento o se ha establecido la cláusula *sub et reposito*.

El primer supuesto surge expresamente del art. 1201 y podría ceder en caso de insolvencia pero ya saldríamos del campo propio de la ENAC para caer en la órbita de la excepción de caducidad.

El segundo supuesto del pacto en contrario –*sub et reposito*– no tiene expresa consagración legislativa como ocurre en el Código Italiano (art. 1462) pero entendemos que por el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197) aquí debe ser admitido.

Según Colagrosso, se podrían considerar excluidas también los efectos de la excepción cuando existe la cláusula "pago contra documento".

Por último para que proceda la excepción quién demanda el cumplimiento no debe haber cumplido la obligación a su cargo.

Dicho incumplimiento puede ser total o parcial y en este último supuesto se da el caso de la *exceptio non rite adimpleti contractus* sobre cuyo alcance nos remitimos a lo expuesto *infra*.

Pero el cumplimiento debe ser grave pues de lo contrario se afectaría el principio de la buena fe contractual establecido en forma genérica en el art. 1198 del Código Civil y podría llegar a ser la oposición de la excepción una conducta abusiva y caer dentro del campo del art. 1701 del mismo Código.

El incumplimiento puede ser paliado cuando al accionar el actor ofrece cumplir; al respecto existe una corriente doctrinaria y jurisprudencial que entiende que por solo hecho de demandar se esta ofreciendo cumplir; entendemos que aceptar esa interpretación es negar directamente el instituto y pensamos que el ofrecimiento de cumplir debe ser expreso y real sin llegar a ser necesaria la consignación de la prestación debida.

## PLURALIDAD SUBJETIVA

Puede ocurrir que una o ambas partes del contrato bilateral se encuentren integradas por varios individuos y puede darse también que una o ambas de las obligaciones recíprocas sean divisibles o indivisibles, lo cual puede generar problemas en la interpretación de la procedencia o improcedencia de la excepción.

Siguiendo las directivas de la legislación alemana Babiloni en su art. 48 proyecta: "Cuando el pago deba hacerse a varias personas puede rehusarse la entrega de la parte que les corresponda hasta que se haya recibido la prestación íntegra". En la nota que les acompaña hasta que se haya recibido la prestación íntegra". En la nota que acompaña: "... se proyecta que, aunque se trate de prestaciones divisibles y haya pluralidad de personas, puede exigirse el cumplimiento total del contrato en los términos en que fue constituido".

En este efecto propio de la bilateralidad contractual pensamos que si las obligaciones a cargo de ambas partes caen dentro del campo de las obligaciones divisibles (arts. 667, 669 o 672 del Código Civil) el demandado no podría oponer la excepción si el actor cumplió su parte de la obligación salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario, pues los principios que surgen de las normas citadas nos enseñan que los créditos y las deudas se dividen en tantas partes cuantos acreedores y deudores tenga la relación obligatoria de tal modo que pueden considerarse a esas partes como si fueran obligaciones independientes entre sí (art. 674 y 691 del Código citado).

Por el contrario si la obligación del actor fuera indivisible este debe cumplirla en su totalidad y de lo contrario puede ser excepcionado. Igualmente si solo la obligación del accionado fuer indivisible y la del actor divisible y este hubiera cumplido solo su parte podría el demandado oponer la excepción.

## CARGA DE LA PRUEBA

Se afirma que en el caso de la Excepción de Incumplimiento Contractual existe una inversión en la carga de la prueba y ello es así pues de acuerdo a las reglas generales del *onus probandi* todo el que alega un hecho debe probarlo, mientras que en la ENAC el demandado al oponerla alega el incumplimiento por parte del actor e incumbe a este último acreditar haber cumplido o que su obligación es a plazo.

Esta inversión de la carga de la prueba surge de lo nomado en forma expresa por el art. 1301 del Código Civil al exigir al actor acreditar los extremos del cumplimiento.

Diverso criterio debemos seguir en el caso del Excepción de incumplimiento parcial pero el tema lo desarrollaremos infra al tratar el instituto.

Respecto a la excepción y al proceso siguiendo a Facchini ("Dei contratti in generale", cap. III N° 5), podemos afirmar que tres supuestos distintos pudieron considerarse: a) Que no sea preciso que el accionado invoque ni pruebe la excepción, b) Que sea necesario que el demandado invoque la excepción pero no que pruebe el incumplimiento del actor y c) Por último que corra a cargo del demandado la invocación y de la excepción y la prueba del incumplimiento.

El primer sistema implicaría considerar a la ENAC no una excepción sino un requisito de la acción y el tercer sistema choca contra el texto expreso de nuestra ley positiva por lo cual se confirma lo sostenido *ut supra*.

## EFFECTOS

Como lo expresamos al considerar la naturaleza jurídica del instituto sostenemos que la misma es la de una excepción dilatoria de fondo y en su consecuencia debemos considerar que el acogimiento favorable de la excepción debe conducir al rechazo de la demanda sin perjudicar el derecho del actor pues le bastará llenar los recaudos legales para poder volver a accionar.

Debemos aclarar que algún sector de la doctrina y jurisprudencia nacionales entienden que no sería necesario rechazar la acción sino que se podría dictar sentencia ordenando el cumplimiento de la obligación del excepcionante bajo condición de cumplimiento de la obligación del actor.

## EXCEPCION DE INCUMPLIMIENTO PARCIAL

Entendemos que quien cumple mal en definitiva no cumple y por lo tanto si quien cumplió parcialmente pretendiere el cumplimiento total de las obligaciones del otro contratante este podría oponer la excepción de incumplimiento parcial también conocida como *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Si bien la misma no ha recibido consagración expresa legislativa con carácter general en nuestro derecho positivo la misma fue recepcionada en diversas normas específicas. Así en el art. 1426 del Código Civil al disponer: "El comprador puede rehusar el pago del precio, si el vendedor quisiere entregar la cosa vendida sin sus dependencias o accesorios, o cosas de especie o calidad diversa de la del contrato; o si quisiere entregar la cantidad de cosas vendidas por partes, y no por junto como se hubiese contratado.

En similar sentido y con relación a la locación de cosas pueden citarse los arts. 1521, 1522 y 1525 del Código Civil.

La falta de una norma de carácter general no impide la recepción en todo contrato bilateral de la excepción de incumplimiento parcial pero en este caso debe extremarse el cuidado de no acoger en derecho una conducta abusiva por tanto el incumplimiento parcial debe ser serio y grave.

Entendemos que en supuesto de la excepción de incumplimiento parcial la carga de la prueba del incumplimiento corresponde al demandado excepcionalmente pues este deberá acreditar el deficiente cumplimiento por parte del actor porque de la oposición de la misma excepción surge el reconocimiento del cumplimiento.

## LA SEÑAL O ARRAS

*Por Horacio Maderna Eschegaray*

Nuestro Código Civil en el art. 1202 regla la señal o arras, cuyos antecedentes directos los constituyen las enclaustras de Aubry y Rau y los arts. 1910 a 1913 del Pr. de Freitas. Según el art. 1910, Pr. cit. "la señal quiere decir lo que una de las partes ha dado a la otra parte contratante para seguridad del cumplimiento del contrato". Luego del art. 1911, Pr. cit. añade que concluido el contrato, lo que una de las partes dé, en su virtud, a la otra se considera como pago o principio de pago, con estas excepciones: a) si media declaración expresa de que se deba como señal o simple señal o de que no se deba en pago o como principio de pago; b) si se tratare de cosa distinta especie con respecto a lo que debe darse según el contrato; c) si la obligación emergente del contrato fuere de hacer o de no hacer. Finalmente, indicaba Freitas en el art. 1912 de su Pr., cuáles eran los efectos de la señal en "casos excepcionales": 1º. Si el contrato fuere cumplido el que recibió la señal o la aplicará a su pago, si la cosa dada y la que se debe dar en virtud del contrato fueren de la misma especie, o la restituirá a la otra parte en el estado en se hallara", en cuyo caso rigen las normas relativas a los efectos de las obligaciones de restituir. 2º "Si no fuere cumplido por culpa de quien dio la señal, quedará ésta perteneciendo a la otra parte, sin dependencia de cualquier acción o procedimiento judicial, o podrá ésta demandar el cumplimiento del contrato". Luego determinaba Freitas que la señal debe restituirse si el contrato se resolvió por mediar condición resolutoria, por consención posterior de las partes o por imposibilidad. Se termina expresando en el inciso 3 de ese art. 1912 del citado proyecto, que "si el contrato fuere cumplido en virtud de haberse demandado su cumplimiento, los efectos serán los mismos que en los casos en que se cumpliere voluntariamente". Como se observa, Freitas no acepta la señal penitencial, sino como alternativa de la acción de cumplimiento contractual. Por ello sólo es un mero antecedente del art. 1202 en cuanto a los efectos de la señal o del que la dio. Según el art. 1914 Pr. cit., para que la señal autorice el arrepentimiento se exige expresa estipulación de tal cláusula, o cuando se la hubiera estipulado como pena para el caso de incumplimiento, o cuando mediare forma convenida de otorgar (reducción del contrato a escritura pública) y se declarase en el instrumento privado "que nada se ha hecho antes de extenderse escritura pública, que después de que una parte cumpliere en el todo o en parte, no cabe el arrepentimiento sin ausencia de la contraparte (inciso 5º)". El art. 1916, Pr. cit., afirma que en caso de duda, se trata de pago o a cuenta de precio y que no existió cláusula de arrepentimiento o pena. Esto no rige entre nosotros (Segovia). En la nota del art. 1202, el codificador, siguiendo a Goyena, se refiere a los antecedentes que nos ofrece el derecho romano, así como a la legislación alfovesina y "Fuero Real", para concluir afirmando con Aubry y Rau, que se

aparta de la enseñanza de diversos autores franceses por no resultar claras sus exposiciones. En la Part. 5<sup>a</sup>, Tit. 5, ley 7, se dice "Señal dan los homines unos a otros en las compras y acasos después que se arrepiente alguno. Y por ende decimos, que si el comprador se arrepiente después de dar la señal que la debe perder, más si el vendedor se arrepiente después debe tomar la señal doblada al comprador, e non valdrá después la rendida. Pero si quando el comprador dio la señal, dixo así: que la daba por señal o por parte del precio o por otorgamiento, entonces no se puede arrepentir ninguno de ellos, ni desfacer la rendida que non vale". La presunción era, más bien, en el sentido de señal confirmatoria ("Sanchez Román"). García Goyena fue partidario de la señal confirmatoria y así lo decidió el art. 1476. Pro. C.C. español 1851; esto porque las arras "se dan casi siempre estando ya perfecto el contrato y para darle en cierto modo mayor firmeza; no deben, pues, convertirse en medios o instrumentos para su resolución". El C.C. español, artículo 1454, se refiere a la señal penitencial, pero la jurisprudencia cree que es una disposición sólo interpretativa de la voluntad de las partes, lo cual debe ceder a las circunstancias revelan otra cosa, como ocurre con lo que sostiene la moderna doctrina francesa (Diego Espín Cánoras). Conviene, pues referirse a otros antecedentes históricos del instituto cuyo estudio emprendemos, porque quizá, de ese modo, podemos contar con más elementos de juicio, aprender el correcto significado del art. 1202. En el derecho romano —en la época clásica— la señal o arras (arba) era signo de prueba de la celebración del contrato (si se trataba de objetos —arillos— se devolvían si el contrato era cumplido; si era dinero se imputaba el precio en la compraventa y significaba, también, principio de cumplimiento (León). Pero a estas arras confirmatorias, las partes podían mudar su naturaleza, tomándolas en penitenciales. Justiniano, expresó, para algunos casos, cuando eran penitenciales se discute cuales son esos casos, frente a lo dicho en las Institutas. Parece que la teoría de las arras penitenciales proviene de los griegos y—que la acepta el derecho justiniano. Sin embargo, salvo esto, las arras eran confirmatorias y por ello debe tomarse con beneficio de inventario lo dicho en la nota al art. 1202 (Arias Ramos). En cambio no flata el autor (Iglesias) que entiende que eran confirmatorias las arras en derecho romano. Otro autor (Joaquín) afirma que las arras eran confirmatorias en el derecho clásico y penitenciales en el pre-clásico, acogiendo Justiniano, en el año 528, la teoría griega de las arras penitenciales. Todo esto lo señala Espín Cánoras. Sin embargo las arras desempeñaban una función de garantía; en caso de incumplimiento, las perdía quien las entregó y debía devolverlas dobladas la otra parte si el cumplimiento era imputable al que la recibió. Pero y aquí radica la diferencia con la solución acogida en el art. 1202 —esto era una opción para el contratante no culpable, quien podía renunciar a las arras y exigir el cumplimiento "porque el carácter confirmatorio de las arras, impedía que el deudor pudiese liberarse perdiéndolas", (Espín Cánoras). Derecho germánico: La evolución histórica posterior puede concretarse así: a) En el antiguo derecho germánico las arras son penitenciales: cabe el arrepentimiento, resolviéndose el contrato y librándose con el dinero del arrepentimiento (Eisenberger y Lehmann) quienes expresan que "al dinero del arrepentimiento (Rengold) no debe ser calificado de 'multa de la mudanza' "(Wandelpon)", porque "aquél no es debido, y por lo tanto, no es pena convencional"; b) En el derecho alfovisino, las arras eran penitenciales, en cuanto así sugiera inequívocamente de lo contrario, eran confirmatorias, como ocurre con la cláusula por señal o por parte del precio; c) el Pr. C.C. Español de 1851 repudió las arras penitenciales: el comprador no podía arrepentirse perdiendo la señal, si el vendedor devolviéndola dobladamente. Derecho francés: El art. 1590 C.C. francés habla de las arras en las promesas de ventas y como la promesa de esa especie vale por venta, se la extendió por parte de la doctrina a la venta misma. Es ello lo que sostuvieron Aubry y Rau, cuyas enseñanzas inspiraron a nuestro codificador para redactar el art. 1202. Las arras eran, pues, penitenciales, según dicha interpretación. Esa interpretación fue luego abandonada. La doctrina moderna entiende que solo se está frente a una simple presunción de lo que las partes entendieron pactar. Por ello,

cuando lo contrario surge del acuerdo de las partes, las arras únicamente constituyen un medio de prueba de la celebración del contrato o un comienzo de incumplimiento de este (Boussard). *Derecho español*: El art. 1204 C.C. español, parece brindar a las arras, en el contrato de compraventa, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas". No obstante, la evolución doctrinal y jurisprudencial española sigue la trayectoria ocurrida en Francia. Se trata "de una regla interpretativa de la voluntad de las partes, que por tanto debe ceder ante la voluntad contraria de las mismas" (Lapin Cástor). *Derecho italiano*: El derogado C.C. italiano de 1865 consideró que salvo disposición distinta adoptada por los contratantes las arras desempeñan sólo una función de garantía del cumplimiento del contrato, y por ende, se trataba de las arras confirmatorias. La parte inocente podía retener la seña dada o exigir la devolución doblada (según se trate del que la recibió o del que la entregó) o bien exigir el cumplimiento, pero la parte que incumplió no podía liberarse perdiendo la seña dada o devolviendo doblada la recibida. La resolución era pues, una opción en favor de la parte que había cumplido y funcionaba, a su elección, como alternativa del cumplimiento que podía exigir. En la solución del *Fabro de Freitas* y del derecho romano clásico, tal como ya se observó. En el vigente C.C. italiano de 1942 se separa las arras confirmatorias de las penitenciales. Las primeras se regulan en el art. 1385 como en el sistema del derogado C.C. italiano de 1865, aclarándose que si la parte que no ha incumplido decide "pedir la ejecución o la resolución del contrato, el resarcimiento del daño se regula por las normas generales. Es decir que se trata de la indemnización por su monto a probar y que es independiente del quantum de las arras. Es a esta conclusión a la que se ha llegado entre nosotros cuando no ha mediado el arrepentimiento en tiempo oportuno y se está en la faz del cumplimiento contractual: el resarcimiento por los daños y perjuicios contractuales se rigen por las reglas generales. Si las arras se estipulan acordándose el derecho de resolver el contrato por una o ambas partes, "las arras tienen sólo la función de compensación por la resolución", en ese caso "el que utiliza la resolución pierde las arras entregadas o debe restituir el doble de las recibidas". *Derecho alemán*: Las arras (*Draufgabe*), en derecho alemán, no funcionan en caso de duda, como penitenciales, sino como confirmatorias; es decir, valen "como signo de la conclusión del contrato" y no "como dinero del arrepentimiento" (M. Infante). Por ende, las arras (*Draufgabe*) no son sinónimo de ese dinero de arrepentimiento (*Reue*). Debe imputarse a la prestación debida por el dador si ello es admisible y si no devolviese al quedar cumplido el contrato; he aquí la función de garantía. Se devuelven también si el contrato es inválido. El que cumple, en caso de que el cumplimiento de la otra parte no sea posible por su culpa, puede retener las arras, si exige indemnización de daños, las arras, en la duda, deben imputarse, y si ello no fuese posible, devolverse al realizarse la presentación de la indemnización de daños (*Spota*).

La seña o arras, actúa como un accesorio de la obligación, se prefijan los daños. Si bien por medio de la seña o arras se entrega una cosa con el objeto de asegurar el cumplimiento de la obligación, le permite asimismo a ambas partes arrepentirse de lo convenido, haciendo uso al respecto de lo reglado en el art. 1202 del Código Civil. El Código de fondo regula las arras penitenciales, permitiéndose a las partes dejar sin efecto el contrato, ya sea mediante la pérdida de la seña entregada, o su devolución doblada. Como señala Llambras, la estipulación de una seña, implica en el derecho civil, un pacto de diligencia, pudiendo ambas partes arrepentirse del compromiso asumido. Señala Colme en Obligaciones, que en nuestro derecho civil, la seña es una condición resolutoria de carácter potestativo, es mirada como un pacto comisorio, según el precitado artículo 1202, tanto a favor del estipulante, como del promitente, de acuerdo con las circunstancias. La segunda clase de arras que existe en el derecho civil, son las confirmatorias, creadas por las partes en el contrato, en uso de la autonomía de la voluntad, que permite dejar de lado el principio del art. 1202 del Código Civil, en la referente a la seña penitencial, al ya referido pacto de diligencia.

Las arras confirmatorias tienden sin duda a asegurar, a consolidar el vínculo crediticio al no poderse por vía unilateral operar la disolución del contrato. Mientras el Código Civil, permite el uso de las arras penitenciales, para dejar sin efecto el contrato, en el Código de Comercio, en el artículo 475, ello no es así, pues las arras actúan con el fin, con el objeto de ratificar el contrato, disolviendo la obligación. En ese sentido es claro lo señalado por el C. de Comercio ya que señala que las arras deben entenderse que han sido dadas en concepto de cuenta de precio, y en signo de ratificación del contrato, sin que exista la posibilidad de retractación, salvo que el vendedor y comprador convengan en que mediante la pérdida de las arras o cantidad anticipada, le sea lícito arrepentirse y dejar de cumplir lo contratado, debiendo pues ello surgir expresamente de una cláusula del contrato.

Puede por ende observarse la diferencia que existe en materia civil y comercial respecto de las arras, pues en la primera las arras permiten la retractación, mientras que en la segunda las arras actúan como elemento confirmatorio del contrato, impidiendo la retractación, salvo acuerdo en contrario.

#### *Previsiones de nuestro derecho positivo - art. 1189 y 1202.*

El Código Civil ha previsto el funcionamiento de esta cláusula en dos preceptos (artículo 1189 y 1202). En tales preceptos se dispone lo siguiente: a) art. 1189 "si en el instrumento público se hubiese estipulado una cláusula penal, o el contrato fuese hecho dándose arras, la indemnización de las pérdidas e intereses consistirá en el pago de la pena y en el segundo en la pérdida de la señal, o su restitución con otro tanto". De esta manera nuestra ley civil distingue concretamente la cláusula penal (art. 652) y la cláusula como señal. Diferencia que es muy clara, porque la pena o multa se dispone para el caso de retardo o inexecución de las obligaciones contraídas; en tanto que la señal es dispuesta como potestad de arrepentimiento para cualquiera de los contratantes. La semejanza de ambas cláusulas se concreta en el interés de hacer más fuerte el vínculo, propósito que será siempre una cuestión valorativa y de necesaria comparación. Agregamos que la cláusula penal sirve para justipreciar daños y perjuicios ocupando su lugar (art. 655) y funcionando a raíz de la constitución en mora, mientras que para hacer valer el arrepentimiento, es necesario que se manifieste antes de haber incurrido en mora y dentro de un lapso racional para la desvinculación del negocio (E. Fernández).

*Las arras penitenciales en el Código Civil:* Valez, según se observa en el siguiente art. 1202, conagró, siguiendo el derecho justiniano, la especie penitenciaría tanto para las arras convenidas en una promesa de contrato —con el fin de asegurar el contrato definitivo— como para las incorporadas a un contrato definitivo— con el objeto de asegurar su cumplimiento. Las restantes prescripciones de la norma se ajustan estrictamente a las enseñanzas de Justiniano. Dice el art. 1202: "si se hubiese dado una señal para asegurar el contrato o su cumplimiento, quien lo dió puede arrepentirse del contrato o puede dejar de cumplirlo perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió; en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor. Si el contrato se cumpliere, la señal debe devolverse en el estado en que se encuentre. Si ella fuere de la misma especie que lo que por el contrato debía darse la señal se tendrá como parte de la prestación; pero no si ella fuere de diferente especie; o si la obligación fuese de hacer o de no hacer". De donde la estipulación de una señal en el ámbito civil, comporta un pago de displicencia que autoriza a ambas partes a ejercer la facultad de arrepentirse privando al contrato de sus efectos, de ahí que se señala que el arrepentimiento origina una ineficacia posterior a la celebración del contrato. La señal, i. más de asegurar la eficacia del contrato, por el pacto de displicencia que implica, equivale a una indemnización convencional, fijada anticipadamente por las partes, tendientes a resarcir los daños sufridos por la contraria en caso de mediar arrepenti-

miento. Los daños quedan delimitados por el valor de la seña, si se arrepiente quien la entregó o por el doble de ella, si el arrepentido es quien la recibió; no siendo admisible pretender: a) que no existiendo menoscabo o detrimento de la seña, no debe perderse o devolverse doblada, y b) que siendo los daños superiores al valor de la seña —o al doble— debe abonarse la diferencia a fin que la indemnización sea integral. Si no media arrepentimiento, sino incumplimiento de la obligación, la indemnización no obstante existir seña o arras es el contrato se rige por los principios generales, sin limitarse al importe de la seña. M. Irujo no comparte la opinión de Borda y Llanibars en cuanto admiten que en los supuestos de incumplimiento "el importe de la seña juega como un mínimo de indemnización, si el acreedor no prueba daño alguno o si el daño efectivamente probado es inferior a aquel importe", por entender que semejante criterio importa una grave inconsecuencia con la neta distinción formulada entre "incumplimiento" y "arrepentimiento". Las arras pueden tener función penitencial prechamente como pena por incumplimiento más no como resarcimiento consiguiente al derecho de separarse del contrato, propio de la señal liberatoria (Núñez Franco "Manual de Derecho Civil y Comercial") (Trad. de Santiago Santa Melendo) Buenos Aires 1975; t. IV; p. 329). Las arras confirmatorias no enervan el derecho al acreedor para reclamar para la prestación que se le debe, por más que su valor pueda constituir el monto indemnizatorio prefijado para el evento de que falle la acción tendiente a la ejecución forzada, o por un tercero. La función penitencial de esta clase de seña sólo significa el tarificación anticipado del quantum de la reparación que correspondiera ser cobrada, luego de haberse intentado obtener el cumplimiento debido pierde la seña quien la dio o la restituye con otro tanto el receptor (el art. 1912, inc. 2° y 3° del Esbozo prevé la falta de cumplimiento, también regulada). Sin confundirse con ese tipo de seña la cláusula penal adelanta también el monto indemnizatorio que ha de reemplazar a la prestación incumplida. Pero en nuestro sistema normativo se decidió por las arras que facultan el arrepentimiento (ello surge del art. 1202 Comp. Manuella Héctor, ver "Arras" en "Enciclopedia Jurídica Omeba", en cuanto a la significación del art. 1189). (Freitas define la cláusula de arrepentimiento como aquella "condición por la cual una de las partes, o cada una de ellas, tiene reservada la facultad de arrepentirse del contrato durante un cierto plazo"); sólo si hay esa cláusula, la señal faculta la liberación de las partes, aún cuando no es incompatible, en el ámbito de la libertad de las convenciones, la estipulación de que sean confirmatorias. Ello puede surgir, expresa (Arg. art. 1197 C.C.) tácitamente (por ej. cuando se pacta la entrega de una suma "como seña a cuenta de precio y como principio de ejecución" ver CNCiv., Sala D) de la contratada.

Si en contrato se pacta la entrega de una seña, ello permite el ejercicio del derecho de arrepentimiento, siempre que ello se ejercite no mediando mora y no existiendo principio de ejecución del contrato. Al establecerse que la suma entregada es en concepto de seña, ello permite el ejercicio del derecho de arrepentimiento. Si se ha estipulado la cláusula como seña y a cuenta de precio, no se impide con ello el ejercicio del derecho de arrepentimiento, pues en el fallo plenario dictado por la Cámara Civil, en la causa Méndez Roberto c/Ferragato de Ferrara A., del 29 de diciembre de 1951, citado en el Derecho, tomo dos, página 443/458, (J.A. 1952-II, página 277). Se ha considerado que tal cláusula cumple una doble función sucesiva, como seña si el contrato no se cumple, y a cuenta de precio en caso contrario. Por lo tanto, se permite el ejercicio del derecho de arrepentimiento, hasta el comienzo de ejecución del contrato, perdiéndose la seña entregada, o restituyéndose la seña doblada, y después de la ejecución del contrato, cesa la virtualidad de la seña, quedando como pago parcial, a cuenta de la prestación debida.

Al hablarse de seña el pago que así se califica se hace para poder arrepentirse perdiendo o ganando su importe, según de quien provenga el arrepentimiento, y a cuenta de precio significa que ese pago no se suma al precio convenido, sino que en caso de cumplimiento forma parte de él, de modo que al vendedor no le es ya debido

sino el saldo. El adelanto de una suma a cuenta de precio no puede considerarse cumplimiento de la obligación, contraída al suscribir el boleto de compraventa, pues después de escriturar, el pago del precio es cumplimiento de la obligación pero antes no, pues no se ha celebrado un contrato de compraventa ni se debe por lo tanto el precio, pues las partes se han comprometido a celebrarlo y para darse prueba de la seriedad de su propósito se entrega una suma de dinero, aclarándose que llegado el caso de celebrarse el verdadero contrato (pues el boleto no lo es) corresponderá pagar el saldo, la suma pagada se imputa como precio, resultando todo ello previsto en el art. 1202 del Código Civil.

Puede el arrepentimiento ejercerse en realidad mientras no haya principio de ejecución, pues en caso de operarse éste, se ha operado la renuncia tácita al ejercicio de dejar sin efecto el contrato.

*Principio de ejecución del contrato.* Mucho esfuerzo ha costado determinar qué se entiende por "comienzo de ejecución de los contratos", que significa el punto final para el ejercicio de la prerrogativa que confiere el art. 1202 del C. Civil. Colombo dice que "es legal e indiscutible frente a la claridad de ese precepto y su antecedente histórico, que las arras llenan una función de primera magnitud en la dinámica contractual, no limitándose a ser un accesorio del vínculo. Teniendo el negocio fuerza obligatoria en virtud del acuerdo de voluntad que le ha dado nacimiento (art. 1137 y 1197 C. Civil) debe tenerla también, jurídica y lógicamente, en todo lo que concierne a la señal dada y lo que ella significa dentro y para el contrato mismo, pues de otro modo la obligatoriedad existiría sólo en forma parcial. De ahí que el art. 1202 no pueda ser borrado del texto de la ley mediante una interpretación negativa, encomendada a sacar sus efectos normales a las arras estipuladas. Pero esto tiene su límite en el comienzo de ejecución que se da al contrato" porque si éste comienza existe la señal pierde eficacia y únicamente es posible reclamar el cumplimiento íntegro de la obligación". Los problemas surgen, según Quintero, como consecuencia de haberse dado demasiado relevancia a la directiva de que los contratos se hacen de buena fe y para ser cumplidos (art. 1198 C. Civil) teniendo en cuenta la seguridad así la facultad de arrepentirse y la de rescindir o resolver, debían interpretarse en forma restrictiva y siempre que los actos posteriores a la firma del contrato de compraventa no resulten expresa o implícitamente la renuncia de aquella prerrogativa (art. 874 C. Civil). Esta posición, sin embargo, ha olvidado que la señal o arras integra el contrato sea que la estipule en forma expresa como cláusula de arrepentimiento, o por su sola mención, y con ello se posibilita a las partes salir de la situación contractual gracias al cumplimiento de lo que las arras presuponen, con igual fuerza obligatoria a la que se invoca para el contrato. Quintero dice "al pactarse una señal en la promesa bilateral de compraventa, la norma individual que es ese contrato preliminar, está imputando a cada parte una obligación facultativa, o con facultad alternativa o de sustitución. Las partes se han otorgado recíprocamente una facultad de arrepentimiento, mediante la devolución de las arras con otro tanto de su valor, o mediante su pérdida, según quien la ejerza. De allí se ha convenido la facultad de elección o de sustitución, por lo que el deudor se libera cumpliendo esa prestación predeterminada que es subsidiaria de las prestaciones principales recíprocas, que hacen a la esencia de la compraventa (art. 643 Código Civil). Se observa que cuando uno de los contratantes se determina por el arrepentimiento, observa una conducta a través de la cual cumple con la prestación in facultate solutionis, que fue recíprocamente imputada a las partes, y por ende, por una cláusula accesorio de la promesa bilateral de compraventa. Así se concluye que al invocarse como fundamento "la fuerza obligatoria del contrato para valorar con amplitud de criterio una conducta como comienzo de ejecución en mira a tener por pérdida la facultad de arrepentimiento, a la par que solo se pierda en la facultad de inordinación, se está invocando una norma que sirve, a la inversa, para fundar un criterio restrictivo en la valoración de esa conducta ya que de ese comienzo

se va a inducir una renuncia que debe interpretarse restrictivamente. De acuerdo a todo ello, interpretación de la conducta en el fin de inferir de ella la renuncia al derecho que confiere las arras penitenciales, debe ser restrictiva pues solo así tendrá fuerza de convicción al pronunciamiento basado en esa interpretación, por existir una norma genérica (art. 874) en la que podrá subsumirse la sentencia". Colombo da la siguiente regla: a) existirá principio de ejecución de contrato y a menudo ejecución completa, siempre que los actos de los contratantes se refieran a los elementos constitutivos de la figura jurídica de que se trate, entonces, será indudable el propósito de cumplir las obligaciones estipuladas: pago del precio, transmisión de la cosa, etc.; b) no hay que reparar en aquellos hechos accesorios o secundarios, aunque se relacionen con la obligación consentida, salvo que sin ellos el contrato no pueda llevarse a feliz término, o cuando alguno de los contratantes lo haya tomado expresamente a su cargo (ej.: "La revista de un campo para cerciorarse que sus alambrados, aguada y molinos se encuentran en buenas condiciones no debe considerarse comienzo de ejecución. Lo será, en cambio, el arreglo de esos mismos alambrados, si en el boleto se ha consentido que su reparación está sobre el contratante que lo hace"); c) en las hipótesis de poca claridad se deberá tener en cuenta: 1) la intención de las partes; 2) la época o instante en que se llevan a cabo los actos susceptibles de constituir un principio de ejecución; 3) la naturaleza de los actos realizados, porque ellos revelan a veces de manera indudable los designios del autor.

El término ejecución involucra la idea de un proceso: conjunto de actos, de fenómenos un todo natural y lógico. Principio significa comienzo, el punto primero en una extensión, en un desarrollo.

**Actos preparatorios y actos de ejecución:** En ciertos momentos la jurisprudencia distinguió entre actos preparatorios y actos de ejecución, considerando que los últimos tenían eficacia para traducir una renuncia al derecho de arrepentirse, o lo que es lo mismo, todos aquellos actos dirigidos al cumplimiento del contrato, pero que inmediatamente sólo perseguen el otorgamiento de la escritura, serían preparatorios del acto notarial y por tanto no ejecutivos del contrato de compraventa. Puede replicarse que la distinción es artificial y excesiva (Llambías) ya que si el acto preparatorio de la escrituración es inequívoco ha de interpretarse respecto de quienes emana como principio de ejecución del contrato, olvida que el boleto genera una serie de obligaciones complejas.

Respecto del comprador, las prestaciones a su cargo no se limitan a otorgar escritura (obligación de hacer, art. 625 C.C.) sino también a dar una suma de dinero (pagar el precio, art. 616, 1323, 1349, 1424, C. Civ.) y por ello la conducta de cualquiera de las partes al respecto, sea que cumplimenten la obligación de hacer o las de dar, significará haber comenzado a ejecutar el único contrato concertado: el de compraventa. La designación del escribano que, por este motivo, es reconocida en el boleto como una de las facultades de las partes para ejercerla con posterioridad, constituye principio de ejecución, porque posibilita la satisfacción de una de las prestaciones básicas del contrato de compraventa inmobiliaria (art. 1184, inc. 1, 1185, 1187 C. Civil). Quinteros considera que "entre el cumplimiento del contrato y el comienzo de ejecución, la diferencia es de grados, no de esencia, porque debe tratarse del cumplimiento de prestaciones que hacen al objeto de las obligaciones, directas o indirectas, expresas o implícitas, principales o accesorias, etc., que asumieron las partes". La parte que despliega una conducta para satisfacer las obligaciones que corresponden al comprador o vendedor, abdicó de su prerrogativa de arrepentirse y comienza o continúa la ejecución de la compraventa.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia para los actos que deben considerarse como principio de ejecución del contrato de compraventa se pueden considerar las siguientes facetas: a) Cuestión de hecho: determinar cuándo existe principio de ejecución de un contrato es una cuestión de hecho (según Borda se entiende como todo acto que

demuestre inequívocamente la voluntad de cumplir con las obligaciones contraídas. Se deben tener en cuenta las modalidades, siendo éste principio de ejecución más que una renuncia al derecho de arrepentirse es una causa de caducidad de ese derecho que funciona con independencia del conocimiento o consentimiento de la otra parte). b) Debe existir voluntad fehaciente y no equívoca de cumplir el contrato: frente a la idea de que los contratos se hacen para ser cumplidos (pacta sunt servanda) (art. 1137, 1197, 1198 C.Civil), está el criterio de que la seña peribéndola o devolviéndola doblada, tiene el alcance de autorización para dejar de cumplir el contrato (1202) y que debe hacer por ello un equilibrio, una compensación, un balanceo porque si bien la resolubilidad o rescindibilidad no son la regla en nuestro Código, el añadido de la seña, por las partes, demuestra, que la posibilidad de liberación está a nivel del contrato. c) Entrega posterior de la posesión: para que la posesión del inmueble objeto de la compraventa importe comienzo de ejecución del contrato que haga impropio el arrepentimiento, debe reconocer como causa adecuada la tradición, que es un acto voluntario y bilateral realizado con el concurso de vendedor y adquirente, es decir (art. 2379 C. Civil) por la concurrencia de actos materiales de una parte y consentimiento de la otra. No basta el acto unilateral de una sola de ellas; es indispensable el acuerdo de ambos acerca de la entrega. d) Renuncia al arrepentimiento: importa reparar en aquellos actos de los contratantes que si bien objetivamente no constituyen principio de ejecución del contrato de compraventa, implican una renuncia expresa o tácita al derecho de arrepentimiento.

En todos los casos se necesita un claro comportamiento que demuestre la intención de no usar el derecho de arrepentimiento.

Sólo cuando el contrato tiene principio de ejecución se puede demandar su cumplimiento (art. 1197, 1198, 1189, 1202, 874 C. Civil) pero ello no impide exigir la resolución cuando media incumplimiento del otro contratante. Nada tiene que ver el principio de ejecución del contrato si en lugar de un supuesto de arrepentimiento se está frente a la resolución del vínculo obligacional por incumplimiento moroso del comprador (A. Morello).

## JURISPRUDENCIA

-El arrepentimiento es procedente siempre que el contrato no haya tenido principio de ejecución (C.N.Civ., en pleno, diciembre 29-951. Ídem, Sala E, Julio 17-961).

-El vendedor, en la compraventa inmobiliaria, puede arrepentirse cuando como en el caso, no ha mediado principio de ejecución y aunque se trate de un comprador con derecho preferencial (C.N.Civ., Sala E, septiembre 17-963).

-El principio de ejecución del contrato obsta el arrepentimiento, pero no impide que el vendedor pueda hacer valer el pacto comisorio estipulado a su favor en el boleto (C.N.Civ., Sala A, Noviembre 30-962). J - La existencia de principio de ejecución del contrato de compraventa inmobiliaria, conduce a su cumplimiento, pero no impide exigir la rescisión, en el supuesto de incumplimiento por el otro contratante (C.N.Civ., Sala E, noviembre 21-961).

-Si el propietario, por pasividad del comprador, no fue constituido en mora, ni hubo principio de ejecución puede validamente desistir del propósito de vender una vez vencido el plazo para firmar el boleto estipulado en el recibo que extendió al pagarse la seña, si el comprador reconoció haber conocido tal desistimiento (C.N.Civil, Sala C, febrero 19-963).

-Cuando no se acredite principio de ejecución, es procedente el arrepentimiento por la parte vendedora, poniendo a disposición del adquirente la suma doblada (C.N.Civ., Sala E, diciembre 29-961).

-El principio de ejecución del contrato más que una renuncia al derecho de arrepentirse es una causa de caducidad de éste derecho que, por consiguiente, funciona con independencia del conocimiento o consentimiento de la otra parte (C.N.Civ., Sala A, mayo 20-964).

## ACTOS QUE PUEDEN O NO IMPLICAR PRINCIPIO DE EJECUCION

-Existe inconveniencia en precisar principios generales y rígidos en la apreciación de los actos que pueden implicar principio de ejecución y renuncia tácita al derecho de arrepentirse (C.N.Civ., Sala D, Junio 14-963).

-Para la determinación de los actos que constituyen principio de ejecución del contrato no caben principios generales rígidos, debiendo apreciarse las circunstancias particulares de cada caso (C.N.Civ., Sala E, noviembre 29-963).

-Son de interpretación restrictiva los actos que importen principio de ejecución del contrato (C.N. Civ., Sala A, diciembre 20-960).

-Los actos que constituyen principio de ejecución deben ser posteriores a la firma del boleto y deben tener una significación inequívoca, pues importan renuncia tácita al derecho de arrepentirse el cual no se presume (C. N. Civ., Sala E, noviembre 29-963).

-Los actos que constituyen principio de ejecución deben ser posteriores a la firma del boleto y deben tener una significación inequívoca, pues importan renuncia tácita al derecho de arrepentirse el cual no se presume (C. N. Civ., Sala E, noviembre 29-963).

El principio de ejecución del contrato consiste en actos de los que inequívocamente se desprenda la voluntad de ambas partes o de una de ellas de cumplir el contrato, solventando las obligaciones que el mismo impone (C.N.Civ. Sala E, octubre 17-963).

-Significan principio de ejecución del contrato, todos aquellos actos de los que inequívocamente se desprenda la voluntad de cumplir la convención, es decir los actos preparatorios necesarios para lograr tal cumplimiento (C.N.Civ., Sala E, Julio 17-61) ED 1-388 (idem, id. Julio 17-961 ED, 1-547).

-A los fines de determinar si hubo principio de ejecución no cabe distinguir entre actos de ejecución y actos preparatorios; cualquier cumplimiento por el obligado importa principio de ejecución (voto del F. Padilla) (C.N. Civ., Sala C, Julio 10-963) ED 7-309.

-El principio de ejecución de determinar si hubo principio de un contrato debe consistir en actos que inequívocamente trasuntan la voluntad de cumplirlo (en el caso no lo es la entrega de títulos al escribano hecha con anterioridad al convenio) (C.N.Civ., Sala A, diciembre 30-963, ED 1-191).

-Constituye principio de ejecución que impide el arrepentimiento, el pedido de autorización para escriturar formalado en el sucesorio, la designación en común del escribano que debía intervenir, posterior a la firma del boleto y la entrega de títulos al mismo con aquel fin. (C.N.Civ., Sala C, Julio 10-963, E.D. 7-309)

-Constituye principio de ejecución del contrato la demanda por escrituración, aunque haya sido desistida y no se corriera traslado de la misma (C.N. Civ., Sala A, mayo 20-964, E.D. 8-502)

—Cuando la designación del escribano interviniente se efectúa con posterioridad a la concertación del contrato, tal hecho aparece como una reafirmación y por ende como una renuncia al derecho de arrepentimiento (C.N.Civ., Sala E, noviembre 29-963, E.D. 7-101).—

—Conforme a jurisprudencia plenaria, la designación de escribano y la entrega del título de dominio realizados con posterioridad a la firma del boleto, puede o no constituir principio de ejecución que obste el arrepentimiento según las particularidades que cada caso ofrezca, por lo que no resulta convenientemente sentar principios generales al respecto. (C.N. Civ., Sala D, junio 14-963, E.D. 5-318).

—Aunque los actos de ejecución (v. gr. trámites de subdivisión) sean anteriores al boleto, el arrepentimiento no puede tener lugar si el vendedor ya se había comprometido a poner la finca en venta horizontal y a vender una unidad, por lo que la posterior designación de una empresa para materializarla tiene todo el alcance de un acto de ejecución y no meramente preparatorio (C. N. Civ., Sala E, noviembre 29-963, E.D. 7-701).

—No impide el arrepentimiento los pedidos de algunos herederos para que se les autorizase a otorgar la escritura de dominio, en razón de haber menzures, pues se trata únicamente los actos preparatorios que tampoco podrían obligar a los otros herederos condóminos (C. N. Civ., Sala F, septiembre 27-962, E.D. 5-167).

—Si al contestar el telegrama por el que se lo constituye en mora, el vendedor manifiesta su voluntad de escriturar, no puede luego arrepentirse de la operación (C. N. Civ., Sala B, abril 13-961, E.D. 1-832).

—Quien interpela a su contratante para que cumpla personalmente el contrato, está demostrando su voluntad de considerarlo firme; y la renuncia a su derecho de arrepentirse no podría ser retractada si la intimación fué debidamente acatada. Pero si no lo fue, si la renuncia implícita en la intimación a cumplir fue desoída por el comprador que rechazó el telegrama, es forzoso concluir que el vendedor conservó ineludible su facultad de arrepentirse (C. 2° C.C., La Plata, Sala II, noviembre 30-962, E.D. 5-56).

—El hecho de retirar de la venta el departamento, debidamente probado, importa voluntad de arrepentirse y dá derecho para ejercer esa facultad (C. N. Civ., Sala G, septiembre 13-960, E.D. 2-440).

—Se ha considerado principio de ejecución del contrato el levantamiento de una hipoteca que impedía la escrituración y el del embargo que también la impedía; la autorización pedida en el sucesorio para firmar la escritura; la promoción del juicio de reintegración previsto en el boleto para hacer posible la tradición; la designación del escribano con posterioridad a la firma del boleto (con alguna excepción); la entrega de los títulos al escribano (punto en que la jurisprudencia es muy contradictoria) (C. N. Civ., Sala A, mayo 20-964, E.D. 8-302).

—El vendedor que recibe una suma en concepto de "principio de ejecución del contrato" no puede arrepentirse devolviendo la seta doblada (C. N. Com., Sala 13, octubre 6-961, E.D. 2-953).

—Si el vendedor recibió dinero "a cuenta de precio", al tiempo de suscribir el boleto, no puede luego arrepentirse pues ha existido principio de ejecución (C.N. Civ., Sala D, agosto 3-962, E.D. 2-904).

—La entrega de una suma de dinero "en concepto de seta y como anticipo y principio de ejecución de la escritura" excluye la posibilidad de arrepentirse de la compraventa inmobiliaria (S.C. Buenos Aires, Agosto 6-963, E.D. 6-34).

—No importa principio de ejecución la inserción en el boleto de la cláusula "como seta y a cuenta de precio" (Del fallo de la Instancia, C.N.Civ., Sala D, agosto 2-961, E.D. 1-821).

—La entrega del título a la institución de crédito por el vendedor no constituye principio de ejecución que impida su arrepentimiento (c. 2º C.C. La Plata, Sala II, noviembre 30—963, E.D. 3—55).

—Ni la designación de escribano para escriturar ni la citación que éste cursó a la compradora para que suministrara sus datos personales ni el diligenciamiento de los certificados, permiten inferir la renuncia al arrepentimiento del vendedor (C.N. Civ., Sala D, junio 14—963, E.D. 3—318).

—El trámite de subdivisión de parcelas y su pertinente aprobación no constituyen en sí mismos principio de ejecución del contrato de compraventa inmobiliaria (C.C. Buenos Aires, abril 28—964, E.D. 8—307).

—El hecho de que el vendedor conociese el nuevo parcelamiento de tierra practicado por el comprador no implica principio de ejecución que impida el arrepentimiento por renuncia tácita de su derecho (C.N. Civ., Sala A, junio 3—963, E.D. 5—317).

Existiendo mora y principio de ejecución de contrato, no puede ejercitarse el derecho de arrepentimiento, pues tácitamente se ha renunciado en tal supuesto al ejercicio del derecho de hacerlo. Como concepto podemos entender que existe principio de ejecución de contrato, como referido a aquellos actos celebrados que demuestran la intención, certeza absoluta, de cumplir con las obligaciones contraídas.

No existiendo mora y habiéndose producido la ejecución del contrato, habiéndose pactado la estipulación de una señal, procede el ejercicio del derecho del arrepentimiento, debiendo aclararse que éste último es fundamental para poder dejar de esa manera sin efecto el contenido del contrato, aclarándose que si se entrega una suma de dinero a cuenta de precio, no hay posibilidad de arrepentirse por falta de estipulación de señal, cuenta de precio, principio de ejecución de contrato, no hay arrepentimiento, pues de antemano se ha renunciado al derecho que confiere la ley, no teniendo en tal circunstancia, la señal, el carácter de penitencial.

En caso de cumplimiento del contrato, la suma de dinero entregada en concepto de señal, forma parte del precio, si es de la misma especie, de lo que debe darse por la prestación a que se obligaron las partes, mientras que si la señal es de diferente especie de lo que por el contrato debe darse, se deberá la integridad del precio, debiendo devolverse la señal en el estado en que se encuentre, lo mismo ocurre si la obligación fuere de hacer, o de no hacer, todo ello de conformidad con el régimen instaurado por el art. 1202 del C. Civil. En el caso de estipularse una señal, puede el comprador arrepentirse perdiendo la señal entregada, mientras que si fuere el vendedor el que se arrepiente, debe restituir la señal debida. En este caso la señal actúa como elemento indemnizatorio, señala el límite de ella, no pudiendo en ese caso exigirse un importe mayor o menor en concepto de resarcimiento.

Ambas partes pueden, de común acuerdo, dejar sin efecto el contrato, aplicándose en éste caso los principios de la rescisión bilateral, por lo cual en éste caso ni el vendedor debe restituir la señal debida, ni el comprador debe perder la señal entregada.

Puede acontecer asimismo que no se haya ejercido el derecho de arrepentimiento, incurriendo alguna de ellas en el mero incumplimiento de la prestación debida. En este caso la indemnización de daños y perjuicios se rige por los principios generales del contrato, por lo cual la parte no culpable, puede demostrar la existencia de perjuicios mayores a la señal, actuando ésta como mínimo de indemnización, si no prueba el acreedor daño, o si el daño probado es inferior al importe entregado en concepto de señal. Por lo tanto, puede observarse el efecto fundamental que le da la ley civil a la señal, pues permite en caso de ser establecida, que las partes se arrepientan del contrato, debiendo al respecto hacerse una nítida diferencia entre el arrepentimiento y el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

De lo expuesto se colige que la señal o arras en el derecho civil, permite el habilitamiento del vínculo contractual, señalando asimismo la medida de la indemnización, sin poderse alegar perjuicios mayores o menores señalando que el arrepentimiento puede ejercerse mientras no haya renuncia expresa o tácita, pudiendo ésta última configurarse mientras no exista principio de ejecución de contrato y no haya mora extrajudicial, y si no la hubiere hasta la contestación de la demanda, pudiendo ejercerse en forma subsidiaria a la demanda reconvenzional por resolución y sólo para el caso de que no prospere ella. Funciona, por lo tanto, en el derecho civil con el carácter de que el contrato puede ser dejado de lado, diferenciándose ello del derecho comercial, que actúa como elemento confirmatorio, salvo cláusula especial del contrato.

## SEÑA, SEÑAL o ARRAS

*Por Jorge Miguel*

### 1) CONCEPTO

1.1. El concepto de la seña se nos ofrece a primera vista como obvio.

Tanto que no es inóculis que, dándolo por supuesto, se prescindiera de él entendiéndose de lleno a distinguir sus especies confirmatoria y penitencial.

Sin embargo y como con la mayoría de las cosas aparentemente obvias, definir la seña encierra imprevistas dificultades.

Resulta tanca previa fijar posición respecto de un cúmulo de interrogantes que habrán de condicionar su contenido.

Como resultado de ello, podemos definir a la seña como el elemento accidental de los contratos bilaterales consistente en la dación o entrega de una cosa —cualquiera sea su especie— que uno de las partes efectúa a la otra. Sea con el objeto de facultar la posterior extinción resolutoria del contrato por vía del arrepentimiento unilateral de uno de los partícipes o —desechando tal posibilidad extintiva— como cumplimiento de parte de las prestaciones a que está obligado el dador.

1.2. Si bien puede hallarse alguna opinión aislada en el sentido de que no hay razón alguna para excluir del ámbito de las arras a los contratos unilaterales, ellas constituyen un efecto propio de los bilaterales.

Como tal se encuentran reguladas por el art. 1303 del Código Civil y junto con la excepción de incumplimiento (art. 1301), el pacto comisorio (arts. 1303 y 1304) y el doble ejemplar (art. 1021).

Constituyen con respecto a estos contratos un elemento accidental, puesto que su existencia requiere de la previsión expresa de las partes.

1.3. La naturaleza jurídica de la seña ha dado lugar a posturas antitéticas.

Así, se la ha entendido como un contrato, ubicado dentro de otro principal al cual accede.

Y, desde que tiene como presupuesto la entrega de la cosa, de carácter real.

De tal modo, podría darse el caso de entender a la seña como un contrato real, accesorio e incluido en otro consensual.

Opuestamente, se la ha calificado como acto material o no-negocial.

En posición intermedia —y como la más ajustada a la naturaleza de esta institución— se la ha calificado como un pacto, cláusula accesoria establecida por las partes a fin de modificar los efectos normales del contrato o negocio jurídico en el cual se halla inserto y sin que por ello éste sea rescindida su unidad (Bueyes, Alberto J. "La entrega de la cosa en los contratos reales", pág. 115).

1.4. Cualquiera sea la posición que se adopte en cuanto a la naturaleza, la seña implica y presupone una dación.

Se perfecciona por la entrega de la cosa.

Esta es indispensable, ya que buena parte de la función de la seña se estructura en torno al eventual reintegro, con otro tanto de su valor.

Y, naturalmente, éste presupone la previa existencia de aquella.

1.5. Sentado que no hay seña sin la previa entrega de la cosa, resta determinar en qué carácter la misma es efectuada.

Para ello es necesario distinguir si consiste en dinero —la hipótesis más común— o en otras cosas consumibles o fungibles.

En estos casos debe reputarse que la cosa entregada como seña es dada en propiedad.

El receptor será considerado como su dueño a todos los efectos y con todas las consecuencias.

La posterior eventual restitución también lo será en propiedad.

Lo precedentemente expuesto se aplica sea o no la seña de la misma especie que lo que por el contrato debe darse.

1.5.1. Diferente es el caso si lo entregado como seña es una cosa mueble no registrable, que al propio tiempo no es consumible ni fungible.

En este caso, deberá efectuarse la distinción respecto de si es o no de la misma especie del contrato.

Desde la entrega, el receptor de la cosa será respecto de ésta tenedor de cosa ajena.

Sin que pueda aplicarse la presunción del art. 2412, ya que el accipiens no podrá invocar buena fe en la posesión.

La propiedad de la cosa sólo se transferirá a su favor si es de la misma especie y distinguiendo según se trate de seña penitencial o confirmatoria.

Si es esto último, desde el momento de la entrega.

Y si es penitencial, recién desde que el contrato tiene principio de ejecución.

1.5.2. Pero si la cosa es de distinta especie, la propiedad nunca se transferirá al receptor, el que en todo momento será tenedor de cosa ajena.

Le serán aplicables por analogía las obligaciones del depositario y del que debe restituir cosas a su dueño.

Estas obligaciones se aplicarían en todos los casos cuando lo entregado como seña sean bienes inmuebles o muebles registrables.

1.6. El punto que antecede anticipa opinión respecto de qué cosas pueden ser objeto de seña.

Entendemos que no se justifica la restricción a algunas de ellas en especial y que por el contrario pueden serlo todas sin limitación.

Unas podrán ser más utilizadas que otras. Pero que algunas sean empleadas más espaciadamente no las hace menos aptas para cumplimentar con eficacia tal función.

Una postura amplísima del objeto es sustentada por López de Zavalía, quien la extiende incluso a los derechos personales (Teoría de los contratos - Parte General, pág. 384).

1.7. En cuanto al tiempo en que puede pactarse la seña, no resulta indispensable su simultaneidad con la concertación del contrato.

Podrá concertarse posteriormente, pero en todo caso deberá serlo antes que haya principiado el cumplimiento.

1.8. Las previsiones legales sobre la seña no resultan imperativamente obligatorias y las partes pueden modificarlas de común acuerdo.

De tal modo, podrá pactarse que en un contrato civil la seña opere como condonatoria, de igual modo que podrá concertarse en un contrato comercial su funcionamiento penitencial.

Si bien lo corriente es que se pacten al momento de la celebración del contrato, también podrán serlo con posterioridad, siempre que ello ocurra en etapa anterior al comienzo del cumplimiento.

Podrán también las partes modificar el "quantum" a entregar como seña, por encima o por debajo de los habituales.

El pacto de una seña por un monto superior al corriente no le quitará sin embargo por esta sola razón el carácter penitencial que pueda corresponderle.

También podrán las partes acordar que la indemnización no equivaiga al monto de la seña, sino que opere por otro distinto.

O que la restitución deba efectuarse con más sus intereses.

Las precedentes variaciones o cualquier otra semejante hallarán fundamento en el art. 1197 C. Civil.

## 2) COMPARACION CON OTRAS FIGURAS

### 2.1. Con la rescisión

La rescisión o distracto tiene lugar de acuerdo con el art. 1260 del Código Civil cuando ambas partes contratantes extinguen las obligaciones creadas por los contratos, por mutuo consentimiento.

Tiene semejanza con la seña en su forma penitencial en cuanto aquí también nos encontramos ante un supuesto de extinción.

Pero, a diferencia del anterior, el arrepentimiento en la seña penitencial es provocado por la voluntad unilateral y no conjunta de los contratantes.

El distracto por su parte también constituye un modo de arrepentimiento, pero es bilateral.

Además, produce efectos "ex tunc".

El arrepentimiento en la seña, en cambio, tiene efectos resolutivos "ex tunc".

### 2.2. Con el depósito en garantía

En el caso del depósito en garantía o "reserva" nos encontramos con un contrato no definitivamente concluido.

La parte que ha recibido el depósito o reserva no se encuentra aún obligada.

Puede aceptar la oferta –en cuyo caso sí lo estará– o rechazarla.

En este último supuesto sólo deberá reintegrar el importe recibido, sin indemnización alguna.

Y en cuanto al que entregó la reserva, si bien está facultado para apartarse del contrato perdiendo el depósito, no podrá en cambio obligar a la otra parte a contratar.

### 2.3. Con las obligaciones alternativas

Se llama obligación alternativa a aquella que queda cumplida con la ejecución de cualquiera de las prestaciones que forman su objeto, sea que la elección esté a cargo del deudor, del acreedor o de un tercero.

Son sus caracteres: a) Objeto plural o compuesto; b) las prestaciones son independientes entre sí; c) entrañan un derecho de opción que puede estar a cargo del deudor o del acreedor o de un tercero y d) hecha la elección, la obligación se concentra en la prestación elegida (Borda "Tratado de Derecho Civil" Obligaciones, T<sup>o</sup> I, pág. 432).

Lo precedentemente expuesto –en particular los caracteres de las obligaciones alternativas– revelan claramente la diferencia que las separa de las otras penitenciales.

En la seña no hay una obligación de objeto plural, en el sentido de que indistintamente pueda ser cumplida una u otra.

La obligación emergente del contrato bilateral es para cada una de las partes unitaria, en cuanto que debe cumplimentarse ésa y no otra.

La opción no es la de cumplir de un modo diferente, sino la de no cumplir, en cuyo caso el arrepentido deberá indemnizar.

Asimismo, ejercitada la opción, no se mantiene viva la figura del contrato con un cambio de la obligación a cumplir, sino que por el contrario se produce su extinción en la especie resolutoria.

### 2.4. Con la cláusula penal

La cláusula penal es una promesa accesoria, aceptada por la contraparte, que importa la obligación del deudor de efectuar una determinada prestación, a título de pena, para el caso de incumplimiento injustificado de la obligación que nace del contrato (Mazzini "Derecho Civil y Comercial" T<sup>o</sup> IV, pág. 446).

Las similitudes que tal cláusula puede ofrecer con la seña se presentan nuevamente respecto de la especie penitencial.

Aún así, cabe señalar las siguientes diferencias sustanciales:

a) La cláusula penal es de carácter consensual y consiste en la obligación de efectuar una prestación subsidiaria en defecto del cumplimiento de la principal.

En cambio, ya hemos visto que la seña es de carácter real, no existiendo antes de que se haya producido la entrega efectiva.

b) Por otra parte, surge de la diferencia señalada precedentemente que la vigencia de la cláusula penal presupone el incumplimiento del deudor, que es previo a la efectivización de aquélla.

La seña penitencial, por el contrario, autorizará el incumplimiento una vez que haya sido manifestada debidamente por la parte la voluntad de arrepentirse.

Pero no puede ocurrir de modo inverso que el incumplimiento sea previo al arrepentimiento, ya que aquel constituye precisamente uno de los límites para que éste se manifieste válidamente. (infra, punto 7.1.2.).

c) Además, mientras que la *seña penitencial* consiste en una cantidad o cosa predeterminada e invariable salvo nuevo pacto, la *cláusula penal* podrá consistir en una suma que resulte variable o gradual a través del lapso que dure el incumplimiento.

d) Por último, mientras que la *seña* provoca la extinción del contrato y consecuentemente el no cumplimiento de la obligación pactada, no ocurre lo propio en el supuesto de la *cláusula penal*.

En cuanto a ésta, el incumplimiento imputable del deudor la pondrá en funcionamiento, pero no relevándolo de la obligación de efectivizar la prestación principal.

De tal modo, el monto de la *cláusula penal* se acumulará a la obligación ya pactada.

La depobligación respecto de ésta dependerá de la voluntad del acreedor.

#### 2.4. *Con la cláusula de arrepentimiento*

La *cláusula* del art. 1373 Código Civil, consiste en la facultad que se reservan las partes en el contrato de compraventa de proceder a su extinción por vía de arrepentimiento unilateral.

Tal *arrepentimiento* se distingue del de la *seña penitencial* en cuanto no requiere de modo esencial la existencia de una dación o entrega. Las restituciones que deban efectuarse recíprocamente las partes lo serán como consecuencia de la extinción resolutoria del contrato, pero sin obligación para la parte que se arrepiente de indemnizar a la otra.

#### 2.6. *Con la imposibilidad de cumplimiento*

Esta existe de acuerdo con el art. 888 del Código Civil cuando la prestación que forma la materia de la obligación viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor.

Tal extinción tiene por consecuencia la obligación de restituirse mutuamente las partes las arras o cualquier otra prestación, sin obligación de indemnizar.

Como sabemos, en la *seña penitencial* la extinción es provocada por la voluntad unilateral de uno de los contratantes que puede ejercer tal facultad precisamente merced a su aceptación de indemnizar.

#### 2.7. *Con el pacto comisorio*

El pacto comisorio opera como la facultad que tienen las partes en los contratos bilaterales de proceder a su resolución, ante el incumplimiento imputable del co-contratante.

Es decir que el pacto comisorio presupone el incumplimiento culpable.

La *seña penitencial* permite también como ya hemos señalado la extinción resolutoria.

Pero, por oposición al pacto, presupone la inexistencia de incumplimiento.

Estrictamente, que todavía no se ha empezado a cumplir —o a incumplir— (infra, punto 7.2.).

Podría darse la hipótesis de gabinete de que se hubiera producido el incumplimiento por una parte y que sea la otra quien se arrepienta.

Pero carece de lógica que quien está facultado para resolver por el art. 1204 Código Civil con derecho a reclamar indemnización opte por hacerlo, pero aceptando pagarla a través del procedimiento del art. 1202.

1.7.1. Especial comentario merece la última parte del primer párrafo del artículo precedentemente mencionado en cuanto dispone que quien entregó la señal puede dejar de cumplir el contrato perdiéndola.

Una primera lectura de la norma pareciera aceptar que quien ha incurrido en incumplimiento puede no obstante arrepentirse.

No es sin embargo así. El no cumplimiento es el objetivo final del que se arrepiente.

Pero sólo le será permitido no cumplir en caso de ejercitar el arrepentimiento en legal forma.

En otras palabras, la pérdida de la señal no es la salida para quien previamente ha incumplido.

Por el contrario, la no necesidad de cumplimiento es la consecuencia natural de la no existencia de obligación, provocada por la extinción del contrato operada a través del arrepentimiento válidamente ejercitado.

1.7.2. Tema que ha dividido a la doctrina es si en el caso de resolverse por pacto comisorio un contrato en el cual existe entregada señal, ésta opera como límite mínimo o máximo de las indemnizaciones.

Siguiendo a Lafaille, Morello, Mosset Iturraspe y Spota, opinamos que se trata de instituciones diversas que responden a principios diferentes.

El rearcimiento a obtener por vía del pacto comisorio debe ser pleno, regirse por los principios generales y no limitarse o condicionarse a máximos o mínimos preestablecidos.

### 3) ANTECEDENTES HISTORICOS

Las arras tienen remoto origen, que Lafaille opina debiera buscarse en las costumbres de los comerciantes púnicos (Derecho Civil -Contratos- T<sup>o</sup> I, pág. 551, nota 101).

Aparecen de antiguo en los ordenamientos jurídicos y la doctrina no es pacífica en cuanto a su interpretación, función y alcance.

Puede sin embargo aceptarse que revestían carácter penitencial en el antiguo derecho griego.

Que fueron confirmatorias en el primitivo derecho romano y que Justiniano innovó respecto de ellas acordándoles el carácter de penitenciales.

Este mismo carácter tuvieron en la Edad Media, en la legislación castellana y en el código Napoleón.

La moderna orientación legislativa, sin embargo, vuelve sus preferencias hacia la especie confirmatoria, ejemplo de lo cual son los códigos alemán, suizo y brasileño.

Y partidarios de ella se manifiestan entre otros Lafaille (ob. cit. pág. 556), Fernández "Código de Comercio Comentado" T<sup>o</sup> II pág. 381) y Zavala Rodríguez (Código de Comercio Comentado - T<sup>o</sup> II, pág. 157), entre otros.

Para una más detallada exposición sobre el punto puede verse Spota ("Instituciones de Derecho Civil - Contratos", T<sup>o</sup> III, pág. 641).

#### 4) ESPECIES

La seña reconoce dos especies de características opuestas: la penitencial y la confirmatoria.

Son a tal extremo antagónicas que, como se manifestara en el punto 1), comúnmente suelen utilizarse para definir el género.

4.1. La seña penitencial es la que se destaca por tener características propias, tema que ampliaremos infra, punto 4.2.

Como quedó dicho en el punto 1), consiste en la dación o entrega de una cosa cualquiera sea su especie que una de las partes efectúa a la otra y que faculta a ambas para, por vía de arrepentimiento unilateral, provocar la extinción resolutive del contrato.

Para tal supuesto, opera como una estimación anticipada y recíproca de los daños que provocará la retractación.

Por tal procedimiento, ambos contratantes aceptan que para el caso de arrepentirse la indemnización sea de un monto equivalente al entregado como seña:

A la vez, este monto resulta independiente de la real existencia de perjuicios o de que éstos puedan superar al de la seña.

En uno u otro caso, la indemnización ascenderá o se limitará al equivalente de lo entregado como seña.

Esta consistirá en consecuencia y en definitiva en la facultad que se reservan las partes para no cumplir el contrato por voluntad unilateral y con un costo prefijado.

4.1.1: El arrepentimiento puede ser exteriorizado de modo expreso o tácito.

Pero en cualquiera de los casos debe ser claro e inequívoco, actual e incondicionado.

Una orientación doctrinaria postula que la facultad de retractación debe ser interpretada restrictivamente, en homenaje al principio del "pacta sunt servanda".

Sin embargo, la seña consiste en una estipulación de igual rango que las demás contenidas en el contrato.

El arrepentimiento que la seña faculta no es en definitiva sino un modo de ejercitar los derechos conferidos por una cualquiera de las cláusulas contractuales. Esto es, un modo de cumplir sus previsiones.

4.1.2. Matices peculiares plantea el caso en que la obligación a cumplir es indivisible y la parte que puede hacer valer el arrepentimiento pluripersonal.

Si bien se ha entendido que el arrepentimiento de alguno de los obligados impide el cumplimiento de la obligación, entendemos que para que sea válido, deberá ser ejercitado por todos los co-obligados conjuntamente.

Es decir, si la retractación no comprende a todos los sujetos que forman una de las partes contratantes, no hay arrepentimiento válido.

4.1.3. Puesto que la seña es un elemento accidental, emergente de la libre voluntad de las partes contratantes, también puede renunciarse.

Però le caben los principios generales aplicables a toda renuncia. Su intención no se presume a la interpretación de los actos que induzcan a probarla debe ser restrictiva (art. 874 Código Civil).

Consecuentemente, en caso de duda, debe entenderse que no hubo renuncia a arrepentirse.

Y la prueba de que ha existido corresponde al que la invoca.

Por último, la renuncia es retractable hasta tanto haya sido aceptada (art. 875, C. Civil).

4.1.4. El modo de efectivizarse el arrepentimiento difiere según que quien lo haga sea el *tradens* o el *accipiens*.

Si se arrepiente el dador de la seña, le bastará con una manifestación de voluntad expresa o tácita, pero inequívoca.

En cambio si lo hace el receptor, tal manifestación de voluntad por sí sola será insuficiente.

Deberá estar necesariamente acompañada por la devolución de lo recibido con más otro tanto de su valor.

Si ofrecida tal devolución no fuera aceptada, deberá consignar judicialmente.

Si el arrepentimiento se planteara en contienda judicial, deberá integrarse con el depósito de las sumas recibidas, más otro tanto.

En síntesis, no es suficiente la mera declaración de que se va a devolver o de que se pone la seña a disposición de la otra parte.

La manifestación del arrepentimiento debe estar inequívocamente acompañada por la restitución o por la demostración inequívoca de la voluntad de restituir.

4.1.5. En cuanto a qué es lo que debe restituir el *accipiens*, se plantea una cuestión terminológica muchas veces descuidada.

En 1.6. señalamos que podían ser objeto de seña las cosas sin excepción.

Es decir que si bien comúnmente lo será una suma de dinero, igualmente válido resultará que se entregue a tal fin una barra de oro o de hierro o una vaca.

Constituye un lugar común decir que al efectivizarse el arrepentimiento, el receptor de la seña deberá devolverla "doblada".

Ello no es exacto en estricto castellano y su interpretación literal puede, en el caso de los ejemplos precedentemente mencionados, provocar penosas confusiones o insalvables dificultades.

Però fundamentalmente, lo de que la seña deba devolverse "doblada" no es cierto porque no es lo que dice el Código.

El art. 1202 dispone que se "debe devolver la señal con otro tanto de su valor".

Y esto es cosa bien diferente.

Si lo recibido hubiera sido una suma de dinero –hipótesis que no ofreció dificultades– se deberá restituir el doble del monto recibido.

Però si no consistiera en dinero y fuera una cosa, deberá restituirse ésta. No "doblada" ni con más otra igual.

La indemnización consistirá en tal caso en la entrega del valor equivalente al de la cosa oportunamente recibida como seña.

4.1.5.1. Dificultad adicional puede presentar la determinación del valor de la cosa que se reintegra, que deberá adicionar el *accipiens*.

Quedó dicho más arriba que la restitución debe ser efectiva.

Pero en la medida que el valor adicional no se ajuste al de la cosa que constituye la seña, su reintegro podrá ser cuestionado por el tradens.

Y tal cuestionamiento hará derivar necesariamente la dilucidación de si el arrepentimiento fue ejercitado de modo válido o no a la decisión judicial.

4.1.6. Si la seña a restituir fuera de diferente especie, deben precisarse las condiciones de su reintegro.

Si por ser la cosa consumible o fungible hubiera sido entregada en propiedad, deberán restituirse cosas del mismo género y especie (supra, punto 1.3.).

Si que no fuera el caso, será análogicamente de aplicación lo dispuesto por el art. 1302 en cuanto establece que si el contrato se cumpliere, la seña debe devolverse en el estado que se encuentre.

Serán aplicables también, en consecuencia, las obligaciones del depositario y del que debe restituir cosas a su dueño.

4.2. Llámase un poco tautológicamente seña confirmatoria a las cantidades o cosas de la misma especie que configuran el precio y que se entregan para confirmar el contrato y en signo de ratificación.

En la especie confirmatoria la seña pierde las características tan peculiares y propias que reviste como penitencial.

Desaparece la facultad extintiva resolutoria del contrato.

Se limita notablemente el objeto de la seña, que no puede ser ya cualquier cosa sino tan solo aquellas que resulten de la misma especie prometida en el contrato (contra, Moscat Iturrage, "Teoría General del Contrato", pág. 484).

Y esto debido a la necesidad de que la seña pueda imputarse por cuenta del precio pactado.

Se dice que la seña confirmatoria tiene como resultado reforzar el vínculo contractual; lo que puede ser cierto, pero sólo en un sentido relativo.

La parte que entrega una cantidad como seña confirmatoria no se encuentra más obligada a cumplir al contrato que si no la hubiera entregado.

La obligatoriedad y exigibilidad del compromiso resultan exactamente iguales. Nacen del vínculo y no de la seña.

Sólo podrá decirse que el contrato ha sido reforzado o ratificado en tanto que por la circunstancia de que una de las partes ha pagado al momento de la celebración una parte del precio, por esta sola circunstancia y en la medida de ella, ha demostrado de modo más cabal su intención de dar cumplimiento al compromiso asumido.

No le vemos a la seña confirmatoria otra característica notable más que precisamente carecer de las características que posee la seña penitencial. Esto es, no da derecho al arrepentimiento y no sirve como medida predeterminada de indemnización.

Es por tal motivo que el estancamiento que pueda corresponder a una de las partes lo será por incumplimiento de la otra. Existirá en la medida que haya perjuicio efectivo y se entenderá hasta donde éste alcance.

En síntesis: Como lo dice el art. 475 C. Com. las cantidades entregadas con el nombre de seña confirmatoria "se entiende siempre que lo han sido por cuenta del precio".

Y como con más detalle veremos "infra", cuando la entrega es a cuenta de precio, no puede ser —o ha dejado de ser— seña.

Con lo que no pretendemos modificar el régimen de la "seña confirmatoria".

Simplemente, creemos que —rigurosamente hablando— no tiene mucho sentido llamarla “seña”.

4.3. Diversas situaciones pueden plantearse respecto de la seña cuando en el contrato no se ha aclarado debidamente si una entrega reviste o no ese carácter.

Puesto que es un elemento accidental, no indicándose en el contrato la calidad en que la suma fue dada, no se le puede acordar calidad de seña.

Diferente es el caso en que aclarándose que la dación reviste el carácter de una señal, no resulta especificado si lo es como penitencial o confirmatoria.

Puesto que en el régimen del art. 1202 C. C.r. la seña es penitencial y en el del art. 475 C. Com. lo es confirmatoria, la presunción funcionará entonces en el sentido que tratándose de un contrato civil la seña será penitencial y confirmatoria si ha sido pactada en un contrato mercantil.

La interpretación sin embargo no habrá de detenerse en el carácter civil o comercial del contrato, sino que deberá efectuarse de acuerdo con el contenido global del mismo.

Tal es el caso por ejemplo de la compra de inmuebles en subasta.

En tal supuesto y pese a tratarse de contratos civiles, únicamente se acuerda a la seña el carácter de confirmatoria, dadas las especiales características de la operación.

## 5) FUNCIONES Y EFECTOS

5.1. Se le confiere a la seña en sus especies confirmatoria y penitencial la función de reforzar o debilitar —respectivamente— el vínculo contractual.

Reforzarlo la seña confirmatoria en el sentido indicado en el punto 4.2.

Y debilitarlo la seña penitencial en la medida que deja abierta la posibilidad del incumplimiento y de la extinción del contrato.

5.2. De acuerdo con lo literalmente expresado por el art. 1202, asegurar el contrato o su cumplimiento.

Se establece aquí la diferenciación entre el contrato que no se encuentra definitivamente concluido, respecto del cual se busca llenar formas no cumplidas, tener por firme el consentimiento, en definitiva “asegurar el contrato”.

Y por otra parte se toma en consideración el contrato definitivamente celebrado respecto del cual la seña serviría para asegurar su cumplimiento o ejecución.

El sentido emergente de la parte transcripta del art. 1202 es sin embargo interpretado doctrinariamente bajo el prisma apuntado en 5.1.

La seña penitencial, lejos de asegurar el contrato o su cumplimiento, tiende a debilitar el vínculo contractual al permitir el arrepentimiento y la extinción del contrato.

5.3. Como ya quedó expuesto con anterioridad, la seña en su especie penitencial importa otorgar la facultad de no cumplir el contrato preestableciendo para tal eventualidad el costo de la indemnización.

5.4. Los efectos del arrepentimiento son de carácter resolutorio. Esto es, tienden a volver las cosas al estado existente antes de la celebración del contrato.

5.5. Supra, punto 4.1.4., hemos indicado que tradens y accipiens tienen que manifestar de diverso modo la declaración de voluntad tendiente a efectivizar su arrepentimiento.

Exteriorizado éste en legal forma, seña definir a partir de qué momento se producen sus efectos. Ello ocurre desde que la manifestación de voluntad es notificada en tiempo y modo válidos a la contraparte.

Es evidente que si tal voluntad de arrepentirse resulta cuestionada, será sometida al control judicial, provocando una decisión sobre su validez y efectividad.

Pero si el arrepentimiento hubiera sido ejercitado en debida forma, el fallo deberá reconocerlo, teniendo por extinguido el contrato al momento de haberse notificado la manifestación de la voluntad.

Situación ésta que no difiere de la que se presenta con la resolución del contrato por pacto comisorio extrajudicial.

## 6) EL CÓDIGO CIVIL Y EL CÓDIGO DE COMERCIO. DIFERENCIAS

Ya ha quedado remarcada la distinción esencial existente entre el régimen del art. 1302 C. Civ. y el del art. 475 C. Com. en el sentido que el primero regula la seña como penitencial mientras que el segundo lo hace como confirmatoria.

Debe adicionarse a ello otra importante diferencia de orden metodológico.

Mientras que en el Código Civil está regulada con la parte general de los contratos, al tratar de sus efectos, que se consideran como propios de los bilaterales, el Código de Comercio la legisla junto con el contrato de compraventa.

Si a ello agregamos que el art. 475 comienza diciendo que "las cantidades que con el nombre de seña o arras se suelen entregar en las ventas...", se nos aparece una nueva limitación de acuerdo con la cual solamente el dinero podría ser objeto de seña en materia comercial.

Sin embargo, la doctrina comercialista ha interpretado extensivamente la norma en examen.

Así, ha sostenido que la circunstancia de que el art. 475 hable de "las cantidades" no obsta para que se entreguen "cosas" (Zavala Rodríguez, "Código de Comercio Comentado", T<sup>o</sup> II, pág. 159) o "papeles de comercio" (Alconada Aramburú, "Código de Comercio Comentado", T<sup>o</sup> I, pág. 392).

De igual modo, sostiene que la norma no se limita al contrato de compraventa.

Así, que se aplica en cualquier negocio comercial (Alconada Aramburú, *ob. cit.* T<sup>o</sup> I, pág. 392). O que se aplica a la locación por contratos comerciales (Zavala Rodríguez, *ob. cit.*, T<sup>o</sup> II, pág. 160). O que se aplica no sólo a las compraventas (Malagarriga, "Tratado", T<sup>o</sup> II, pág. 229 nota 73).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe reiterar que por imperio del art. 1197 C. Civil, podrá pactarse una seña confirmatoria en un contrato civil o penitencial en otro comercial, con la única limitación de que ello deberá estar previsto expresamente.

## 7) EL ART. 1302 C. CIVIL. FACULTAD DE ARREPENTIMIENTO

### 7.1. Límites de su ejercicio

Como lo señala Spota, la norma no los prevé expresamente.

Se han ido delimitando por aplicación de otras disposiciones del Código Civil o por construcción jurisprudencial.

Al cabo, encontramos los siguientes límites al ejercicio de la facultad, restringida por otra parte de modo exclusivo a la esfera penitencial.

### 7.1.1. *El plazo convenido*

Las partes pueden convencionalmente fijar un plazo hasta el que cabrá arrepentirse válidamente y a contar del cual, por el contrario, no podrán ya hacerlo.

La posibilidad de tal previsión contractual halla apoyo en el art. 1197 del Código Civil.

### 7.1.2. *La mora*

La nueva redacción del art. 509 C. Civ. modificado por Ley 17.711, ha dado mayor importancia aún al presente límite.

El ejercicio de la facultad de arrepentimiento presupone la inexistencia de incumplimiento.

Como decíamos supra, punto 2.7., que aún no se ha comenzado a cumplir (o a incumplir).

La mora, en consecuencia y en la medida que revela la existencia de incumplimiento, además culposo, constituye un límite natural al ejercicio de la facultad.

Elo por ser una y otro absolutamente contradictorios e incompatibles.

### 7.1.3. *Vencimiento del plazo para concertar alameda*

Esta tercera eventualidad se halla expresamente contemplada en el fallo plenario de "Méndez c/Perupato de Ferrarese" (CNCiv. en Pleno, diciembre 29/951 E.D. T° II, pág. 443).

Merece remarcarse que este fallo se dictó en vigencia de la antigua redacción del art. 509 C. Civ.

El ámbito de aplicación de este límite ha quedado a partir de la ley 17711 reducido, por la generalización de los supuestos de mora automática.

## 7.2. *Caducidad de la facultad*

Los límites señalados en el punto anterior no son los únicos.

A ellos se deben agregar los actos que se ha entendido importan una caducidad de la facultad. Entre éstos, revisten importancia fundamental los calificados como principio de ejecución del contrato.

7.2.1. Se conceptúa como principio de ejecución todo acto posterior al contrato que demuestra inequívocamente la voluntad de la parte que lo realiza de cumplir las obligaciones a su cargo.

Repárese en que la calificación no es la de "cumplimiento del contrato" sino de "principio de cumplimiento".

Por lo tanto no representa el cumplimiento de todas las obligaciones o de la única obligación en que el contrato consiste.

Se trata en cambio del cumplimiento por el deudor de uno cualquiera de los actos a que estaba obligado.

Siempre y cuando este acto sea suficiente e idóneo como para demostrar de manera inequívoca la voluntad de cumplir el contrato en su totalidad.

Sentado el concepto que antecede, resta determinar en la práctica qué actos se consideran o no principio de cumplimiento.

Sobre este tema remitimos a lo que se expone infra en el punto 9.3.

7.2.1.1. Ante cualquier acto que pueda ser considerado principio de ejecución debemos distinguir si ha sido realizado sólo por una de las partes contratantes o conjuntamente por ambas.

En este último caso, el contrato tendrá principio de ejecución para las dos.

En el primero, únicamente para la autora del acto en cuestión.

Respecto de la otra, dependerá de que haya realizado o no otros actos que merezcan igual calificación.

Consecuencia de lo expuesto es concluir que cuando un contrato tiene comienzo de ejecución ello no implica necesariamente que lo tenga para todos los partícipes en él.

Es decir que el cumplimiento puede haber principiado para una de las partes y no para la otra.

Consecuentemente, la causal de caducidad de la facultad de arrepentimiento operará sólo respecto de aquella.

La otra, en cambio, mantendrá el derecho de ejercitar la facultad de arrepentimiento hasta tanto el contrato tenga también a su respecto principio de ejecución.

7.2.1.2. El fundamento por el cual el principio de ejecución del contrato importa caducidad de la facultad de arrepentimiento resulta claro.

Ya quedó expuesto que la cosa podía ser entregada en el momento de la celebración del contrato o en cualquier otro posterior siempre que no hubiera principiado su ejecución.

El ejercicio de la facultad de arrepentimiento importa la manifestación del propósito de apartarse del contrato. De no cumplirlo. De provocar su extinción.

Evidentemente, la realización de un acto que lleva al cumplimiento resulta en absoluto contradictoria con las intenciones referidas en el párrafo precedente.

Ambas posturas son inconciliables y, de acuerdo con la doctrina de los propios actos, resultaría incoherente que quien primero tiende a ejecutar el contrato pretenda luego que se le reconozca derecho a retractarse de él.

Por ello es indiscutible que quien comienza la ejecución del contrato opera simultáneamente la caducidad de su derecho de ejercitar el arrepentimiento.

7.2.2. Cabe la pregunta de si el transcurso de un tiempo prolongado puede importar por sí solo otra causal de caducidad.

En tal sentido, un viejo fallo de la Cámara Civil del año 1961 admitió el plazo de tres años como determinante de su existencia, por aplicación analógica de la norma del art. 1381 C. Civ.

## 8) LA CLAUSULA "COMO SEÑA Y A CUENTA DE PRECIO"

Es habitual —desde mucho tiempo atrás— observar en los boletos de compraventa que se atribuya a las sumas entregadas en el momento de la celebración el calificativo de que lo son "como seña y a cuenta de precio".

El primero de los conceptos —seña—, teniendo en cuenta que se trata de contratos civiles, evidentemente participa de la especie penitencial regulada por el art. 1202 y, como consecuencia necesaria de ello, otorga a las partes facultad de arrepentimiento.

El segundo, en cambio —a cuenta de precio—, implica que la suma entregada lo es con imputación a una de las obligaciones que le caben a la parte para el cumplimiento del contrato.

Esta idea de cumplimiento resulta inconciliable con la facultad de arrepentirse que emerge del calificativo de "seña".

De allí que la mención conjunta de ambos términos resulte contradictoria, a menos que se logre una interpretación que permita compatibilizarlos.

Tal situación había provocado no solamente diversas opiniones doctrinarias, sino también fallos antagónicos.

Por una parte, se entendía que la mención de "a cuenta de precio" resultaba derogatoria del calificativo de "seña" consignado al comienzo, que debía reputarse como no escrito.

Opuesta a ésta, una segunda postura asignaba a la cláusula en cuestión una doble función sucesiva: como seña en tanto no hubiera comenzado la ejecución del contrato. Iniciada ésta, las sumas entregadas como seña perdían ya su función penitencial y pasaban a considerarse parte del precio que debía ser abonado.

Estas interpretaciones discordantes provocaron finalmente que con fecha 29 de diciembre de 1951 se dictara el fallo plenario de las Cámaras Civiles en autos "Méndez, Roberto c/Perrupato de Ferrarese, Antonio" en el cual la mayoría acogió la segunda de las mencionadas.

Dicho plenario sentó el criterio de que la mención "como seña y a cuenta de precio" tiene una doble función sucesiva: como seña si el contrato no se cumple y a cuenta de precio en caso contrario.

Tal interpretación posee la virtud de no requerir, como la primera, tener por no escrita parte de la cláusula, cosa que debe entenderse con toda probabilidad que no fue la intención de los contratantes.

A su través se logra dar sentido aceptable a una cláusula no feliz en su redacción.

Sin embargo, pese de relieve el contenido redundante que ésta lleva implícito y al cual acertadamente se refiere el camarista Bargallo Cirio en el plenario citado.

Y es redundante la calificación de "a cuenta de precio" colocada luego de la mención de "seña", pues, bien mirado, no variaría el funcionamiento de la cláusula si dijera esto último —seña— solamente.

Ya sabemos que la especie penitencial importa la facultad de arrepentimiento y que es la primera función de la doble sucesiva que reconoce a la cláusula en estudio el plenario citado.

Habido luego principio de ejecución, resulta que las sumas entregadas se reputan como a cuenta de precio.

Y, consecuentemente, a partir de este momento deja de existir el derecho de arrepentimiento.

Pero no distinta es la situación si se analiza el funcionamiento "como seña" de modo exclusivo.

Ya vimos supra, punto 7.1. que entre los límites al funcionamiento de la facultad de arrepentimiento contenida en la seña penitencial se encontraba el plazo convenido, la mora y en defecto de ésta el vencimiento del plazo para la contestación de demanda.

Y que como supuesto de caducidad se consideraba fundamentalmente el principio de ejecución.

Esto es que pactada la cláusula exclusivamente como seña, habiendo luego comienzo de ejecución no será ya válido el ejercicio de la facultad de arrepentimiento.

Como consecuencia de ello, las sumas entregadas quedarán a cuenta del precio.

Es decir que el funcionamiento de la cláusula será exactamente igual que si se hubiera utilizado la controvertida y no feliz expresión de "como seña y a cuenta de precio".

8.1. Consecuencia subsidiaria del empleo de la cláusula "como seña y a cuenta de precio" es una importante limitación en cuanto a las cosas que pueden ser objeto de seña.

Quedan necesariamente limitadas a las de la misma naturaleza que la que forma la prestación que por el contrato debe cumplir el dañor.

Y ello es necesariamente así porque por definición debe tratarse de cosas que luego de cumplido el contrato puedan ser imputadas al pago del precio.

## 9) JURISPRUDENCIA

### 9.1. *Seña y a cuenta de precio*

La interpretación de esta cláusula ha sido fijada por el ya mencionado plenario "Méndez c/Perrupato de Ferrarese" el que, como quedó dicho, le ha acordado una doble función sucesiva: como seña si el contrato no se cumple y a cuenta de precio en caso contrario.

### 9.2. *Límites del arrepentimiento*

El mismo plenario los ha fijado, de modo semejante al señalado supra, punto 7.1.

#### 9.2.1. *Plazo convenido*

A este respecto, decidió en el punto segundo de la votación que "si existe plazo para escriturar ése será también para optar por el arrepentimiento, hasta la constitución en mora".

Bien mirado, esto importa un tratamiento parcial del tema, además confundido con el de la mora.

El plazo como límite sólo fue tratado en el plenario con el alcance que le hemos asignado supra punto 7.1.1. en el voto del Dr. Coronas, quien expresamente dijo: "La facultad de retractarse puede ser limitada por las partes. Nada lo impide (art. 1197). Cuando se ha pactado un plazo el arrepentimiento debe ejercerse dentro de él. . . El plazo de escrituración, aclaro, no es para mí el de arrepentimiento".

### 9.2.2. Mora

La mora extrajudicial surge implícita como límite al arrepentimiento del punto tercero del plenario, que dispone: "Si no hubiese constitución en mora extrajudicial, el arrepentimiento puede tener lugar válidamente hasta la contestación de la demanda".

Es decir que si la hubiera, el plazo para el arrepentimiento se retrotrae hasta la fecha de la misma.

Reitero que con posterioridad a este plenario, la mora automática introducida en el art. 509 C. Civ. según ley 17711 ha generalizado los supuestos de aplicación de este límite al ejercicio del arrepentimiento.

### 9.2.3. Fencimiento del plazo para contestar demanda

Surge como límite del mismo punto tercero del plenario, transcrito precedentemente.

Reiterando la aclaración del último párrafo del punto que antecede en el sentido que la posterior modificación del art. 509 C. Civ. ha restringido el campo de aplicación de este supuesto en la misma medida que ha desarrollado el anterior.

## 9.3. Principio de ejecución

9.3.1. El punto cuarto del mismo plenario se pronunció sobre el supuesto del título como causal de caducidad: "El arrepentimiento es procedente siempre que el contrato no haya tenido principio de ejecución".

9.3.2. Aceptado que el principio de ejecución funciona como causal de caducidad de la facultad de arrepentimiento, deja amplio campo a la doctrina y la jurisprudencia determinar que supuestos lo constituyen y cuales otros no. Aún habiendo asentado el concepto de lo que debe entenderse por principio de ejecución, la decisión de si existe o no en el caso concreto puede dar lugar a dificultades ya que se trata de una cuestión de hecho y un mismo acto puede ser considerado o no como tal según las circunstancias del caso.

La jurisprudencia sobre el tema ha sido profusa.

De su conjunto podemos extraer tres grandes grupos: a) Supuestos que indiscutiblemente constituyen principio de ejecución del contrato; b) Casos que indiscutiblemente no lo son y c) Casos dudosos que son considerados o no principio de ejecución según las circunstancias que los rodean.

### 9.3.2.1. Constituyen principio de ejecución:

- a) La tradición de la cosa.
- b) El pago total o parcial del precio.
- c) La entrega de la posesión del inmueble.
- d) Que los lotes vendidos fueran alambrados y en uno de ellos se cavaran pozos por parte del comprador.
- e) Que el vendedor del inmueble haya permitido el acceso del comprador para que realice, por cuenta de este último, las refacciones que accataba el edificio, aunque ello no importe entregarle su posesión en el estricto sentido jurídico del vocablo.

f) Cuando el comprador se conduce como propietario, sin protestas y con el asentimiento del vendedor.

g) La realización por los vendedores de los trámites que se comprometieron a hacer, para estar en condiciones de firmar la escritura.

h) Habiéndose asumido el compromiso de escriturar luego de concluido el trámite de una sucesión, la iniciación de ésta, la inscripción de la declaratoria de herederos y el pedido del cónyuge superviviente para que se le autorice a suscribir la escritura traslativa de dominio en nombre de un hijo menor.

i) La entrega por el vendedor al escribano del título de propiedad, acompañada por la intimación telegráfica al comprador para que escribese y acepte el trámite de certificaciones que el escribano solicita a los fines de la escrituración.

j) La fijación de fecha para escriturar y los trámites preliminares a este acto, en los que el vendedor colaboró, facilitando al escribano la documentación pertinente.

k) Si el vendedor manifiesta su voluntad de escriturar, al constatar el telegrama por el cual se le constituye en mora.

l) El levantamiento de la hipoteca que gravaba el inmueble, en la forma convenida en el boleto.

m) La promoción del juicio de reivindicación previsto en el boleto.

*...f) La promoción del juicio de reivindicación...*

n) El levantamiento del embargo que impedía escriturar.

o) La autorización para escriturar pedida en el juicio sucesorio.

p) La iniciación del juicio sucesorio a que se subordinó la firma de la escritura.

q) El pedido de autorización de venta presentado en el juicio sucesorio.

r) Cuando en el sucesorio se hace la partición necesaria para permitir el cumplimiento del boleto.

s) La intimación a cumplir el contrato en un plazo perentorio.

#### 9.3.2.2. *No constituyen principio de ejecución:*

a) El pago de los impuestos de la finca vendida.

b) La solicitud al escribano interviniente de una minuta para otorgar un poder.

c) La confección del plano de subdivisión del inmueble en propiedad horizontal.

d) Informarse en la escribanía sobre el trámite de la escrituración.

e) La solicitud de un préstamo por el comprador.

f) La incuria o el desinterés que puede haber tenido el vendedor en la conservación del inmueble.

g) La permanencia por el locatario, después de firmar el boleto de compraventa, en la finca por él ocupada.

h) Las mejoras introducidas por el locatario en el inmueble que ocupa.

i) La no percepción de los alquileres del inmueble vendido por parte del propietario al inquilino comprador.

j) La concesión de una prórroga en el plazo para escriturar.

k) La inscripción de la declaratoria de herederos dictada en un sucesorio.

l) La obtención de los certificados por el escribano.

9.3.2.3. *Caso que constituirá o no principio de ejecución según las circunstancias.*

- a) La designación del escribano.
- b) La entrega al escribano de los títulos necesarios para la escrituración.
- c) El levantamiento de planos indispensables para la venta.
- d) La gestión de préstamos con los que ha de pagarse el precio.

## 10) OTRAS CLAUSULAS SIMILARES

Si bien con menor difusión que la ya analizada cláusula "como seña y a cuenta de precio", no es extraño que se utilicen otras similares, de las cuales mencionaremos algunas a continuación:

10.1. *"En concepto de seña y como anticipo y principio de ejecución de la escritura"*

En fallo dictado por la CSBA (L.L. T° 111; pág. 753) se decidió que la referencia al principio de ejecución obsta al ejercicio de la facultad de arrepentimiento.

10.2. *"Como seña, a cuenta de precio y principio de ejecución"*

También en este caso, la mención al principio de ejecución obsta a la doble función sucesiva asignada al resto de la cláusula.

Consecuentemente, queda excluida la posibilidad de arrepentimiento.

10.3. *"En garantía del cumplimiento"*

No importa seña y tiene carácter confirmatorio del contrato.

10.4. *"A cuenta de precio y en garantía de la operación"*

Resulta también confirmatoria, con mayor razón que la anterior.

10.5. *"A cuenta de precio y como anticipo de ejecución"*

Se excluye en este supuesto la mención de "seña" considerada supra, n° 2.

Si aquella no daba lugar al arrepentimiento, ésta con mayor razón aún habrá de considerarse confirmatoria.

10.6. *"Como principio de ejecución"*

Por las mismas razones aducidas en los Nros. 2 y 5, será también confirmatoria.

## FACTO COMISORIO

*Por José María Gamali*

### DENOMINACION DEL INSTITUTO. TERMINOLOGIA

Un nuevo efecto de los contratos bilaterales es la vigencia del llamado "pacto comisorio", instituido recepcionado en el Código Civil en los arts. 1203 y 1204 de la parte general de los contratos y en diversas normas de la parte especial de los mismos.

En realidad mejor que hablar de "pacto", es conveniente denominar al instituto "cláusula comisoria", pues veremos que no siempre su funcionamiento depende de haberse pactado el mismo, sino que, en una de sus especies, se encuentra tácitamente incluido en los contratos.

Sin embargo, la terminología de "pacto comisorio", es usualmente empleada y por tanto también la utilizaremos, aunque con la aclaración antedicha.

### CONCEPTO

El art. 1203 del Código Civil, que mantiene la redacción originaria de Vélez, dice: "Si en el contrato se hubiere hecho un pacto comisorio por el cual cada una de las partes se reserve la facultad de no cumplir el contrato por su parte, si la otra no lo cumpliere, el contrato sólo podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo. Este pacto es prohibido en el contrato de prenda".

Como se advierte esta norma ensaya una suerte de concepto del instituto en cuarenta, pero en realidad no aparece claramente definido.

A nuestro criterio, el instituto puede conceptuarse en los siguientes términos: "Cláusula legal o convencional de los contratos con prestaciones recíprocas —o bilaterales— en virtud de la cual la parte cumplidora del contrato, frente al incumplimiento culpable de la contraria, tiene una opción de exigirle el cumplimiento o pedir la resolución del contrato".

Explicando tal concepto señalamos que decimos cláusula "legal o convencional", dado que el instituto puede ser expresamente convenido —pacto expreso— o encontrarse tácitamente incluido en las contrataciones bilaterales, de acuerdo a lo que establece el art. 1204 del Código Civil.

De la definición entendemos fundamental remarcar que el instituto tiene por finalidad conceder una "opción".

Tal opción está dada por la facultad de exigir el cumplimiento o pedir la resolución del contrato. El contratante que ejerce el instituto, podrá pedir cualquiera de las dos alternativas.

Aclaramos ésto porque habitualmente suele verse a la cláusula como una causal de extinción de los contratos, sin tener en cuenta que no obstante ser un supuesto de resolución, no se trata exclusivamente de una causal de ese tipo, sino de un instituto que permite también el ejercicio de la acción de cumplimiento.

Consideramos que la circunstancia de presentarse como una opción, posibilita solucionar diversos aspectos de su aplicación, conforme surgirá a lo largo de este trabajo.

La opción es de toda justicia, pues si el instituto solo fuera extintivo, resultaría que la parte de un contrato que ha cumplido con sus obligaciones no tendría otro remedio que solicitar la extinción ante el incumplimiento de la otra, cuando es principio general que los contratos se hacen para cumplir y, por otra parte, que el deudor no puede eludir el cumplimiento ofreciendo la reparación de daños y perjuicios. Si el instituto solo autorizara a resolver, ocurriría que estaría en manos del deudor eludir el cumplimiento y satisfacer daños y perjuicios ante la demanda.

De allí que insistimos en el tema de la "opción" de que origina el instituto en examen.

## UBICACION METODOLOGICA

El Código Civil lo ubica en el capítulo de efectos de los contratos, colocado al final de la parte general de los mismos que trae el Código.

Nosotros consideramos conveniente estudiarlo como un efecto propio de los contratos bilaterales.

Sin perjuicio de ello señalamos que, como anticipáramos, suele verse y estudiarse dentro de las causales de extinción. Además, se lo menciona también al hablar de los elementos de los contratos, pues se considera un elemento natural de los contratos bilaterales.

## COMPARACION CON OTROS INSTITUTOS

A fin de conceptualizar mejor la cláusula comisorio, es conveniente compararlo con algunos otros institutos.

### a) Condición resolutoria.

Es la figura con la cual se lo asimila más frecuentemente.

Desde ya que la asimilación se produce en tanto y en cuanto se piense en el pacto comisorio como causal de extinción del contrato.

Teniendo en cuenta que la condición resolutoria implica sujetar la extinción de un derecho ya adquirido a un acontecimiento incierto (art. 553 del Código Civil), se parece al pacto comisorio por cuanto ambos pueden tener efectos resolutorios.

Contribuyó a la confusión la circunstancia de que el Código Civil Francés y los que lo siguieron, entre ellos nuestro Código de Comercio –art. 216 en su redacción originaria–, denominan “condición resolutoria” al pacto comisorio. Además, el art. 1374 del Código Civil, cuando se refiere a la compra y venta con pacto comisorio, establece que se reputará hecha bajo una “condición resolutoria”.

No hay tal similitud. Baste para demostrarlo determinar el funcionamiento de ambos institutos.

La condición resolutoria, una vez sucedido el acontecimiento, puede ser exigida por cualquiera de los contratantes para extinguir el contrato. El pacto comisorio solo por el que cumple frente al que no cumple.

Por otra parte, en el pacto comisorio ya dijimos que la resolución es una opción, es facultativa, mientras que en el caso de la condición resolutoria la misma opera “ministerio legis”, por lo cual la resolución no depende ya de la voluntad de la parte. Baste ver la nota al art. 553 del Código Civil donde Vélez explica el concepto, aclarando que la condición resolutoria no es lo mismo que la cláusula conocida bajo el nombre de pacto comisorio, contrando la distinción en que uno opera automáticamente y el otro no, porque autoriza a pedir el cumplimiento.

Consecuentemente, el pacto necesita una expresión de voluntad, la condición resolutoria opera de pleno derecho, lo que determina que es independiente de la conducta de las partes, mientras que aquél presupone la conducta culpable del incumplido.

#### b) Imposibilidad de cumplimiento.

La imposibilidad de cumplimiento (art. 888 del Código Civil) determina la extinción de la obligación, con lo cual presenta puntos de contacto con el pacto comisorio.

Pero en ese caso el contrato se extingue sin culpa, (ver artículo citado), ellas se deben devolver las prestaciones, sin que se origine responsabilidad de una en favor de la otra.

#### c) Excepción de incumplimiento contractual.

Si bien los arts. 1201 y 1203 originan alguna confusión entre este instituto y el pacto, sus diferencias son muy nítidas.

La excepción determina el derecho de una parte a no cumplir, a excepcionarse en su cumplimiento, mientras la otra no cumpla, pero de ningún modo esa actitud puede originar la extinción del contrato. Obra como una suerte de excepción dilatoria.

Distinto es el pacto comisorio en que, basándose en el incumplimiento de la contraria, una parte puede sí pedir la extinción.

#### d) Seto.

Si bien la seta importa la posibilidad de arrepentirse del contrato, de extinguirlo, con los alcances que se establecen al tratar este instituto, es también clara la diferencia con el pacto comisorio.

La *seña* es un verdadero pacto de *dilplicitencia*, de ejercicio prácticamente arbitrario, ya que, quien se arrepiente en base a la *seña*, extinguiendo de esta manera el contrato, lo hace por su exclusiva voluntad sin estar sujeto a condicionamiento alguno. Diríamos que la parte se arrepiente porque quiere.

En cambio para el ejercicio del pacto comisorio es necesario la condición del incumplimiento de la contraria.

## OTRAS COMPARACIONES

También se compara el pacto con la teoría de la *imprevisión*, con la cual presenta notables diferencias, desde que la extinción del contrato cuando juzga aquella teoría se origina en acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, que pueden determinar un incumplimiento pero originado en hechos externos extraños a la voluntad de las partes, mientras que el pacto comisorio, presupone un incumplimiento culpable.

Respecto a la acción redhibitoria, proveniente de los vicios redhibitorios, si bien también tiene como finalidad la extinción del contrato, ella se origina en la existencia de un "defecto oculto" (art. 2164 del Código Civil), de la cosa que se transmite a título oneroso y es eso -el defecto de la cosa- lo que autoriza la extinción del contrato, más no un incumplimiento posterior de una de las partes.

## EVOLUCION HISTORICA. DERECHO COMPARADO.

### a) El Derecho Romano.

En este Derecho la cláusula comisorio no era un instituto de carácter general, como tampoco existió una doctrina general del contrato.

Se admitía en la forma expresa en la compra y venta, en la cual el vendedor podía estipular la llamada "*lex commissoria*", mediante la cual se reservaba el derecho de tener por resuelta la venta si no era pagado el precio.

La cláusula tácita no era admitida en general, aunque sí se la reconoció en algunos casos en la locación de cosas, ante supuestos de falta de pago o uso abusivo por parte del locatario o privación del uso imputable al locador.

También en los contratos innominados se reconoció una acción personal (*conditio causa data non secuta*) por la cual quien había cumplido su prestación podía repetirla si la otra parte no ejecutaba a su vez su obligación.

El instituto pues, funcionaba, pero con muchas limitaciones.

### b) El Derecho Canónico.

Constituye un verdadero precedente a destacar, porque fue precisamente en este Derecho en el que, basándose en el principio de la buena fe que contribuyó a afirmar el principio de la interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales, se admitió que ante un incumplimiento no se podía obligar a la otra parte a cumplir, pues de lo contrario se violaría la justicia conmutativa. En base a esos principios se llegó a elaborar una verdadera teoría general de la resolución de los contratos.

### c) *El Derecho Francés y el Derecho Español.*

Es al derecho francés al que se reconoce como el origen de dicha cláusula.

Ya en el siglo XVII son muchos los juristas que aceptan la vigencia de la cláusula resolutoria, de los contratos, aplicando doctrinas de Domat, que llega a admitir el pacto tácito, no obstante lo cual Vélez lo menciona como un antecedente de su art. 1204 en el sentido de no admitir sino el pacto expreso. Hay en esto un error del codificador.

Es Pothier ya en el siglo siguiente que acepta categóricamente la cláusula tácita explicando su funcionamiento.

Así es recogida en el Código Civil Francés en su art. 1184, si bien denominada "condición resolutoria", considerándola sobreentendida en los contratos sinalagmáticos para el supuesto que una de las partes no cumpla su prestación, circunstancia en que la otra le puede exigir la resolución o el cumplimiento.

El antiguo Derecho Español recoge también la cláusula tácita: así las Partidas citadas por Vélez en la nota al art. 1432, el Ordenamiento de Alcalá y la Recopilación.

La aceptación de la cláusula implícita fue el sistema que se aceptó casi unánimemente, haciendo excepción a ello el Código de Austria —luego reformado— y el Código Civil Argentino —también reformado—.

### d) *Francia y otros antecedentes.*

Francia no admitió en su "Escobero" la cláusula tácita, razón por la cual quizás es el verdadero antecedente de nuestro código, al margen del Código de Austria, sobre todo teniendo en cuenta la cantidad de normas de aquél que inspiraron a nuestro codificador civil.

El art. 1921 del *Tabouo* y también el 1922, en conjunto, son muy similares al 1203 del Código Civil.

El art. 1960 consagraba en cambio el principio que Vélez recoge en el art. 1204.

En cuanto a otros antecedentes podemos citar el Código Civil Alemán y, por ser fuente de nuestra reforma al sistema de la cláusula comisorio, los Códigos Civil Italiano de 1942 y de Comercio de Honduras de 1950.

### e) *El Derecho Argentino.*

De acuerdo al texto del art. 1204 en su redacción originaria y a la nota del 1432, ambos del Código Civil, resulta claro que Vélez Sarsfield se enroló en el sistema que consagraba la necesidad de la expresión del pacto comisorio para que tuviera vigencia. Es decir, no admitió el pacto tácito.

En cambio, el Código de Comercio recibió en sus orígenes la cláusula tácita, en el art. 246 del sancionado en 1859 para la Provincia de Buenos Aires, adoptado para la Nación en 1862 y con reformas vigentes a partir de 1889, figurando entonces como art. 216.

Era pues el Código de Comercio el que correspondía a la tendencia universal de admitir la cláusula tácita, habiendo quedado aislada la solución de nuestro Código Civil, máxime ante la reforma del Código de Austria.

Pero en realidad, las numerosas excepciones que al principio del pacto expreso había incorporado Vélez en las figuras contractuales específicas, llegaron a determinar que la regla prácticamente se invertía y así incluso se había resuelto en diversos fallos que el pacto comisorio funcionaba aunque no hubiera sido establecido expresamente por las partes (en especial ver fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 26-5-53, autos "Coll. Alfredo c/Grosso, Atilio"—La ley 70-502; Jurisprudencia Argentina 1953-III-43, en el que se resolvió que la falta de pacto comisorio expreso no obsta para que se pueda demandar la resolución ante un incumplimiento).

En cuanto a los proyectos de reforma, cabe señalar que tanto el Anteproyecto de Bñilioni, como el Proyecto de 1936, como el Anteproyecto de 1954, admitieron el principio de la cláusula tácita.

Así las cosas, en el año 1963 el decreto ley 4777, ratificado por ley 16.478, reemplaza el art. 216 del Código de Comercio, estableciendo un nuevo régimen de funcionamiento, aunque manteniendo la doble posibilidad de la cláusula tácita y del pacto expreso. Para su redacción se siguió el Código de Comercio de Honduras y el Código Italiano de 1942, si bien luego de su vigencia la doctrina señaló numerosos inconvenientes en más de un caso provenientes de no haber seguido fielmente las fuentes.

No obstante esas fallas, al producirse la reforma del Código Civil por la ley 17.711 se reemplaza el art. 1204 que solo admitía el pacto expreso y se sanciona en su lugar una norma idéntica a la incluida en 1963 en el Código de Comercio.

Siendo así, tanto en este Código como en el "Civil los principios de la cláusula comisorio se encuentran en una norma de idéntica redacción, sobre la cual nos explayaremos posteriormente.

Pero debemos señalar que las diversas críticas que había merecido el art. 216 reformado, a nuestro criterio, debieron orientar la reforma del Código Civil, de forma tal que no se copiara aquella norma sino que se redactara una nueva que solucionara los problemas que se habían planteado en su interpretación.

## AMBITO DE APLICACION DEL PACTO COMISORIO

Respecto al ámbito de aplicación del pacto comisorio, podemos señalar: a) que este instituto se aplica a los contratos bilaterales y también, con algunas implicancias especiales, a los plurilaterales; b) se aplica a los contratos atípicos; c) es factible aplicarlo a los contratos sobre cosas muebles y, d) finalmente, debe relacionarse con las normas especiales que se refieren al pacto en las disposiciones especiales de los contratos.

### a) Aplicación a los contratos bilaterales.

El art. 1204 reformado alude a que el pacto comisorio se encuentra tácitamente incluido en los contratos "con prestaciones recíprocas, con lo cual introduce una terminología que era extraña al código.

Al desarrollar la clasificación de los contratos unilaterales y bilaterales hemos demostrado que dentro de nuestra ley positiva, la expresión antedicha es equivalente a los contratos bilaterales del art. 1138.

Por lo tanto, cabe ahora señalar que el pacto comisorio se aplica a estos contratos y de allí que nosotros lo estudiamos como un efecto propio de ellos.

Rechazamos consiguientemente la aplicación del pacto comisorio a los contratos bilaterales onerosos como sostiene cierto sector de la doctrina.

En cuanto al caso del mutuo oneroso —ejemplo tomado por esa doctrina—, en el que se menciona la posibilidad de aplicación del pacto comisorio ante el incumplimiento del pago de los intereses, que posibilitaría el reclamo total del préstamo, entendemos que así se está en presencia en realidad de un supuesto de caducidad del plazo. Es decir, el préstamo debe ser devuelto en cierto término, con más sus intereses; no pagándose éstos caduca dicho plazo y se puede exigir el total. Esta es incluso en la forma práctica de los negocios como se pacta la sanción ante el incumplimiento del pago de los intereses.

Rechazamos también lo que algún sector de la doctrina sostiene de la aplicación del pacto a los llamados bilaterales imperfectos, partiendo de la base de que dicha categoría, es pacífica doctrina, no es admitida por nuestro código y el art. 1204 solo referencia los contratos bilaterales, al mencionar los de prestaciones recíprocas, según la interpretación que hemos aceptado.

#### b) Contratos plurilaterales.

Seguindo la doctrina alemana e italiana, se suelen distinguir de los contratos bilaterales los plurilaterales.

El caso clásico es el contrato de sociedad.

Si bien desde un punto de vista conceptual contrato plurilateral es aquel contrato en que más de una parte resulta obligada, es decir que entrarían también en el concepto los contratos bilaterales, se ha reservado la denominación para aquellos supuestos en que existe la posibilidad o la necesidad de que haya más de dos partes obligadas. Dicho en otras palabras, la pluralidad así entendida es eventual o sea que el mismo tipo de contrato podría configurarse con dos o con más partes.

Se dice por eso que en dicho contrato las obligaciones solo se multiplican cuantitativamente según el número de contratantes, pero no cualitativamente, pues desde este punto de vista, son idénticas y comunes.

El contrato típico de esta categoría es el contrato de sociedad, agregándose que la diferencia con los simplemente bilaterales estaría en que en éstos existe interdependencia de obligaciones y en los plurilaterales no, por cuanto todas las partes están dirigidas a un fin común.

No estamos de acuerdo con esta tesis, porque entendemos que en el contrato de sociedad la interdependencia de obligaciones, propia de los contratos bilaterales, se da en la etapa de la formación del contrato.

Pero lo cierto es que, se acepte una u otra postura, se considera que no funciona de la misma manera la cláusula comisorio en los contratos plurilaterales que en los contratos bilaterales. Incluso, también se opina que en tales contratos la cláusula no es aplicable.

Para la solución del problema, no puede recurrirse al art. 1204, pues éste nada dice al respecto, no obstante que el Código Italiano de 1942 —art. 1459— y el de Honduras —art. 751—, que sirvieron de fuente, traen una norma expresa que establece que en dichos contratos el incumplimiento de una parte no importa la resolución respecto de las otras, salvo que la prestación incumplida haya de considerarse esencial de acuerdo a las circunstancias.

No obstante el silencio de nuestra ley, la doctrina mayoritaria se inclina por dar una solución semejante. Así se ha sostenido por ejemplo en las conclusiones de las Jornadas de Derecho Civil realizadas en Santa Fe en el año 1977, en que se aprobó una

recomendación similar en su esencia a la disposición de los Códigos Italiano y de Honduras.

Consideramos que una solución similar se puede obtener interpretando extensivamente una norma expresa del Código Civil, en el art. 1773, referido al contrato de sociedad, que determina que cuando un socio incumple sus aportes para con la sociedad ésta puede disolverse.

Se produciría una suerte de resolución.

Puede mencionarse también el art. 1709, referido al caso del socio industrial que no presta su actividad, lo que provoca la disolución.

#### c) *Los contratos atípicos*

En este supuesto entendemos que la aplicación de la cláusula comisorio no ofrece mayores inconvenientes.

Los contratos atípicos son aquellos que, a nuestro criterio, no tienen una regulación expresa, completa y unitaria en la ley (conf. Gastaldi, *Contratos nominados e innominados*, en *Contratos I. Cátedra del Dr. Videla Escalada, Ed. Zavalía*).

Pero en atención a que las figuras atípicas no por el hecho de serlo dejan de ser contratos, consideramos que les son aplicables las normas generales de ellos, entre éstas el art. 1204.

No olvidemos que tales contratos tienen igual fuerza obligatoria que los contratos típicos, al amparo de la disposición general del art. 1197 del Código Civil.

Obrantemente, para que se aplique la cláusula comisorio deberá tratarse de un contrato atípico bilateral.

#### d) *Contratos sobre cosas muebles*

La aplicación de la cláusula comisorio en los contratos sobre cosas inmuebles es indiscutible.

En cambio, se suscita la duda de la posibilidad de aplicar el instituto a los contratos que tienen por objeto cosas muebles. Sobre todo, frente al art. 1374 del Código Civil que refiriéndose a la venta establece: "Si la venta fuese con pacto comisorio, se reputará hecha bajo una condición resolutoria. Es prohibido el pacto en la venta de cosas muebles".

Según una doctrina, de la cual participa entre otros Borda, dicha norma, como todas aquellas que se oponen al art. 1204 reformado, habrían quedado derogadas por la ley 17.711, en tanto se opusieran. Se aplicaría así el simple principio de que una ley posterior deroga una ley anterior.

No estamos de acuerdo con esta solución. A nuestro criterio, habiendo sido la ley posterior —es decir la 17.711— incorporada al código, siendo, además, artículo por artículo, no puede sostenerse que todas las normas que se opongan han quedado derogadas (confrontar con esta solución Risolía, Marco Aurelio, "Sobre la derogación tácita o implícita de una norma particular", *El Derecho*, tomo 63, pág. 211).

En nuestro criterio, creemos que pueden ser compaginados el art. 1204 actual con el 1374. Ello en la medida que hagamos decir a éste lo que realmente dice, o sea, que lo que está prohibido es el "pacto" comisorio en la venta de cosas muebles. Lo que resultaría entonces prohibido es el "pacto" o sea el expreso, pero no el implícito. El texto del artículo es claro en tal sentido.

Tal interpretación es concordante con los arts. 1412 y 1420, que autorizan el pacto tácito también para el caso de cosas muebles, así también el art. 1430.

Cabe agregar que la solución diferente se justifica, por cuanto el régimen del pacto expreso y la cláusula tácita no son iguales siendo más riguroso el primero; por eso no se autorizaría en el caso de las cosas muebles.

Cabe señalar que desde el punto de vista práctico no hay actualmente mayores inconvenientes, porque sea como fuere el 1204 se aplica también a las cosas muebles, al menos en lo que a la cláusula tácita corresponde.

No olvidemos que en los contratos comerciales —que se refieren siempre a cosas muebles— también se aplica el pacto, según el art. 216 del respectivo Código.

Agreguemos que la doctrina suele separar el supuesto de las cosas "muebles registrables", en el cual se autorizaría también el pacto expreso.

#### *c) El artículo 1204 y las normas de los contratos en especial.*

Para no haber admitido en su norma general la cláusula tácita, Vélez Sarsfield al tratar los contratos en particular estableció numerosas excepciones a dicho sistema, corrigiendo diversos casos en los que funcionaba dicha cláusula tácita.

Pueden mencionarse los siguientes artículos: 1412, 1413, 1420 y 1430, todos del contrato de compra y venta; 1519, 1520, 1534, 1564, 1579 e incluso 1559, 1563, 1566 y 1567, en la locación de cosas; 1643 y 1644 en la locación de obra y 1735 en la sociedad.

Éstas numerosas excepciones hicieron decir que eran tantas que venían prácticamente a cubrir la regla. A punto tal que la jurisprudencia, de la cual hemos mencionado el fallo pionero "Coll c/Grosso", admitió el funcionamiento de la cláusula tácita en diversos casos.

Al producirse la reforma por la ley 17711, la regla general —art. 1204— se modifica, admitiendo la cláusula tácita, pero se deja subsistente las normas especiales originarias del Código de Vélez.

Incluso, algunos casos —por ejemplo el art. 1374 ya comentado y el inciso 3º del art. 1375— aparecen como contradictorios a la norma general.

Para salvar tales contradicciones y determinar la subsistencia o no de las normas que se oponen a la ley genérica, hay quienes han dicho que la ley posterior, es decir la 17.711, ha derogado todas las disposiciones especiales que se oponen al nuevo art. 1204.

Ya dijimos que no estamos de acuerdo con esta suerte de derogación tácita, por lo cual entendemos que las disposiciones del código siguen subsistentes y debe ser tarea del intérprete determinar su alcance y compaginar su interpretación, de manera tal que puedan salvarse las supuestas contradicciones.

Como nosotros consideramos que al ser incorporada al Código Civil la norma del art. 1204, como todas las demás producto de la ley 17.711, forman parte del mismo y no constituyen "ley posterior" que derogue una anterior, resulta que las normas especiales ubicadas en los contratos —precisamente por tratarse de normas especiales— deben en principio prevalecer sobre la norma general. Ello sin perjuicio de que el mecanismo del ejercicio del derecho de resolución previsto en el art. 1204 pueda ser aplicado, en tanto sea compatible con la solución que da una norma especial del Código Civil.

Cabe señalar que esta conclusión fue aceptada, con nuestro voto, en las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe de 1977, en las cuales se recomendó que las disposiciones relativas a cada uno de los contratos que se refieren al pacto comisorio, privan sobre la regla general establecida en el art. 1204 del Código Civil, sin perjuicio del funcionamiento del mecanismo general previsto en esta norma para el ejercicio del derecho a resolver, en la medida que sea compatible.

## REQUISITOS DE FUNCIONAMIENTO DE LA CLAUSULA COMISORIA

Contemplaremos ahora los requisitos o presupuestos de funcionamiento de la cláusula comisoria, tanto en su especie expresa como tácita.

Es decir lo que es necesario para ponerla en funcionamiento.

Dichos requisitos son: incumplimiento; mora; culpa de una parte y falta de culpa de la contraria.

### a) Incumplimiento.

Este requisito resulta muy claramente del art. 1204 cuando dice "en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso".

Terminológicamente podemos señalar que hubiera sido mejor que la norma aludiera a "obligaciones" y no "compromisos", pues aquél es un término más correcto y que incluso figura en la fuente, art. 1453 del Código Italiano.

Debemos ver qué se entiende por incumplimiento y qué entidad debe tener el mismo para que sea aceptado como presupuesto de funcionamiento de la cláusula.

El art. 1204 no hace referencia a ninguno de estos aspectos, no obstante que el segundo de ellos figura en sus fuentes (art. 1453 del Código Italiano y 748 del Código de Honduras).

Para conceptuar el "incumplimiento" debemos tener en cuenta que cumplir un contrato importa realizar las obligaciones asumidas en el mismo, de manera tal que el contrato se va a extinguir pero en forma normal, a diferencia de los modos anormales que propiamente se denominan causas de extinción.

Cumplir será en definitiva ajustar la conducta a lo pactado y por oposición, incumplir significará no ajustarla. Pero si bien todo desajuste sería un incumplimiento, no lo es en realidad a los fines del funcionamiento de la cláusula comisoria.

Ello por cuanto es necesario determinar la entidad del incumplimiento, la importancia del mismo, para ver si es relevante a los fines de dicho funcionamiento.

También en este aspecto guarda silencio nuestro código, no así sus fuentes porque tanto el Código Italiano como el de Honduras determinan que un incumplimiento de poca importancia no va a ser suficiente para el ejercicio de la resolución.

No obstante el silencio de nuestra ley, se acepta pacíficamente que el incumplimiento para ser presupuesto de la cláusula comisoria debe ser de cierta importancia. No resultará muy fácil establecer cuándo un incumplimiento es de importancia, pero la clave está en determinar si el mismo afecta el contenido esencial del contrato o no, de manera tal que de haberse producido el acreedor no tendría ya interés en el cumplimiento o su interés hubiera disminuido. En otras palabras, que si hubiera sabido que el deudor procedería así no hubiera celebrado el contrato.

Claro está, que no siempre resultará simple evaluar la entidad del incumplimiento y en definitiva será el juez el que de acuerdo a las circunstancias podrá determinarlo, para lo cual habrá de tener en cuenta sin duda los principios de la buena fe, cuando no del abuso del derecho y demás normas relativas a la forma de cumplimiento de los contratos.

También dependerá de las circunstancias determinar si la resolución procede en caso de que el incumplimiento no sea total, sino parcial, o inexacto, o se trate del incumplimiento de obligaciones accesorias. En todos estos casos, generalmente la solución estará a través del interés del acreedor: si ha sido o no satisfecho.

Respecto al incumplimiento recíproco, habrá que determinar la entidad e importancia de cada incumplimiento para resolver si la violación al contrato de uno u otro contratante está en proporcionalidad necesaria para disponer la resolución a cargo de uno u otro. Sin embargo, se ha llegado a decir que en caso de recíproco incumplimiento habrá que declarar la resolución quizás sin daños y perjuicios. Entendemos que ello puede ser aplicable en tanto y en cuanto ambos incumplimientos individualmente considerados hubieran podido dar lugar a la resolución.

#### b) Mora.

El requisito de la mora del incumplidor, o sea de la parte contra quien se ejerce la resolución, no surge expresamente del art. 1204 del Código Civil, pero se admite uniformemente por la doctrina y jurisprudencia. Incluso suele dársele como un elemento que forma parte del incumplimiento, aunque entendemos que es mejor tratarlo por separado.

El estudio de la mora corresponde al curso de Obligaciones, por lo que no nos detendremos mayormente en su explicación, no obstante lo cual recordaremos algunos principios.

"Por lo primero; que si así se está impuso un título en el cumplimiento de la obligación, para que aquella exista será necesario además que el retardo sea imputable a título de culpa o dolo, como también que exista la constitución en mora, que es elemento formal.

Respecto a la forma de constituir en mora, dependerá del supuesto de que se trate, aplicándose el art. 509 del Código Civil a las diversas situaciones que el mismo contempla, variando la solución según que la obligación sea pura y simple, o que sea sujeta a un plazo, pudiendo ser éste determinado —a su vez dividido en expreso (cierto o incierto) y tácito— o indeterminado.

Según el caso, el art. 509 determinará el principio de la mora automática, o sea la que se produce por el solo vencimiento del plazo (mora "ex re") —supuesto de plazo expreso cierto y, según parte de la doctrina, también de plazo incierto—, o exigirá la interpelación para constituir en mora al deudor —supuesto del plazo tácito— o exigirá la fijación judicial —supuesto de las obligaciones con plazo indeterminado.

Obviamente, constituida la mora, la misma podrá cesar, situación denominada "purgatio morae", lo que sucede en diversos casos (cumplimiento de la prestación, imposibilidad de cumplimiento, renuncia del acreedor).

Por último, corresponde recordar que no obstante que no está mencionada en el art. 509 la mora del acreedor, la doctrina y la jurisprudencia la admiten pacíficamente, incluso partiendo de la nota del art. 509, donde Vélez menciona la posibilidad de dicha mora. En definitiva, la misma se regirá por las normas de la mora del deudor en cuanto le sean aplicables y será importante para determinar, en su caso, la inexistencia de ésta.

#### c) Culpa del incumplidor.

También se admite por doctrina y jurisprudencia la necesidad de la culpa del incumplidor, es decir de aquél contra quien se ejerce la resolución, para el funcionamiento de la cláusula comisoría.

Aclaramos que se trata de un requisito no del todo autónomo, pues hemos sostenido que la mora exige el elemento culpa, con lo cual estaría prácticamente subsumido en aquélla.

Se han sostenido respecto a este requisito dos tesis opuestas.

La primera de ellas denominada tesis "objetiva" afirma que la culpa no es requisito de funcionamiento de la cláusula comisoría, bastando solo el hecho "objetivo" del incumplimiento.

En cambio, la tesis llamada "subjetiva" considera a la culpa —en término lato, comprensiva del dolo y la culpa— como necesaria para la aplicación de la resolución.

Sin perjuicio de otros argumentos, consideramos que el art. 1203 del Código Civil —que mantuvo su redacción originaria después de la reforma— permite sostener la necesidad del requisito de la culpa cuando dice "... el contrato solo podrá resolverse por la parte no culpable y no por la otra que dejó de cumplirlo"; "contrario sensu" se deduce de la norma que la facultad de resolución se ejerce contra la parte que es culpable.

#### d) *Falta de culpa de la parte que ejerce la resolución.*

Es el último elemento de funcionamiento de la resolución en virtud de la cláusula comisoría.

Implica que el contratante que la ejerce a su vez no debe haber incurrido en incumplimiento, lo cual es lógico. Nuevamente aparece como argumento importante para sostener la necesidad de este requisito el art. 1203 del Código Civil, en la parte que hemos transcrito en párrafo anterior.

Si bien la norma se refiere al pacto expreso, no encontramos inconveniente en extenderla como principio general al tácito, conclusión que se obtiene no solo por vía de analogía sino también por cuanto no puede pensarse que sea un incumplidor el que se beneficia con el derecho de resolución. Contribuye a esta interpretación la circunstancia de que la reforma no derogó el art. 1203, que así puede extender sus efectos al caso de la cláusula tácita, incorporada por esa misma reforma.

Finalmente cabría señalar que en el caso de culpa recíproca —es decir de ambas partes— en principio no correspondería hacer valer la cláusula comisoría, no obstante lo cual se admite que si ambas partes pretenden la resolución del contrato la misma debe prosperar, entendemos que a modo de una rescisión, o sea extinción por mutuo acuerdo.

## ESPECIES DE CLAUSULA COMISORIA

Cuando definimos la cláusula comisoría dijimos que era una cláusula "legal" o "convencional" de los contratos con prestaciones recíprocas, es decir, señalamos la existencia de esos dos tipos de cláusula, a las cuales también se las denomina "tácita" o "implícita" a la primera de ellas y "expresa" a la segunda. Adelantamos oportunamente también que es común dar a ambas el nombre de pacto en lugar de cláusula, no obstante que tal palabra solo cuadraría para el caso del expreso.

Analizaremos las dos especies, a la luz del art. 1204 del Código Civil que las consagra, estableciendo un régimen que en parte es coincidente y en parte es distinto.

Veremos primero los aspectos particulares a cada una y después los principios comunes a ambas, cifrándonos especialmente al tratamiento en base a la norma positiva.

## A) CLAUSULA LEGAL, TACITA O IMPLICITA.

### a) Generalidades.

En este caso no corresponde hablar de "pacto", sino de una "cláusula" incorporada en forma tácita —por disposición de la ley— a los contratos con prestaciones recíprocas. Pero con una denominación u otra —recordamos que se accepá llamar pacto también a esta especie— se trata en el caso de un elemento incorporado a los mencionados contratos por la ley, por lo cual se está en presencia de un elemento "natural", si bien aparece más que como un elemento como un efecto propio de aquel tipo de contratos y tal es la ubicación que hemos preferido.

Después de la reforma del Código Civil por la ley 17.711, —reforma vigente a partir del 1° de julio de 1968— la especie tácita quedó incorporada al art. 1204 en estos términos: "En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en el caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso".

El art. 1204 reformado vino a otorgar un alcance genérico a la cláusula tácita, que según vimos Vélez Sarsfield contemplaba solo en algunos contratos y con referencia a circunstancias determinadas.

Podemos agregar que tratándose de un elemento natural existe la posibilidad de que las partes introduzcan modificaciones al régimen, siempre y cuando —desde ya lo señalamos— no importe ello la formulación de un pacto expreso, que la ley contempla como un supuesto diferente.

### b) Procedimientos para resolver

Si bien no resulta claramente del art. 1204 e incluso puede pasar inadvertido en una lectura rápida del mismo, la doctrina y jurisprudencia son ya pacíficas en sostener que existen dos vías diferentes de resolución: la "extrajudicial" y la "judicial". Su funcionamiento distinto justifica su tratamiento por separado.

#### 1) Vía extrajudicial

En cuanto a la posibilidad de esta vía, la misma surge claramente del art. 1204 al establecer lo siguiente: "En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. . . No ejecutada la prestación el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato, con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios. . .".

Aclaramos nuevamente que la circunstancia de que se establezca el derecho de resolución no implica negar la facultad de optar por el cumplimiento, lo que surge claramente del último párrafo del art. 1204 cuando establece: "La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. . .".

Pero es el caso determinar cómo funciona la cláusula tácita cuando se opta por la resolución.

La vía que estamos analizando —extrajudicial— se trata de un procedimiento que se ha querido ágil, rápido, sin intervención judicial. Claro está que no siempre la

resolución extrajudicial puede aplicarse hasta sus últimas consecuencias, pues si la parte contra la cual se pretende ejercer niega por ejemplo haber incurrido en incumplimiento, el asunto terminará en un pleito que deberá dirimir un juez.

Pese de cualquier manera, la resolución extrajudicial ha tenido en la práctica una verdadera utilidad, sobre todo en aquellos casos en que el deudor deja ejercer la resolución sin oponerse a la misma. El acreedor se libera así mediante un procedimiento sencillo.

Es cierto que presenta el inconveniente, según veremos, de otorgar una suerte de plazo de gracia al deudor moroso y de no dar solución total a todos los casos, pero no obstante ello, insístimos, el procedimiento ha dado buenos resultados.

### *Funcionamiento*

Para la vía extrajudicial —que es la expresamente contemplada por el artículo— la parte que quiere pedir la resolución, frente al incumplimiento, está obligada a requerir previamente el cumplimiento de las obligaciones.

Y decimos que está obligada, porque si bien el artículo dice "podrá", la intimación deviene obligatoria, pues es el único modo de poder llegar a la resolución salvo el supuesto que luego veremos de que ésta se pida judicialmente. Consecuentemente aquél "podrá" parece estar más referido a la posibilidad de pedir el cumplimiento o de ejercer la resolución judicial, porque en la extrajudicial en realidad el "podrá" se convierte en "deberá".

### *Requerimiento*

El requerimiento que impone la ley es una manifestación unilateral de voluntad, dirigida por la parte que no ha dejado de cumplir al incumplidor.

Nuestra ley no exige ningún requisito formal al requerimiento, contrariamente al Código Italiano que determina la forma escrita (art. 1454), por lo cual pivó en este aspecto la solución del Código de Honduras que nada establece.

Por el principio de la libertad de formas resultaría que el requerimiento puede ser hecho aun verbalmente, lógicamente con las dificultades que ello representaría para la prueba, aunque tratándose de un hecho podría demostrarse por cualquier medio. No obstante no exigirse formalidad alguna resulta conveniente formular el requerimiento a través de un medio fehaciente, de manera tal de poder acreditarlo después acabadamente. Lo más utilizado suele ser: el telegrama en alguna modalidad que acredite la recepción, la carta documento, el acta notarial —procedimiento más seguro—. En definitiva, cualquier medio que permita que el requerido no pueda negar el requerimiento.

Respecto al contenido de éste, debe contener la intimación para que se cumpla la obligación realmente pactada, o sea que debe ser lo suficientemente expreso y claro, de manera tal que el deudor sepa perfectamente lo que se le reclama, debe también indicar el plazo, si bien puede el mismo aludirse típicamente, por ejemplo mencionando que la intimación se efectúa por el plazo legal. Respecto a la necesidad o a la importancia de que el requerimiento aperciba de resolución, lo veremos posteriormente.

En cuanto a la extensión del plazo, se trata realmente de un aspecto muy importante. El art. 1204 establece que la intimación ha de efectuarse por un plazo "no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieren uno menor".

Habría sido conveniente —como lo dispone el art. 1454 del Código Italiano que *... naturaliter del contratto*— justifique el funcionamiento de un plazo menor, por ejemplo el caso en que el contrato debe ser cumplido en un plazo determinado menor al de los

quince días. No obstante el silencio de la ley, entendemos que conforme a la naturaleza y las circunstancias del contrato puede hacerse jugar un plazo menor, como sucede cuando el plazo de cumplimiento es esencial; en ese caso, si el contrato no se cumple en término hay que autorizar la resolución. Consecuentemente con este criterio, se ha determinado por la doctrina y jurisprudencia que el plazo de quince días no debe jugar: cuando la prestación ha resultado imposible por culpa del requerido; cuando el deudor incurre en conductas que demuestran claramente que la intimación no surtirá ningún efecto, por ejemplo si manifiesta que no va a cumplir; si la demora torna inútil el cumplimiento para el acreedor; etc.

En definitiva el plazo en principio es de quince días, pero puede ser menor o puede haber casos en que no sea necesario otorgarlo por ser ya el incumplimiento de carácter definitivo, como en los supuestos que hemos mencionado.

Plantéase también la posibilidad de si el plazo puede ser mayor de quince días. Algunos autores —Borda, Farina— opinan que debe fijarse un plazo mayor si el mismo es el que razonablemente necesita el deudor y siempre y cuando no se perjudique el acreedor.

A nuestro juicio tal postura es inaceptable. Coincidimos con otro sector de la doctrina —Halperín, Ramella, etc.— que sostiene que el plazo máximo es de quince días, obviamente, lo aclaramos, salvo que el acreedor voluntariamente resolviere otorgar uno mayor.

El deudor debió cumplir en término y no parece lógico que se pueda otorgar un plazo mayor cuando la ley ya le está otorgando uno determinado.

Finalmente, debemos recordar que para efectuar el requerimiento se hace necesario que el deudor requerido se encuentre en mora, que hemos visto es presupuesto de funcionamiento de la cláusula resolutoria.

#### *Efectos del requerimiento*

Al margen del cuestionamiento que puede formular el requerido negado que se hayan dado los presupuestos de la resolución, ateniéndonos a la letra del art. 1204, transcurrido el plazo de quince días —o el que corresponda según el caso— sin que la prestación sea cumplida, quedarán resueltas “sin más” las obligaciones emergentes del contrato, con derecho a daños y perjuicios. Dicho en otras palabras, la resolución se producirá sin otra alternativa una vez vencido el plazo.

No obstante, no es esa la doctrina y jurisprudencia dominante ni tampoco nuestra opinión.

Si bien “sin más” equivaldría a decir “de pleno derecho”, dichos términos no pueden interpretarse aisladamente sino conjugados con el resto del texto y otros principios de la cláusula.

En primer lugar, consideramos que la interpretación que propiciamos se fundamenta en aquello que reiteradamente hemos señalado que la cláusula se trata de una “opción”.

Si se admitiera que producida la intimación, y por ese solo hecho, quien la formula ya no puede pedir el cumplimiento y debe inexorablemente caer en la resolución, cabría preguntarse dónde está la opción en ese caso.

Resultaría que en la vía extrajudicial, que es una de las verdaderas innovaciones de la reforma, el cumplidor está por un lado obligado a intimar el cumplimiento y por el otro, producida la intimación obligatoria, el contrato —en la interpretación que rechazamos— quedaría resuelto, sin darle la posibilidad de exigir el cumplimiento.

Se le estaría quitando en realidad la opción, como también se estaría dejando en manos del deudor el resultado del contrato, pues el deudor intimado, no cumple, el

acreedor no le puede exigir el cumplimiento porque el contrato se resuelve, y entonces aquél ha logrado reemplazar su prestación por daños y perjuicios, en contradicción con el principio que establece que el deudor no puede eludir el cumplimiento de la prestación ofreciendo la indemnización supletoria.

La circunstancia de que el art. 1204 emplee el término "podrá", permite interpretar también que existe otra posibilidad que pedir la resolución, que es precisamente el pedido de cumplimiento. Ello conluga con aquello de que la facultad de resolver es esa, una "facultad", y no un procedimiento obligatorio.

Por último, una interpretación contraria a la que propugnamos dejaría sin sentido para el pacto tácito el último párrafo del art. 1204 cuando dice —apareciendo así la segunda facultad, la opción— que "la parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. . ."

Como excepción de la tesis que aceptamos, la doctrina y cierta jurisprudencia sostienen que si el requerimiento contiene el apercibimiento de resolver el contrato en caso de que no se cumpla, entonces sí jugaría el "sin más" y el contrato quedaría resuelto —tal la postura de Borda, Ramella y otros—.

El modelo italiano en su art. 1454 dispone expresamente que "La parte puede intimar. . . con la declaración que transcurrido inútilmente ese término el contrato se tendrá sin más resuelto".

Al no contener nuestra ley semejante disposición, se justifica aún más lo antes sostenido, respecto a que no se produce la resolución de pleno derecho vencido el plazo de intimación.

Ampliando lo expuesto, nos oponemos a aquella tesis —que es mayoritaria— por cuanto, además de lo dicho, cabrían tres observaciones en contra de la misma: a) el último párrafo del art. 1204 solo limita la facultad de pedir el cumplimiento cuando se "demandó" la resolución. Interpretando el término "demandar" como juicio —tal cual el Código de Honduras que habla de "juicio" (art. 747)— no cabe duda que se puede sostener que aún existiendo apercibimiento todavía puede pedirse el cumplimiento mediante demanda judicial; b) el principio de conservación del contrato, norma importante de interpretación, lleva a la misma solución; c) además, sería una sanción muy severa para el cumplidor, por cuanto un mero error de éste al intimar podría imposibilitarle la vía del cumplimiento.

## 2) *Vía Judicial*

La doctrina y jurisprudencia efectúan una distinción —interpretando el art. 1204— entre la resolución por vía extrajudicial y la vía judicial. En este último caso, que ahora contemplaremos, el sistema no difiere mayormente sea que se trate de cláusula tácita o de pacto expreso.

El problema novedoso se suscita en torno a si es necesario o no conceder el plazo de quince días cuando se trata de resolver recurriendo a juicio. La doctrina y jurisprudencia son casi unánimes en sostener que cuando se trata de la vía judicial no es necesario otorgar el plazo de quince días. Se llega a esta conclusión por interpretación del art. 1204.

Cabe señalar que tanto en el Código Italiano de 1942 como en el de Honduras, el problema no ofrece mayores inconvenientes de interpretación, pues ambos códigos tratan por separado la resolución judicial y la hacen antes de establecer el sistema de la interpelación (art. 1453 del primero de esos códigos —en el cual la intimación figura en el 1454—; art. 747 del segundo de esos códigos —en el cual la intimación figura en el 748—). Se concluye por doctrina unánime que la vía judicial no necesita en esos ordenamientos la previa intimación.

Nuestra doctrina y jurisprudencia hemos adelantado que llega a semejante conclusión por interpretación del texto del art. 1304.

Fundamentalmente se basan en la parte final de dicha norma --también en la inmediatamente anterior-- cuando expresa, en su último párrafo in fine: "... pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiere demandado por resolución".

Existiendo un fallo que marcó antecedente y contiene los argumentos principales de la tesis, nos referiremos primeramente al mismo. Se trata del dictado por la Cámara Civil de la Capital Federal, el 7 de agosto de 1970 (puede verse en J.A. 1971-9-420, con nota de Lage, que se manifiesta en contra de dicho fallo).

Resumidamente, los argumentos del fallo para sostener que en la vía judicial no es necesario la intimación de quince días, son los siguientes:

a) Desde la mora, el deudor incurre en incumplimiento, lo que autoriza a la parte contraria a pedir la resolución.

b) Vencido el plazo contractual, el acreedor puede no tener interés en el cumplimiento. Se le estaría obligando a recibir el mismo, al tener que dar un plazo de gracia al deudor y con ello la facultad a éste de cumplir.

c) El último párrafo del art. 1304, que se refiere al "sin variandi", establece que podrá pedirse la resolución, interpretando lo cual se puede establecer que además de la resolución que operará "sin más" pero con la previa interpelación --según lo dispone el mismo artículo-- hay otra posibilidad que puede pedirse directamente por vía judicial. Entonces, al mismo tiempo que la resolución "por autoridad del acreedor", que exige la interpelación, existe otra que es por decisión judicial. En otras palabras, no corresponde exigir al acreedor el cumplimiento de la intimación, desde que en la resolución judicial no juega el párrafo segundo, sino el primero en relación con el último, que solo expresa "cuando se hubiere demandado por resolución", sin que se agregue formalidad previa alguna, salvo claro está, la de que el deudor se encuentre en mora (voto del Dr. García Maeda).

d) El art. 1304 prevé dos formas de resolución, la extrajudicial y la judicial, no siendo la primera excluyente de la segunda. Tal conclusión fluye del último párrafo de dicho artículo que prevé la posibilidad de obtener la resolución mediante demanda, ya que el precepto utiliza el vocablo "demandado", al referirse a la improcedencia del juicio por cumplimiento si antes se hubiere "demandado" por resolución (del voto del Dr. Abellayta).

Es que razonablemente es dable sostener que la interpelación pueda producir daños irreparables al acreedor, por lo cual a éste hay que darle una vía de protección que le permita eludir la intimación y su plazo de gracia. No olvidemos que en definitiva la protección es a la parte que no ha dejado de cumplir frente a la que ha incumplido.

En el tema coincidamos con cierta doctrina --por ejemplo Ramella, La Resolución por Incumplimiento--, en cuanto sostiene que para la solución del problema tiene importancia también el segundo párrafo del art. 1304 cuando dice que el acreedor "podrá requerir al incumplidor..." con lo cual resulta que ello es una facultad, una posibilidad. El "podrá" así lo determina. Cabe preguntarse cuál sería la otra posibilidad y contestar que ella es la vía judicial.

La importancia de poder recurrir directamente a la vía judicial se advierte si se tiene en cuenta que la misma tendrá valor de cosa juzgada, otorga una seguridad mayor que la extrajudicial, no necesita dar el plazo de gracia --según la interpretación sostenida--, lo cual se torna muy importante cuando el plazo es esencial y aún en los demás casos, en los que permite que el acreedor evite un pago tardío.

De allí que estas ventajas, que constituyen aspectos favorables al cumplidor, permiten también interpretar a su favor la norma implicada en la forma que ha quedado expuesta.

## B) CLAUSULA EXPRESA

### a) Generalidades.

La cláusula expresa es el verdadero "pacto", ya que proviene precisamente del acuerdo entre los contratantes.

En forma general está aludido, en el art. 1203 del Código Civil —que permaneció sin ser reformado—, aunque recordamos que a nuestro criterio tal norma también implica una suerte de concepto genérico de la cláusula, expresa y tácita.

El pacto expreso era el único admitido antes de la reforma, si bien existían diversas excepciones como ya lo hemos anticipado.

Con la ley 17.711 se mantiene aquel pacto, estableciéndole un régimen distinto al de la cláusula tácita.

El tercer párrafo, en efecto, de dicho artículo dice: "Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver".

El pacto expreso, además de la disposición mencionada, se fundamenta en el art. 1197 del Código Civil y se trata de un elemento accidental del contrato, desde que sólo funciona ante la inclusión expresa por las partes.

Entendemos que conforme al régimen de la libertad contractual —que permite establecer el contenido del contrato— el pacto podría establecerse a favor de ambas o de solo una parte, salvo aquellos supuestos en que encuentra alguna limitación legal (arts. 1374, 1429, en cuanto no puede estipularse a favor del vendedor en la compra y venta de muebles). No se exigen formas sacramentales para establecer el pacto, imperando acá el principio general de la libertad de las formas —art. 974 del Código Civil—, si bien hay que tener en cuenta que si el contrato se hace por escritura pública, el pacto debe también establecerse por esa forma —art. 1184, inc. 10, del mencionado código.

No obstante esa libertad, la cláusula debe ser lo suficientemente clara y categórica como para no dejar dudas en cuanto a su imposición.

Un problema puede plantearse si se interpreta literalmente el texto del art. 1204, por cuanto parecería que el pacto sólo funciona cuando "alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas", es decir, que habría que determinar con precisión qué obligaciones y bajo qué circunstancias deberían ser incumplidas para que juegue el pacto.

No obstante, es mayoritaria la opinión —que compartimos— que no es necesario precisar con exactitud el incumplimiento y que la cláusula puede ser genérica y referirse a una, varias o todas las obligaciones emergentes del contrato que se celebra, siempre y cuando no se traspasen los límites de la libertad contractual, que son el orden público, la buena fe, moral y buenas costumbres, es decir, los límites de la autonomía de la voluntad. Si así fuere la cláusula podría ser invalidada.

#### b) Procedimiento para resolver.

Corresponde determinar los medios de llegar a la resolución sea por vía extrajudicial, sea por vía judicial, ya que ambos supuestos están autorizados también para el pacto expreso.

##### 1) *Vía extrajudicial*

El procedimiento extrajudicial es el que realmente interesa en el pacto expreso, ya que el judicial no difiere de la cláusula tácita.

Además, la vía extrajudicial es la que sufrió la principal reforma con la ley 17.711.

Antes de esa reforma, cuando se establecía el pacto expreso el procedimiento de resolución extrajudicial quedaba librado a lo que las partes estipulaban, es decir que se regulaba por la voluntad de ellas.

Actualmente, el sistema se ha simplificado y se ha establecido concretamente en la ley, si bien se admite -Ramella, López de Zavala- que por aplicación del art. 1197 podría pactarse la resolución en forma diferente al sistema legal, aunque el primero de sus autores aclara con razón que no podría pactarse la resolución de pleno derecho, pues ello implicaría perder el derecho de opción. Entendemos que si la resolución fuera de pleno derecho estaríamos en realidad en presencia de una condición resolutoria y no de un pacto comisorio.

#### *Fincomisuratio*

Producido el incumplimiento, para que se produzca la resolución del contrato se hace necesaria la comunicación, porque ella es la forma por la cual quien no ha dejado de cumplir y quiere ejercer la resolución frente al incumplidor, hace ejercicio de la opción; y es la forma también de que el deudor incumplidor se entere de esa opción. La parte cumplidora, pues, manifestará mediante esa comunicación que entre las dos facultades que tiene, de pedir el cumplimiento y ejercer la resolución, opta por esta última.

La resolución producirá efectos desde la comunicación, no obstante que la ley diga que dicha resolución se opera "de pleno derecho", pues acto seguido la misma ley dispone que producirá sus efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora su voluntad de resolver. Siendo así, no cabe duda que la expresión "de pleno derecho" empleada por el art. 1304, no es la exacta, ya que está supeditada la resolución al ejercicio de la voluntad manifestada mediante declaración fehaciente.

Esta declaración debe ser dirigida al deudor, debe ser recepticia y "fehaciente", de acuerdo esto último a lo que dispone la norma. Ello implica que sea inequívoca, que pueda hacer fe en juicio, por lo cual se señala con razón que en principio debe ser una forma escrita, aunque podría ser verbal en la medida que luego se la reconozca en juicio -Borda en tal sentido-.

Como forma más usual se emplea el telegrama o carta con asno de recepción -por ejemplo telegrama colacionado o carta documento-, pero también es de gran utilidad el acta notarial, que incluso es la más aconsejable, por su mayor seguridad y además por ser la que permite expresar con toda claridad la voluntad de quien va a resolver e incluso la notificación fehaciente de quien recibe esa manifestación de voluntad.

La ley no prevé los términos en que se debe manifestar la voluntad de resolver, por lo cual basta con que ellos sean claros, no dejen dudas y circunscriban perfectamente a qué contrato están referidos.

Tampoco hay plazo fijado en la ley para ejercer la resolución, por lo que la doctrina mayoritaria —a la que adherimos— entiende que no hay un término para la comunicación y ella entonces se puede ejercer hasta la prescripción, obviamente siempre que el incumplimiento se mantenga.

Producida la comunicación, es decir cuando ésta se recibe, se produce la resolución. Ello dejando a salvo que la parte contra quien se dirige cuestiona y lleva a la vía judicial el problema, en cuyo caso resolverá el juez si se ha producido o no la resolución. Pero quede en claro que desde el momento en que se recibe la comunicación el deudor incumplidor pierde el derecho a cumplir, al menos como principio general.

### 2) Vía judicial

La vía judicial es similar al caso de la cláusula tácita, si bien en este supuesto no otorga una de las mayores ventajas del ejercicio en la cláusula tácita, cual es eludir el plazo de gracia, pues en el caso del expreso tal plazo no existe.

No obstante, tiene sí las otras ventajas que hemos enumerado, con lo cual se justifica la existencia de esta vía judicial también para el pacto expreso. Siendo así, se puede prescindir de la vía extrajudicial y reclamar directamente en juicio la resolución.

## C) DISPOSICIONES COMUNES A AMBAS CLAUSULAS

Hay algunos aspectos de la cláusula comisorias, que son comunes a ambas especies, la tácita y la expresa. En tal sentido ya vimos los presupuestos de funcionamiento, pero es conveniente detenemos en alguna otra cuestión.

Nos referiremos al llamado "ius variandi", a otros efectos comunes en particular y al tema de la indemnización de daños y perjuicios.

### a) "Ius Variandi"

Se denomina de esta forma a la cuestión relativa a si la parte que no ha incurrido en incumplimiento puede ejercer ante la incumplidora, sucesivamente, su facultad de resolver y la de pedir el cumplimiento.

En otras palabras, si pedido el cumplimiento puede requerir luego la resolución y, contrariamente, si pedida esta última puede pedir luego el cumplimiento.

El art. 1204 aparece como claro, en principio, al establecer en su parte final: "La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución".

La solución parece acertada sobre todo en el primer caso, porque si se demanda el cumplimiento y no se logra, sería castigar al cumplidor a seguir un juicio del cual posiblemente no tenga resultado favorable.

En el segundo caso, la solución se justifica diciendo que si una parte expresa su voluntad de resolver, ya no es aceptable que, además, máxime que el deudor puede haber comprometido su prestación hacia otro al saber que se le pedía la resolución.

A nuestro criterio ese argumento no es muy convincente, máxime que según el art. 1375, Inc. 3°, del Código Civil, se admite una solución distinta para el caso de la compra y venta.

La manera de ejercer el "ius variandi" dependerá de la voluntad del cumplidor que peticiona, ya que incluso puede reclamar el cumplimiento bajo apercibimiento, o en forma subsidiaria, la resolución.

Pero el verdadero problema se presenta con la terminología de la ley, que habla de "demandado" en ambos casos, es decir, aludiendo en terminología estricta, a la existencia de un juicio. Si así se sostuviera, el artículo solo se aplicaría en caso de pedirse la resolución o el cumplimiento en forma judicial.

La mayoría de la doctrina sostiene, incluso no obstante reconocer a veces que es indudable que el texto alude a la resolución judicial, que el artículo también se aplica al supuesto en que el ejercicio es extrajudicial.

En tal sentido Borda hace jugar el "in más" y Ramella afirma que la actividad del deudor no puede quedar en forma indefinida librada a la facultad del acreedor.

En cambio, Spota -Instituciones- sostiene que el principio de la ley solo juega en caso de exigirse la resolución o el cumplimiento judicial.

Se funda en la fuente, que es el art. 1453 segundo párrafo del Código Italiano, que dispone "La resolución puede ser requerida aun cuando se haya promovido juicio para obtener el cumplimiento; pero cuando se demandó la resolución ya no puede recabarse el cumplimiento. . .". Agregamos también que se refiere a "juicio" el art. 347, segundo párrafo, del Código de Honduras.

Coincidimos con esta última tesis, no solo por dichos argumentos sino por la circunstancia de que, en definitiva, ella implica reconocer mayores derechos a quien más lo merece, o sea al cumplidor frente al incumplidor.

Un otro aspecto, digamos que la disposición del art. 1204 difiere del inciso 3º del art. 1375. Se ha llegado a sostener -Borda por ejemplo- que esta última norma quedó derogada por ser aquella posterior a la misma.

Ya hemos defendido la no aceptación de la tesis de la derogación parcial dicha y que hay que determinar si los textos pueden subsistir con el art. 1204 actual.

Entendemos que el problema que plantea el art. 1375, inciso 3º, al referirse al "ius variandi" en la compra y venta, puede solucionarse -en su cheque con el 1204- si limitamos el primero de dichos artículos al supuesto que estrictamente contempla, es decir al pacto expreso en la compra y venta. Solo para este supuesto regiría un sistema diferente al que plantea la norma general del 1204.

#### b) Algunos efectos constantes en particular

En especial interesa la segunda parte del primer párrafo del art. 1204, que dispone "más en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes".

Ello plantea la cuestión de qué es lo que ocurre con las prestaciones cumplidas; o sea si la resolución se produce "ex-nunc" (retroactivamente) o "ex-ante" (hacia el futuro).

Resulta claro a nuestro juicio que en caso de contratos de trazo sucesivo, la resolución retroactiva no solo no corresponde, sino que sería a veces imposible de efectuar. Cabe preguntarse, por ejemplo, cómo devolvería el locatario el uso y goce que ejerció. De allí que algunos autores limitan la cuestión a aquel tipo de contratos.

Pero en contratos que no son de esa categoría el tema no aparece tan claro. Nuevamente acá la reforma lamentablemente se apartó de sus modelos -en este caso art. 1458 del Código Italiano y 750 del Código de Honduras- que establecen que la resolución tiene efecto retroactivo salvo en los contratos de ejecución continuada o periódica en cuanto a las prestaciones ya cumplidas.

En nuestro derecho el tema se vincula con la divisibilidad o indivisibilidad de las prestaciones, admitiéndose entonces que el art. 1204 puede aplicarse también en caso

de contratos de ejecución instantánea pero divisible, por ejemplo la entrega de cosas fungibles, pero no si la prestación es indivisible —en tal sentido Ramella—.

Por entender que resume claramente el problema citaremos las conclusiones de las VI Jornadas de Derecho Civil celebradas en Santa Fe en 1977, que aprobaron la siguiente recomendación: "La resolución es la vicisitud extintiva prevista en el art. 1304 del Código Civil y actúa, como regla, con efectos retroactivos entre las partes, salvo en los contratos de tracto sucesivo respecto de las prestaciones cumplidas".

Se aprobó también el siguiente agregado: "Tanto en los contratos de tracto sucesivo como en los de prestaciones diferidas, las prestaciones cumplidas parcialmente por ambas partes quedan firmes si fueren divisibles y se hubieren cumplido equivalentemente; tal es el sentido que debe acordarse a la segunda parte del primer párrafo del art. 1304".

### c) *Daños y perjuicios*

Además del derecho de optar entre pedir el cumplimiento o la resolución, la parte contratante que ejerce la cláusula tiene también la posibilidad, en cualquier caso, de reclamar daños y perjuicios.

Lo dice claramente el art. 1304, segundo párrafo en cuanto a la cláusula tácita: "... el cumplimiento... con los daños y perjuicios derivados de la demora... resueltas, sin más... con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios".

A su vez el cuarto párrafo al referirse a la opción establece: "La parte que haya cumplido podrá optar por exigir... la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios...".

En definitiva, los daños y perjuicios son susceptibles de reclamo tanto en el caso de cumplimiento demorado como en el de resolución. Se ha admitido que cuando se reclama lo uno o lo otro por vía judicial, se pueden acumular la acción de daños y perjuicios a la acción principal.

En cuanto a los diversos aspectos de la indemnización, rigen los principios generales, excediendo su tratamiento el marco del programa que nos trazáramos.

**SOBRE EL CONCEPTO MULTIVOCO DE  
COMPRAVENTA EN MATERIA CIVIL.**

*Por Rómulo Vermengo Prack  
Profesor Ordinario a cargo de Cátedra*

Dentro del articulado del Código Civil existen DIFERENTES figuras contractuales e incluso no contractuales que se denominan **COMPRAVENTA**. Las primeras no son simples variantes de la compraventa definida en el art. 1323 del Código —sobre la cual luego nos detendremos, sino que cambian todos sus efectos al responder a distinta naturaleza: por ejemplo, la compraventa aleatoria constituye para una o ambas partes un contrato aleatorio, en cambio la compraventa común es conmutativa. El efecto no es solamente teórico o académico, porque para quienes creen que la teoría de la imprevisión —por ejemplo— se aplica al contrato de compra-venta varía fundamentalmente el concepto de imprevisible o imprevisto. Las segundas, son las figuras mencionadas en el art. 1324 denominadas compra-venta forzosa, que no son contratos porque no cuentan con el consentimiento del titular de la cosa vendida.

De acuerdo con esta pequeña introducción que nos ubica en la multiplicidad de figuras llamadas compra-venta y sus distintos efectos atribuidos también por la ley, se puede elaborar el siguiente cuadro sinóptico:

	SIMPLE	
	FORZOSA	
	ALTERNATIVA	
COMPRAVENTA	SUSPENSIVA	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Pago pendiente de la</li> <li>— A satisfacción del comprador</li> <li>— Ad Gestum, o riesgo, prueba</li> <li>— Venta a cuenta peso o medida</li> <li>— Venta de prestaciones</li> </ul>
	CONDICIONAL	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Pago pendiente de la</li> <li>— Pacto de retención</li> <li>— Pacto de reserva</li> <li>— Venta con cláusula de retroventa</li> <li>— Simulada</li> </ul>
	RESOLUTORIA	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Pacto comisorio</li> <li>— Venta con reserva de dominio</li> <li>— Venta con pacto de retroventa</li> <li>— Venta con pacto de preferencia</li> <li>— Vicio</li> </ul>

## COMPRAVENTA

**COMUN:** cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra, la propiedad de una cosa, y esta a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero (sic. art. 1323 del C.C.).

Lo de "PRECIO CIERTO EN DINERO", hay que complementarlo con el art. 1326 que establece: "Si el precio consistiere, parte en dinero y parte en otra cosa, será compraventa cuando la parte en dinero supere el valor de la cosa que se dá en pago.

**FORZOSA:** no hay contrato por no ser necesario el consentimiento para que exista la figura (art. 1324 y 1326 del C.C.). Casos:

- a) Expropiación por causa utilidad pública (1324 Inc. 1o.). La nota anuncia que se tratará esta figura en ley especial.
- b) Venta a persona determinada, impuesta por convención o testamento.
- c) Subasta judicial. Comprende los casos del inc. 3, 4 y 5o. del art. 1324 Indivisibilidad en especie; ejecución judicial; obligación del administrador de realizar todo o parte de las cosas bajo su administración.

**ALEATORIA:** Cuando se vendan cosas futuras, tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegaran a existir en su totalidad o en cualquier cantidad, o cuando se vendan cosas existentes, pero sujetas a algún riesgo, tomando el comprador sobre sí ese peligro, la venta será aleatoria. (sic. 1332).

El vendedor tiene derecho a todo el precio aunque la cosa no llegase a existir (art. 1496). En el art. anterior, el vendedor tiene derecho a todo el precio aunque la cosa llegase a existir en cantidad inferior a la esperada y convenida. Pero si no llegare a existir (cuando se ha pactado "no llegasen a existir en cualquier cantidad), no habrá venta por falta de objeto (ver art. 1407, 1404).

**CONDICIONAL:** Dentro de esta gran figura se comprende todo el resto de las compraventa legisladas por el derecho civil: "Por cláusulas especiales subordinan a condiciones las obligaciones que nacen del contrato (Art. 1363) pero también modificar como juzgaren conveniente las obligaciones que nacen del contrato". No se trafica el dominio aunque se hubiere entregado la cosa (1370 Inc. 2o.). No hay obligación de pagar el precio. Si se hubieran cumplido las prestaciones se devolverán compensándose los frutos con los intereses (art. 1371 Inc. 3o.). Como se vé, los efectos son substancialmente distintos a los de la compra venta común, y no se trata de pactos "accesorios" sino de verdadera cláusulas que varían los efectos principales del contrato, en orden al pago tradición, y obligaciones de las partes.

## SUSPENSIVA

"Propiamente dicha" (Art. 1363 y art. 1370). Ejemplo: "Te vendré la alfombra gris, el día que llegue abuela de Europa".

"*A satisfacción del comprador*". Según el art. 1377 se reputa hecha bajo una condición suspensiva. Es que no habrá venta o la venta quedará sin efecto si la cosa objeto de la venta no agrada al comprador. (Art. 1365 y 1379). El comprador mientras no se decide se reputa comodatario (Art. 1377).

"*Ad Gustum, a onero, prueba*". Art. 1336 "... se presumen hecha bajo la condición suspensiva, de que fuesen del agrado personal del comprador. El caso anterior se refiere a cosas no consumibles dado que eventualmente hay que devolverla y produce frutos. En cambio el caso del art. puede tratarse de cosas consumibles, como vino, comestibles, etc.

"*Venta a cuenta peso o medida*". Según el art. 1342, la venta no es perfecta hasta que las cosas no estén contadas, pesadas o medidas (Art. 1342). Cuando no hay unidad ni en la cosa, ni en el precio.

- Cuando no hay unidad en la cosa pero si en el precio.
- Cuando hay unidad en la cosa pero no en el precio.

"*Venta de Automotores*". Decreto 6582/58. Sólo produce efectos entre las partes (también con relación a terceros) desde la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad Automotor. Es decir, la compraventa carece de efectos (es inoperable) inclusive al cocontratante, si no se ha inscrito la transferencia de dominio en el Registro del Automotor, Título de Propiedad y Cédula de identificación.

## RESOLUTORIA

"*Propiamente dicha*". Quedan obligados como si la venta no fuese condicional. Duda: resolutoria si el vendedor hubiese hecho tradición. Efectos en el art. 1371.

"*Pacto de retroventa*". El art. 1373 reputa la venta bajo ese pacto como una condición resolutoria, a pesar de que el art. habla del pacto de poder arrepentirse. Sobre lo mismo vuelve el art. 1362 que habla de la caducidad para "resolver" la venta.

"*Pacto de reventa*". Se aplican los mismos artículos: poder del comprador de restituir la cosa, recibiendo del vendedor el precio con exceso o disminución (Art. 1367).

"*Venta con cláusula de arrepentimiento*". Art. 1373, enuncia que corresponde a una condición resolutoria.

"*Pacto Comisorio*". El art. 1374 indica claramente que se trata de una condición resolutoria los contratos que

Llevan pacto comisorio. Aquí la aclaración de que no son todos los que tengan obligaciones recíprocas, porque dicho pacto —cuando es tácito— es renunciable, cuando se trata de cosas distintas a los muebles. (Art. 1374 2a. parte).

"Venta con reserva de dominio" (art. 1376). No puede efectuarse con relación a muebles. Se reserva el dominio al vendedor hasta que sea pagado el precio de la cosa vendida.

"Venta con pacto de mejor comprador" 1369 es la estipulación de quedar deshecha la venta si se presentasen otro comprador que ofreciere un precio más ventajoso. Según el art. 1368 se repita hecho bajo una condición resolutoria. No cosas muebles (art. 1400).

"Venta con pacto de preferencia". Es la estipulación de poder el vendedor recuperar la cosa vendida, entregada al comprador, prefiriéndolo a cualquier otro por el tanto, en caso de querer el comprador venderla. Según el art. 1393 es una venta con condición resolutoria.

## CONCLUSIONES

Existe más de una figura de compraventa en el Código Civil. Así la venta de cosa futura aun no existente (departamento en el piso 15a. cuando aun se están haciendo los cimientos), debería regirse por las disposiciones que reglan la compraventa aleatoria, ya que el comprador tomó sobre sí el riesgo de que la cosa pudiera o no existir. Como se ha dicho más arriba, los llamados pactos accesorios, caben todos dentro de la venta condicional, lo que no es consecuencia con su calificación de accesorios ya que desnaturaliza una importante estructura de la venta propiamente dicha: No se adquiere el dominio aun cuando se hubiera hecho tradición etcétera. El dominio obtenido por el pacto de retroventa mientras dura el término de caducidad de la opción del vendedor, es un dominio revocable. Por suerte debo suprimir las figuras impositivas creadas por ejemplo por la antigua ley de ganancias eventuales que llamaba así a toda transferencia onerosa. En la actual se ha superado esta inconstitucional calificación que corresponde al Código Civil o al derecho común.

Muchas figuras son útiles al comercio común, simplemente no se usan porque los letrados no las manejan con solvencia y rapidez. Es por ello necesario estudiarlas en la forma que se han sistematizado en la ley <sup>1964</sup>

(1) *Sugerencias para los profesores Profesores Adjuntos de la Cátedra.*

El presente esquema u otro similar elaborado por Uds. deberá desarrollarse ampliando en la detención de cada una de las figuras mencionadas en los primeros 45 minutos de la clase.

Durante los 15 siguientes deberán reforzar los conceptos por medio de las preguntas espontáneas formuladas por los alumnos. En caso de no existir preguntas, se controlará el grado de inteligibilidad de los desarrollados, preguntando por medio de la lista llamándoles por apellido y nombre.

¿No habiendo habido entrega de precio y si transmisión de la posesión, se compensan los frutos de la cosa "improductiva" (terreno baldío) con los intereses del precio? Sobre la contestación correcta o incorrecta formular una breve explicación (no puede haber compensación entre intereses y frutos si no se pagó el precio). Corresponde como indemnización por la posesión impaga del terreno un precio generalmente fijado en el valor locativo de la cosa).

¿Puede ser mayor de tres años el término de caducidad de la retroventa? (Pequeña explicación en sentido negativo luego de formulada en concreto y sobre alumno determinado, aprovechando para manifestar muy resumido la diferencia entre prescripción y término de caducidad, tomando otro alumno para formular la pregunta.

¿Qué legislación se aplica a los tres casos de la venta forzosa: expropiación; venta a persona determinada; subasta judicial? Idem anteriores

(2) *Integración de este contenido en las preguntas concretas de exámenes parciales: Negativo.*

Salvo sobre el concepto de lo que se llama compra-venta simple en la definición legal (art. 1323) en el que puede variar una evaluación de nota arriba de distinguido según agregue o no el complemento indicado en el art. 1356. (Sobre el que de todas maneras se debe insistir para desinflar el dogma de "precio cierto en dinero o nulidad", para manejar bien el tema de los pactos accesorios deben haber complementado los conceptos sistemáticos del Código en materia de derechos reales: Título y modo, modalidad del dominio revocable, (en el caso de retroventa y reventa), simple crédito por daños y perjuicios por indemnización en caso de pacto de preferencia. Reivindicación por el cesionario que resultan extraordinariamente difíciles sin haber estudiado gradualmente esos conceptos se recomienda en general no incluirlos, aunque con la recomendación de que se estudien especialmente por ser los preferidos del titular de la cátedra.

(3) *Trabajos prácticos.*

a) Es posible el pacto de retro-permuta entre las partes del contrato que han cambiado una lancha por un lote de terreno en Miramar. Después de la respuesta tenés, fundar la posición.

No dar ninguna directiva para obligarlos a pensar. El trabajo deberá realizarse en su casa. Deberá ser fundado por lo menos, en artículos del Código Civil.

RECIENTE AL CORREGIRLO el Jefe de Trabajos prácticos, deberá hacer notar a los que aluden a la imposibilidad de realización por tratarse de un bien mueble (es posible que llegue hasta la invocación del 2412), del carácter de registrable de los

llamados "buques menores" por la ley de navegación art. 159, lo que hace cambiar gran parte del panorama, pues ya la posesión de buena fe de la cosa, no hace presumir la propiedad de ella.

b) Tiene acción hipotecatoria el vendedor con pacto de retroventa, con relación a un tercer adquirente, frente a lo dispuesto en el art. 1371 Inc. 3°. En este caso sí, es posible un amplio análisis de la doctrina nacional. Saravia, Juan Manuel (Rev. Col. Abog.) buscar en el fichero de autores; Legón, Tratado de los Derechos Reales, Lafaille, Tratado etc. pero sobre todo el fundamento legal y la conjugación de los artículos del Código Civil.

c) ¿Posibilidad de invocar la venta aleatoria de una unidad en propiedad horizontal aun no construida? ¿Qué parte tendría interés de hacerlo y con cuáles argumentaciones legales?

Tampoco aquí en caso de proveer nombres de autores, preclar la cita para provocar la búsqueda.

Desglosando el tema b) que ha sido muy tratado y trillado, la evaluación del trabajo deberá ser con tendencia al alza acentuando la elaboración personal que el estudiante tiene que formular. Cuidar, —en los trabajos muy eruditos— que no existan "manos expertas" que hayan "ayudado", lo que haría que el trabajo careciera por completo de valor, porque su único efecto es el trabajo de búsqueda y razonamiento al nivel de aprendizaje. Para ello, hacer dar una pequeña conferencia a su autor ante la clase, mostrando la historia de su pensamiento hacia la solución a la que ha arribado. (Si la hizo él, se mostrará seguro y pisando en terreno no memorizado sino pensando y razonando. En caso contrario, tratará de recodar, y se mostrará vacilante, confuso e inseguro.

## REVOCACION DE LAS DONACIONES

*Por María Luján Casas de Chomorro Vaneiro*

### 1) INTRODUCCION

La revocación, al igual que la resolución y la rescisión es un modo anormal de extinción de los contratos.

Hasta hoy no se ha logrado uniformidad en la doctrina en cuanto a su significado y alcance. Si esto es explicable en el derecho comparado, se justifica aún más entre nosotros por la insuficiencia e imprecisión del tratamiento dado al tema por el Código Civil.

En efecto, el artículo 1200 del mencionado cuerpo legal, ofrece fundados motivos de crítica, ya que contiene expresiones confusas especialmente en lo que atañe a la revocación.

Al respecto cabe señalar que la norma expresa "Que las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos"... "y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza".

Si el texto del artículo tomado principalmente de Marcadé, merece objeciones, la nota puesta por el Codificador al pie del mismo no contribuye a aclararlo.

De lo dicho en la misma, parece desprenderse una equiparación entre la revocación y la nulidad, ya que se expresa que "Revocar un contrato significaría en términos jurídicos aniquilarlo retroactivamente, de modo que se juzgase que nunca había sido hecho. . ." y más adelante "Pero las partes, decimos, pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento en los casos que la ley autoriza: es decir, si el contrato es hecho por un incapaz, por violencia, dolo, etc. y en tal caso el contrato se juzga no haber tenido lugar. . .".

En rigor, cabe señalar varios defectos al comentario de Vélez ya que extinción no es lo mismo que nulidad y por otra parte, la revocación no requiere consentimiento de los contratantes, sino que, como puede comprobarse en los casos en que el Código la regula en algunos contratos en particular, tiene lugar por la voluntad de una sola de las partes y por las causas que la ley prevé.

Segovia, al comentar este párrafo del artículo (Tomo I pág. 338, Nota 123) afirma que, en lugar de revocar, el Código debió hablar de "anular o rescindir, o pedir la anulación, rescisión o resolución. . .". Y agrega "la frase por mutuo consentimiento no es de Marcadé, carece de sentido y está demás en nuestro inciso. . .".

Nosotros estimamos que existen diferencias substanciales entre nulidad, rescisión, resolución y revocación y trataremos de señalarlas.

La primera no es, en verdad, un modo de extinción del contrato, ya que se origina en un defecto que el acto presenta desde su nacimiento y que, por consiguiente, provoca su invalidez y lo priva de eficacia jurídica.

Por su parte y ya en el ámbito de los modos anómalos de finalización del contrato, cabe reservar la denominación de rescisión para los supuestos en que esa extinción es decidida por el mutuo acuerdo de los contratantes. Es el caso del llamado *distracto* o contrato extintivo.

En el mismo terreno, la resolución tiene lugar por producirse un acontecimiento ajeno a los sujetos del acto —ejemplo, la condición resolutoria— o por decisión unilateral de una de las partes, ante la inexecución de una obligación por el cocontratante, siempre que así se haya estipulado o que la ley lo permita, como sucede, en el pacto comisorio y en la resolución por incumplimiento, reglados en el artículo 1304 del Código Civil.

La revocación, finalmente, es un modo unilateral de extinción del contrato, que cabe únicamente cuando la ley autoriza que uno de los sujetos de un acto bilateral le ponga fin por su sola voluntad.

Esta fundamentación de la facultad de revocación en la ley, explica porqué la misma ley determina en cada hipótesis las exigencias que deben cumplirse en su funcionamiento y los efectos que produce.

La razonabilidad de esta explicación se pone claramente de manifiesto en la manera como nuestro Código Civil regula los dos casos más destacados de revocación de los contratos: la de las donaciones, que aquí analizaremos y la del mandato.

Este último es, por naturaleza, revocable y la facultad del mandante sólo desaparece en la situación prevista en el artículo 1977, el cual, inclusive, mantiene la posibilidad de revocar si hubiere justa causa para que el comitente proceda de tal modo.

Asimismo, cabe señalar, que la revocación del mandato surte efectos para el futuro, o sea, que quedan firmes los actos celebrados anteriormente por el mandatario.

Por el contrario, como veremos en el desarrollo de esta exposición, la revocación de las donaciones sólo puede tener lugar en los supuestos taxativamente establecidos en el Código y sus efectos son retroactivos, inclusive en algunos casos respecto a terceros.

## II) LA REVOCACION DE LAS DONACIONES EN EL CODIGO CIVIL

Por las discrepancias que existen en la doctrina y la legislación comparada sobre el concepto de la donación, resulta ineludible comenzar el análisis del tema de la revocación, como de otros aspectos de este contrato, con una referencia a los diferentes criterios empleados para definirlo.

Como se sabe, para nuestro Código, la donación es el contrato por el cual una parte se obliga a transmitir a la otra —o transmite en la manual— el dominio de una cosa, que la otra acepta recibir.

O sea, que la pauta seguida por el codificador para definir a la donación se centra en la finalidad de transmitir gratuitamente el dominio de la cosa donada.

Cualquier otro acto de beneficencia, que no revista esta cualidad, es calificado como una liberalidad, género del cual la donación constituye sólo una especie.

La corriente opuesta, ha sido defendida con calor entre nosotros por Bibliori en su Anteproyecto, en la nota al Título dedicado a las donaciones (T. II, pág. 305) y consagrada en el Código Alemán, cuyo Art. 516 dice: "Una atribución patrimonial por

la cual alguien enriquece a otro a costa de su patrimonio en donación, si ambas partes están de acuerdo en que la atribución se realice gratuitamente”.

Es decir, que nos encontramos frente a una noción de contenido más amplio, equivalente al de nuestra liberalidad, cuando ésta reviste la naturaleza de acto convencional.

Recordemos lo dicho por Biliboni en la nota antes mencionada: “Y tampoco es verdad que la donación tenga por objeto único la transferencia de la propiedad de cosas. Hay donación de bienes que no son cosas de créditos, art. 1437, de derechos reales que no son el dominio y hay donación por remisión de deuda, por renuncias a derechos reales, y a derechos personales, y en general a derechos patrimoniales transmitidos, constituidos, o abdicados. La limitación del artículo 1789 en cada uno de sus dos extremos es notoriamente inexacta”.

Si se acepta esta posición, el ámbito de la revocación sería mucho más amplio en cuanto a los supuestos en que podría funcionar, que si se restringe estrictamente su vigencia a lo definido por nuestro Código Civil.

Sin embargo, no parece que pueda adoptarse a este respecto un criterio único en cuanto a si la revocación es viable en nuestra legislación positiva respecto a liberalidades que para ella no revestirían la calidad de donaciones.

En efecto, se produce en relación a este problema un conflicto entre dos principios válidos de hermenéutica jurídica:

Uno de ellos lleva a restringir la aplicabilidad solamente al campo de las donaciones entendidas con el sentido restringido del artículo 1789, sobre la base de interpretar que, por ser la revocación un modo excepcional de poner fin a una relación convencional, que requiere expresa autorización legal para que funcione, debe ser considerado restrictivamente y no cabe extenderla a supuestos más o menos análogos.

El otro conduce a la solución contraria, sobre la base de recurrir a la analogía, expresamente admitida en el artículo 16 del Código que justifica la ampliación del ámbito de funcionamiento de la revocación a otras liberalidades.

La opción por uno u otro criterio constituye materia opinable, pero, por nuestra parte, sin desconocer los sólidos fundamentos jurídicos que respaldan el primeramente enunciado, no podemos desconocer que se ajusta más a la justicia objetiva la aplicación del modo de ver más amplio.

Apuntada esta posible dualidad interpretativa, vamos a analizar los planteamientos generales de la regulación que nuestro Código Civil destina al tema de la revocación de las donaciones.

Como anticipamos, se trata de una solución excepcional, que la ley sólo admite en situaciones perfectamente determinadas y que no pueden ser extendidas por vía de interpretación analógica.

La normativa elaborada por Vélez Sarsfield tiene por base la irrevocabilidad de las donaciones, cualidad que sólo cede en circunstancias muy especiales estrictamente puntualizadas por la ley.

Es decir, que la donación no es esencialmente irrevocable, puesto que esa cualidad desaparece en los casos expresamente admitidos por el legislador, cuyo número es reducido.

Estas previsiones, tan particulares, no afectan en modo alguno el aforismo respaldado por siglos de historia del Derecho, según el cual la donación debe ser irrevocable.

El significado de esta expresión, ordinariamente expresada como “actual e irrevocable”, debe ser entendido con el sentido de perfeccionarse el contrato con el

consentimiento de las partes y quedar excluida, por consiguiente, toda posibilidad de dejar el donante sin efecto por su sola decisión, la donación efectuada.

A ello aludía la clásica máxima "donner et retenir ne vaut", tan difundida en el derecho francés.

En nuestro país, Machado explica esto acertadamente cuando dice: "La regla de la irrevocabilidad no se altera porque se admita en casos especiales la revocación porque ella se funda en que la donación debe ser independiente de la voluntad del donante, y ninguna de las causas indicadas (inejecución de cargos, ingratitud y supermanencia de hijos) están en su poder" (T. V, pág. 121).

Otro tanto afirma Salvat, con amplia referencias a la doctrina francesa: "La revocación de las donaciones no debe ser considerada como una excepción al principio de la irrevocabilidad del desprendimiento de la propiedad de la cosa donada, porque en realidad no se trata de un acto que dependa de la libre voluntad del donante" (T. III, N° 1689, pág. 84).

Consideramos fundamental destacar este modo de interpretar la revocación de las donaciones: debe considerarse la irrevocabilidad como un principio de vigencia general en este contrato, principio que excepcionalmente puede dejarse de lado cuando la ley lo autoriza, por hechos que no se originan en la voluntad del donante.

Sin perjuicio de comentar separadamente cada uno de los supuestos de revocación admitidos por Vélez, podemos adelantar que en los que funciona sin necesidad de acuerdo previo entre donante y donatario, la facultad de revocar la donación se origina en un incumplimiento del donatario, es decir, en una actitud censurable de éste, totalmente ajena a la voluntad del donante.

El otro caso, la supermanencia de hijos, sólo faculta al donante a proceder a la revocación si ello ha sido convenido entre las partes al celebrar el contrato de donación, de manera que cabe interpretar que se habría pactado una modalidad, que revestiría los caracteres de una verdadera condición resolutoria y donde cabría opinar que más que de un supuesto de revocación, se trataría de uno de resolución.

Sobre la calificación de esta figura, así como de la posible formulación de análoga reflexión respecto a los efectos de la inejecución de los cargos impuestos al donatario, volveremos oportunamente.

El principio de la irrevocabilidad y la consagración de hipótesis excepcionales en que se la admite, aparecen tratados en el artículo 1848 del Código, que dice: "La donación aceptada, sólo puede revocarse en los casos de los artículos siguientes".

El codificador en la nota menciona al Fuero Real, pero Segovia indica que tomó el precepto del Proyecto de Avenio, de donde, inclusive, habría tomado la referencia a la mencionada recopilación española (T. I, pág. 501).

Como primera observación a la norma transcrita, cabe señalar que mientras no hay aceptación, no puede hablarse de donación, ya que ésta reviste naturaleza contractual. Por otra parte, así surge de lo dicho por el Código en su artículo 1792.

Pero, sobre todo interesa destacar la clara afirmación del principio de la irrevocabilidad, que sólo cede ante previsiones expresas y muy limitadas de la ley.

Precisamente, por tratarse de un contrato y con el fin de afirmar su obligatoriedad, es razonable la previsión del codificador, ya que ella contribuye a fortalecer a esta figura jurídica a la cual, precisamente, la revocación le introduce cierto fermento de inseguridad.

Si analizamos, frente al funcionamiento de este medio extintivo en la donación, fácil es advertir que se cumplen todos los recaudos mencionados al considerar el funcionamiento de la revocación en general.

En efecto, el principio es que, por haberse formado bilateralmente el vínculo jurídico entre las partes, sólo cabría disolverlos mediante la suma de las mismas voluntades y que, ante circunstancias que la ley juzga relevantes, es ella la que autoriza a uno de los contratantes a poner fin a la relación convenida.

Con su habitual agudeza, comentó Lafaille (Contratos, Vol. I, pág. 573) que hay circunstancias en que, a título excepcional, basta con la voluntad de un contratante para poner fin a lo pactado y entonces cabe hablar propiamente de revocación.

Es acertado, por consiguiente, el enfoque general que surge del artículo 1848.

Al contemplar las hipótesis tratadas en particular veremos que, no obstante esta posición de principio, algunas normas especiales crean cierta inseguridad en las transmisiones de dominio originadas en una donación, pero ello no surge, por cierto del contenido precepto.

El ideal que debe perseguir la ley consiste en dar la mayor firmeza posible a los efectos de los contratos. Esto se concreta en el siempre vigente principio de la conservación de aquel que tan caro fue a Véliz Sánsfield.

Si bien es cierto que al beneficiario de un acto gratuito, no es totalmente equitativo asignarle el mismo tratamiento que a quien obtuvo una prestación como contrapartida de su propia prestación, regla fundamental en la regulación de los actos onerosos, tampoco puede negarse que, admitida la validez jurídica de una liberalidad, debe procurarse que sus efectos sean lo más sólidos posible.

Por ello, estimamos razonable afirmar la irrevocabilidad como lineamiento general en la donación y hacerla ceder tan sólo en los casos en que por razones excepcionales y muy justificadas la ley faculta al donante a dejar sin efecto su acto de generosidad.

De todos modos, la prudencia exige que, aún en estos supuestos particulares, se tenga especial cuidado en el respeto a los derechos de los terceros. De no ser así, éstos pueden resultar seriamente perjudicados y, por otra parte, pierde fuerza el valor de las sustituciones jurídicas expresamente legisladas y cuya validez está consagrada por el ordenamiento legal.

Veremos empujada que allí se encuentran las soluciones más objetables del Código en esta materia: la seguridad de las transmisiones resulta, en algún supuesto, seriamente afectada.

Pero esto conviene comentarlo al analizar los efectos de las hipótesis de revocación admitidas por nuestra legislación positiva, que vemos a continuación.

Son ellas, la injección de los cargos impuestos al donatario, la ingratitud de éste y la supererogación de hijos al donante.

Las dos primeras funcionan por el solo imperio de la ley, mientras que la última requiere haber sido convenida entre los contratantes.

### III) LA REVOCACIÓN POR INEJECUCIÓN DE LOS CARGOS

Entre las especies de donaciones a las que Véliz Sánsfield dedicó un capítulo especial, se encuentran las celebradas con la imposición de un cargo al donatario.

Esta modalidad de los actos jurídicos mereció un amplio comentario del codificador en la nota al artículo 538, donde mostró sus características y las diferencias que la distinguen de las condiciones.

Fundamentalmente, el cargo o modo consiste en una prestación de contenido positivo, adicional a una obligación principal, que se impone a una persona y le exige

que lleve a cabo un hecho o entregue algo a un destinatario determinado genéricamente o específicamente.

En el título de las donaciones, el codificador expresó que los cargos pueden ser impuestos en beneficio del mismo donante o de un tercero, caso este último en que estaríamos en presencia de una estipulación en beneficio de un tercero, comúnmente denominada por la doctrina contrato a favor de terceros.

Como veremos luego, tanto en uno como en otro caso, el donante cuenta con la facultad de revocar la donación ante el incumplimiento del donatario.

Esta situación cabe perfectamente en el concepto aserriormente recordado de la revocación, ya que la ley autoriza a dejar sin efecto el contrato a una de las partes sin que interenga para ello la voluntad del otro contratante.

Pero también, cabe sostener, como lo han hecho algunos de nuestros más destacados civilistas que se plantea una situación asimilable a la resolución por incumplimiento (Lafaille, T. III, pág. 70; Salvat, T. III, N° 1690, pág. 83).

La modificación del artículo 1204 del Código Civil acentúa esa asimilación pero si se reflexiona sobre la solución restrictiva que el codificador había previsto en materia de resolución por incumplimiento contractual, aparece claro que, en su versión original, nuestro Código Civil había creado en materia de donaciones una figura típica de revocación, que reglamentó cuidadosamente, aunque de modo no enteramente satisfactorio.

Precisamente, por ello, reglamenta las exigencias y las consecuencias de la revocación por inexecución de los cargos, la cual funciona realmente de manera muy similar a una condición resolutoria.

Incluso, cabe señalar que, en algunas de sus disposiciones, la ley positiva utiliza como si fueran sinónimas las expresiones "condiciones o cargas" (art. 1851 y nota al 1850).

Tras estas reflexiones generales, iniciamos la consideración del régimen instituido por el Código Civil.

En primer lugar, nos ocuparemos de los sujetos titulares del derecho de revocar las donaciones y de quienes son afectados por las consecuencias de ese modo de extinción.

Dice el artículo 1853: "El derecho de demandar la revocación de una donación por inexecución de las cargas impuestas al donatario, corresponde sólo al donante y a sus herederos, sea que las cargas estén impuestas en el interés del donante o en el interés de terceros, y que consistan ellas o no en prestaciones apreciadas en dinero".

La redacción de la citada norma pone de manifiesto la intención restrictiva del legislador, quien ha procurado reservar el derecho a la revocación únicamente al donante y a sus herederos.

Estos últimos sólo por ser sucesores universales de aquel y, más aún, continuadores de la persona del causante, o sea, que considera que se trata de un derecho de transmisión estrictamente limitado.

El vocablo "sólo" excluye, sin duda, la posibilidad de ejercicio de este derecho por los acreedores del donante, quienes no podrían invocar la facultad acordada ordinariamente por el artículo 1196.

No es uniforme la doctrina en la interpretación de esta cuestión ya que Salvat fundado en opiniones tomadas de la doctrina francesa, entiende que la acción podría ser ejercida por un cesionario del donante o sus herederos o por acreedores de estos últimos por cuanto no sería el caso de un derecho inherente a la persona (T. III, N° 1694, pág. 86).

Serios argumentos se oponen a esta posición.

Segovia niega que los acreedores puedan accionar por revocación. Sin perjuicio de admitir que, en caso de fraude pueda funcionar la acción pauliana, rechaza la posibilidad de obrar contra el donatario sobre la base de lo establecido en el artículo 1196 y se funda en haberse apartado el codificador de autores franceses, como Aubry y Rau y Demolombe (T. I, pág. 503, nota 166).

Con idéntica base, excluye a los cesionarios y demás sucesores a título singular.

También Lafaille (T. III, N° 88, pág. 72) sustenta este criterio: afirma que el vocablo "pelo" es decisión y que, por tanto, no sería admisible el ejercicio de la acción por cualquier persona que no fuera el donante o uno de sus herederos.

La concepción amplia se apoya en el texto del artículo 1444, mientras que la limitativa toma primordialmente en consideración al texto del artículo 1852. Dado que éste es el precepto que contempla efectivamente la situación, estimamos que se le debe reconocer preeminencia, lo que nos lleva a adherirnos a la tesis de Segovia y Lafaille.

Por otra parte, cabe agregar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1853, los beneficiarios del cargo carecen de la acción de revocación, ya que de su texto expreso surge que sólo disponen de la acción tendiente a lograr la ejecución de la prestación debida.

Digiere el artículo 1853: "Los terceros a beneficio de los cuales las cargas han sido impuestas, sólo tienen una acción personal contra el donatario para obligarle a cumplirlas".

La solución es, en principio, razonable, porque el beneficiario carece, ordinariamente, de interés en la revocación de la liberalidad, ya que únicamente obtendrá un provecho del cumplimiento del cargo.

Sin embargo, frente a un donatario reuente en la ejecución de su obligación, sería posible en algún caso que le convenga más que la cosa donada volviera al donante y fuera éste quien cumpliera el cargo antes impuesto al donatario.

En tal supuesto, parecería más favorable que contara con la posibilidad de pedir la revocación, pero es evidente que, por ser partes en el contrato solamente el donante y el donatario, la ley no carece de fundamento para acordar únicamente a aquel la facultad de revocar.

Aún cabe agregar que el beneficiario es alguien que aprovecha una liberalidad y que es razonable dejar librado a la decisión de quien obró con anuencia donandi determinar si está dispuesto a revocar aquella por no haberse hecho efectiva otra.

Al ser un derechohabiente a título gratuito, el beneficiario se encuentra en una situación que merece un tratamiento menos ventajoso que el que debe darse a un adquirente a título oneroso.

Determinado quién puede ejercer la acción, debemos señalar contra quien puede ser promovida.

Al respecto, el artículo 1851 establece: "La revocación por inejecución de las condiciones o cargas, es únicamente relativa al donatario, y no perjudica a los terceros a cuyo beneficio las condiciones o las cargas hubiesen sido estipuladas por el donante".

Del texto de esta norma se extraen algunas conclusiones muy claras.

En primer lugar, que el donatario puede ser demandado por el incumplimiento de la obligación impuesta y que los beneficiarios no sufren las consecuencias de la inejecución.

Esto resulta totalmente justo, ya que el donatario aceptó la modalidad convenida y, por consiguiente, tiene el deber de cumplirla y que, por el contrario, los terceros, al no ser partes en el contrato, sino únicamente beneficiarios del mismo, no deben ser privados del derecho adquirido.

La fundamentación de esta solución es muy simple, puesto que resulta de la aplicación de reglas tan generales como la fuerza obligatoria de las convenciones y de las normas referidas a los contratos a favor de terceros.

Nada dice, por el contrario, el codificador respecto a los herederos del donatario y, por consiguiente, puede existir alguna duda en cuanto a si es posible promover la acción contra ellos.

Si nos atenemos a la aplicación, en este tema, de los principios generales, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1195, la obligación asumida por el donatario pasaría a sus herederos y sucesores universales y, por lo tanto, éstos deberían ser susceptibles de una demanda por revocación.

No ocurriría lo mismo, si el cargo consistiese en una prestación que solamente podría ser cumplida por el donatario, ya que, en tal supuesto, se trataría de una obligación *intra personam*, que no se transmitiría a los herederos ni los haría a éstos pasibles de la sanción que, en realidad, significa la revocación de la donación.

La interpretación antes expuesta encuentra respaldo recurriendo a la analogía, ya que, si los herederos del donante pueden demandar la revocación, parece que, ante el silencio de la ley, hay que recurrir a igual criterio en cuanto a la transmisión de los efectos del contrato respecto a los herederos del donatario.

Los requisitos exigidos por el Código para el nacimiento del derecho del donante a revocar su liberalidad, surgen del artículo 1849, complementado por el 1850.

Expresa el artículo 1849: "Cuando el donatario ha sido constituido en mora respecto a la ejecución de los cargos o condiciones impuestas a la donación, el donante tiene acción para pedir la revocación de la donación".

O sea, que deben sumarse dos elementos para que la revocación sea viable: el primero radica en el incumplimiento por parte del donatario y a ello debe agregarse que éste haya sido constituido en mora.

Dispone la ley que no interesa la razón por la cual el donatario haya dejado de cumplir lo que resulta del artículo 1850: "El donante puede demandar la revocación de la donación por causa de inexecución de las obligaciones impuestas al donatario, sea cual fuere la causa de la falta de cumplimiento de esas obligaciones, y aunque la ejecución haya llegado a ser imposible a consecuencia de circunstancias completamente independientes de la voluntad del donatario, salvo el caso en que la imposibilidad haya sobrevenido antes que él se hubiese constituido en mora".

Dejada de lado la especial incidencia de la mora, a la que luego nos referiremos, se aprecia que el legislador ha sido sumamente estricto con el donatario, a quien no le otorga justificación ni siquiera en casos extremos, como el nombrado en el artículo que comentamos y que se refiere a la imposibilidad de cumplir sin que exista culpa de su parte.

Para justificar este tratamiento, se hace necesario recurrir a los preceptos propios de los contratos bilaterales y al elemento causa.

Es sabido que, en los contratos sinalagmáticos se interpreta que cada una de las partes se obliga teniendo en mira el cumplimiento de la prestación a que se compromete el otro contratante. De ahí que, si uno de los intervinientes no ejecuta la obligación asumida, en este caso el cargo, se produciría un desequilibrio no querido, si el otro debiera ejecutar íntegramente su obligación.

O sea, que el codificador habría tenido en cuenta la correlatividad y la reciprocidad de las prestaciones comprometidas en convenciones de esa especie.

La solución sería, por el contrario, criticable si se compartiera el criterio que ve en la resolución por incumplimiento el resultado de una sanción a la inexecución del obligado.

En cuanto al requisito de la mora, es clara la importancia que le ha asignado la ley: sólo después de producida la misma, puede demandarse la revocación.

Lógicamente, la modificación introducida en el art. 509 por la Ley 17.711 debe ser tenida en consideración y, por consiguiente, cuando se ha establecido un plazo para la ejecución de los cargos, basta el vencimiento de ese término para que el donante pueda accionar.

Si, por el contrario, no se lo hubiese fijado, no funciona la mora automática y, en consecuencia, se hace necesario cumplir con la exigencia de la interpelación.

Si la imposibilidad del donatario de cumplir los cargos es anterior a la mora, queda liberado de su obligación y caduca, por lo tanto, el derecho del donante para pedir la revocación.

Hay aquí una aplicación de los mismos principios que rigen la extinción de las obligaciones por imposibilidad del pago, así como los que inspiran la regulación sobre el tema de la imposibilidad de cumplir los cargos sin culpa del obligado, que según lo dispuesto por el art. 565, trae como consecuencia la adquisición pura y simple de los bienes transferidos con un cargo.

También por aplicación de los principios generales, debe tenerse en cuenta que la acción de revocación puede extinguirse por prescripción.

La prueba del incumplimiento y de la constitución en mora están a cargo del donante, quien puede utilizar todos los medios a su alcance por tratarse de hechos y no regir, por consiguiente, las normas relativas a los contratos.

Sólo cabe agregar que el donante no puede revocar por su sola decisión sino que debe promover la correspondiente acción judicial para obtener el resultado perseguido.

Para finalizar, corresponde analizar el aspecto más discutido de este tema: el de los efectos de la revocación, especialmente en lo que atañe a terceros adquirentes de las cosas donadas.

Sobre el particular, es necesario advertir que el régimen instituido por nuestro Código ha sido motivo de severas críticas.

El principio fundamental consiste en que la revocación tiene efecto retroactivo, es decir, que funciona como una condición resolutoria, de manera que el donatario sólo habría sido titular de un dominio revocable, regido por el artículo 2670, en lo atinente a las consecuencias de la revocación.

Por consiguiente, el donatario debe restituir la cosa donada al donante o sus herederos, sin distinción según se trate de un bien mueble o inmueble y lo hará con aplicación de las reglas relativas a las obligaciones de restituir cosas a sus dueños y de las referidas a condiciones resolutorias.

De ahí que conserve los frutos percibidos hasta que haya sido constituido en mora, con lo cual se transformó en poseedor de mala fe, caso en el cual, deberá abonar una suma equivalente al valor de los frutos indebidamente percibidos.

Por el contrario, no deberá pagar daños e intereses por lo dispuesto en el artículo 1854, que dice: "El donatario responde sólo del cumplimiento de los cargos con la cosa donada y no está obligado personalmente con sus bienes. Puede substraerse a la ejecución de los cargos abandonando la cosa donada, y si ésta perece por caso fortuito, queda libre de toda obligación".

No obstante, si enajenó la cosa mueble a un tercero de buena fe, caso al que nos referiremos a continuación, puede verse obligado a entregar al donante el precio obtenido por la enajenación, supuesto al que volveremos después de considerar las relaciones del donante con terceros adquirentes del bien donado.

Este tema es el que ha dado lugar a mayores comentarios y a críticas de la doctrina, por la inseguridad que el régimen establecido en el Código crea en la transmisión de cosas adquiridas por donación.

El codificador elaboró un sistema estrictamente ajustado a los principios que rigen las relaciones entre donante y donatario de acuerdo a la naturaleza del dominio transmitido sobre la cosa donada, que, como dijimos, es un derecho revocable (artículo 1863).

Por ello, la revocación produce frente a terceros, con alguna excepción en materia de muebles un efecto retroactivo, fundado en lo dispuesto en el recordado artículo 1870.

En materia de inmuebles, esta solución no admite excepciones en la ley. Así lo dispone el artículo 1855, al expresar: "Cuando la donación ha sido de bienes inmuebles, y en el instrumento público están expresadas las cargas impuestas por el donante, la revocación de la donación anula las enajenaciones, servidumbres, e hipotecas consentidas por el donatario".

Como el artículo 1810, exige bajo pena de nulidad, que las donaciones de inmuebles se hagan por escritura pública, caso en que, después de la reforma de 1968, no es aplicable el artículo 1185, siempre que no se haya omitido la mención de los cargos, el tercero ha debido saber que éstos existían y, por consiguiente, no puede invocar buena fe.

En cambio, en materia de muebles, puede haber adquirentes de buena fe por desconocer la existencia del cargo que debía cumplir el transmitente de la cosa. En tal supuesto, por aplicación del artículo 2412, según el cual la posesión de buena fe de las cosas muebles no robadas ni perdidas vale título, debe protegerse a ese adquirente.

Así lo entendió Vélez Sarsfield y flexibilizó la aplicación del principio sobre el dominio revocable a que antes aludimos. En efecto, en el artículo 1856, se establece: "Cuando la donación ha sido de bienes muebles, su revocación trae la nulidad de la enajenación hecha por el donatario, cuando el adquirente de los bienes donados conocía las cargas impuestas y sabía que no estaban cumplidas". Es decir que la revocación sólo surte efectos frente a los terceros de mala fe.

Esta solución es ponderable y no merece objeciones de ninguna índole. Cabe señalar que, inclusive antes de la Ley 17.711, cuando el artículo 1810 exigía escritura pública para todas las donaciones con cargos, aún las de muebles, ese juicio es válido, ya que debe extremarse, como lo hizo el codificador, la protección a los adquirentes de buena fe.

Por ello, las críticas a que antes nos referimos fueron dirigidas contra el régimen relativo a los efectos frente a terceros adquirentes en el caso de donaciones de inmuebles, por entenderse que no respetaba debidamente las exigencias de la seguridad jurídica e, inclusive, que comprometía la vigencia del valor de la apariencia en el Derecho y la libre circulación de los bienes.

No es de extrañar, por ello, que Biliboni haya cambiado el sistema eliminado los artículos 1855 y 1856. En su reemplazo proyectó el artículo 1831 de su Anteproyecto, que dice: "La revocación de la donación con cargos se opera según las disposiciones de este Código, respecto de la resolución de los contratos sinalmagnéticos, y la restitución de los bienes donados se hará según las reglas del enriquecimiento sin causa.

En la nota a este precepto, se cita al Código Alemán al que el Anteproyecto siguió en lo atinente a la transmisión de bienes, con una clara finalidad de proteger la seguridad en el tráfico de aquellos, solución que merece juicio favorable.

Cabe complementar estos comentarios con una referencia al límite de las obligaciones del donatario, las cuales, conforme a la gratuidad, íntimamente aderida en la naturaleza de la donación, están limitadas a la cosa donada, como surge de lo establecido en el artículo 1854, anteriormente citado.

También el derecho del donante frente a los terceros tiene límite: el interés que reviste para él la ejecución de los cargos. Por esto, los adquirentes de las cosas donadas están facultados, para evitar las consecuencias de la revocación, a ofrecer cumplir ellos sus obligaciones accesorias, siempre que no se trate de hechos que solamente puedan ser realizados por el donatario.

Así lo dispone el artículo 1857: "Los terceros que hubiesen adquirido los bienes donados, pueden impedir los efectos de la revocación, ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al donatario, si las cargas no debiesen ser ejecutadas precisa y personalmente por aquel".

#### IV) LA REVOCACIÓN POR INGRATITUD DEL DONATARIO

Al comenzar el tratamiento de esta causal de revocación, viene al caso recordar algunas reflexiones de Puig Peña, en su Tratado de Derecho Civil Español, T. IV, Vol. II, pag. 163. Expresa allí que ninguna institución jurídica descubre tanto como la donación los aspectos más puros de los sentimientos del hombre. Por eso la ley desea asegurar que ese sentimiento sea firme, desinteresado y correspondido.

De ahí que la ingratitude del donatario — el amor sería correspondido con el desamor — merece como sanción la privación de la liberalidad con que aquel había sido favorecido.

De todos modos, el legislador ha sido cuidadoso en la determinación de los hechos que configuran ingratitude y no ha querido dejar librada solamente al arbitrio judicial la apreciación de la conducta del donatario, sino que ha fijado estrictamente los casos en que esa conducta da lugar a la revocación de la donación.

Puede sintetizarse la solución legal diciendo que no toda ingratitude hace nacer el derecho del donante a revocar, sino que sólo tienen esa virtualidad las situaciones específicamente establecidas. Puede decirse que la gratitud es siempre obligación del donatario, pero que no toda defección en ese deber alcanza el grado requerido para que quede sin efecto el contrato.

La relación entre gratuidad y gratitud se pone de manifiesto en que el codificador admite esta causal de revocación en cualquier especie de donaciones, aún en aquellas calificadas como onerosas, pero únicamente en lo que las mismas tengan de gratuitas.

Dice, al respecto, el artículo 1863: "Las donaciones onerosas, como las remuneratorias, pueden ser revocadas por las mismas causas que las gratuitas, en la parte que aquellas tengan el carácter de éstas".

En este artículo, inspirado en la obra de Aubry y Rau, aparece el mismo sentido que, aún con mayor énfasis campea en el Código Civil Brasileño, cuyo artículo 1187 excluye del ámbito de la revocación por ingratitude a las donaciones remuneratorias, las con cargo, las que se realizan en cumplimiento de obligaciones naturales y las efectuadas por causa de matrimonio.

Los cinco tratados por nuestro codificador son: el atentado contra la vida del donante; las injurias graves contra su persona o su honor; los delitos contra su patrimonio y, finalmente, la no prestación de alimentos.

Así resulta de los artículos 1858 y 1860.

Cabe señalar una aproximación entre estas causales y las que determinan la indignidad del heredero, aún cuando hay una diferencia substancial, que hemos de comentar más adelante y que se relaciona con el tema de la exigencia o no de condena penal.

Tanto en una como en otra institución hay una sanción aplicada al beneficiario, por el incumplimiento de un deber moral frente a aquel que lo ha favorecido.

Pero, por la circunstancia de haber fallecido el causante, la apreciación de la indignidad es más exigente en materia sucesoria, ya que el donante, si vive, está en condiciones de promover la acción de revocación cuando lo juzgue pertinente.

De ahí que, para la indignidad, se exige condena penal, mientras que ello no es requerido en grado alguno en el caso de la donación, donde es suficiente que el donatario sea moralmente responsable del ataque contra el donante.

Los artículos 1859 y 1861 determinan esta solución.

Artículo 1859: "El donatario puede ser considerado que ha tentado contra la vida del donante aunque no haya sido condenado por el hecho y aunque sus actos no presenten los caracteres de la tentativa según el derecho criminal. Basta que por esos actos haya manifestado de una manera indudable la intención de dar muerte al donante".

Artículo 1861: "Para que los hechos del donatario contra la persona y bienes del donante den causa para la revocación de la donación, deben ser moralmente imputables al donatario. . . . Esta disposición se complementa con la extensión de esta responsabilidad moral a los menores cuando hubiesen obrado "voluntariamente y con suficiente discernimiento".

La combinación de estos dos preceptos permite interpretar que la ley resuelve con idéntico criterio la situación en que la revocación se funda en el atentado contra la vida del donante o en actos dirigidos contra su persona o sus bienes. Y ello aun cuando de las palabras expresas del artículo 1869 pudiera entenderse algo diferente.

Dice esta disposición legal: "Los delitos graves contra los bienes del donante pueden, como los delitos contra su persona, motivar la revocación de la donación".

El vocablo delito crea, sin duda alguna incertidumbre, pero estimamos que no está tomado en el sentido estricto del Derecho Penal, sobre la base de las primeras palabras del artículo 1861 y el tratamiento que al tema da la obra de Aubry y Rau, que sirvió de fuente a todos estos preceptos que analizamos.

En efecto, el artículo 1861 está tomado, con la adición del calificativo "grave", textualmente del parágrafo 708, T. VI, pág. 105, nota 4 de los autores citados y también el comienzo del 1861 tiene igual origen.

Ahora bien, allí se habla de hechos del donatario y no de delitos y la exigencia que imponían los autores franceses mencionados, tal como lo hace nuestro Código, era que fueran moralmente imputables a aquel.

Para lograr una correcta interpretación, es decisivo recordar el comentario que, sobre este tema formulan Aubry y Rau.

Expresan: si, por consiguiente el donatario hubiese, sea en un acceso de locura, sea por impericia, negligencia, o inobservancia de los reglamentos, ocasionado la muerte del donante, ese hecho no podría motivar la revocación de la donación. . . (nota 5, pág. 106).

Y poco después agregan: "las injurias y los simples delitos contra la persona o los bienes del donante sólo pueden motivar la revocación de una donación en tanto presenten cierto grado de gravedad, habida cuenta de las circunstancias y la condición

de las partes" (nota 7, en la que aclaran: "el adjetivo graves, que se encuentra en el número 2 del art. 955 después de los términos delitos o injurias, se refiere a unos y otros").

Como puede apreciarse, el comentario cubre todos los supuestos considerados y les da igual tratamiento.

Dada la claridad de la expresión "atentado contra la vida" no resulta necesario abundar en explicaciones a su respecto y otro tanto puede decirse del ataque contra el patrimonio del donante, pero no sucede lo mismo en lo que hace a las injurias, que han dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales y opiniones doctrinarias.

En un concepto amplio, que se ajusta a la redacción del artículo 1858, inciso 2º, puede decirse que constituye injuria todo acto intencional que lesione al donante en su persona o en su honor, es decir, que puede consistir en una agresión física o en un ataque a su reputación.

Asimismo, es dable señalar que no cualquier injuria, conforme a la noción antes enunciada, es suficiente para que pueda promoverse la acción de revocación, sino que debe revestir gravedad, idea semejante a la referida a la injuria como causal de divorcio en nuestra Ley de matrimonio civil.

Para apreciarlas, como ocurre también en el tema del divorcio, se deben tener en cuenta las condiciones personales del donatario, su cultura, nivel de educación, posición social, etc.

De igual modo, es necesario tomar en consideración el momento en que se ha incurrido en la injuria, ya que, como bien lo señala Segovia, en su nota 113 en la pag. 505 del Tomo I, deben ser posteriores a la donación. Entiende el sabio comentarista que una injuria anterior a aquella no debe dar lugar a revocación, aunque hubiese sido ignorada por el donante. Fundamenta su modo de ver en la necesidad de interpretar restrictivamente el derecho a la revocación como medio de proteger la estabilidad de las adquisiciones.

Finalmente, como lo ha resuelto la jurisprudencia, debe descartarse como causal de revocación a la injuria, cuando ésta ha sido inferida al donante por el donatario en respuesta a un ataque de aquel.

Debe, por el contrario, entenderse con amplitud de criterio que entre las causales de ingratitud por injuria se deben incluir aquellas que afectan a las personas más allegadas al donante, ascendientes, descendientes y cónyuges, por lo menos.

Así lo interpretaron los autores del Proyecto de 1936, que extendieron el contenido del actual artículo 1858, concediendo la facultad de revocar cuando el atentado o la injuria hubiesen sido dirigidos contra los parientes antes mencionados, como surge del artículo 1007 de esa obra, solución tomada textualmente del artículo 1623 del Anteproyecto de Babiloni.

La última manifestación de ingratitud tratada por el codificador es la falta de prestación de alimentos, considerada en el inciso 3º del artículo 1858 y en el 1862, que dice: "La revocación de la donación tiene también lugar por causa de ingratitud cuando el donatario ha dejado de prestar alimentos al donante, no teniendo éste padres o parientes a los cuales tuviese derecho de pedirlos, o no estando éstos en estado de darlos".

De este texto, se desprende claramente que la obligación alimentaria del donatario es subsidiaria, dado que solamente nace a falta de parientes obligados a prestarlos o de la imposibilidad de éstos para prestarle su ayuda.

El artículo 1858 es más preciso, en su inciso 3º, ya que la causal nace cuando el donatario rebusa la prestación de alimentos y no simplemente cuando no los provee.

En realidad, para que se produzca la situación contemplada por la ley, debe existir una negativa frente al reclamo judicial del donante, demanda imprescindible para que se determine si aquél tiene el derecho a pretenderlos del donatario y, en caso afirmativo, para que sea fijado el monto correspondiente.

Con mayor razón, debe entenderse que el donatario ha rechazado pretenderlos cuando, condenado judicialmente, no da cumplimiento a la obligación impuesta por la sentencia.

El donante tiene el cargo de la prueba de su necesidad y de la falta de parientes obligados a la prestación alimentaria, de acuerdo a la subsidiariedad del deber del donatario.

Emancipadas las causas de revocación por ingratitud, vemos quiénes son los sujetos que pueden demandarla o que deben soportarla.

El primer tema está resuelto por el artículo 1864, que expresa: "La revocación de una donación por causa de ingratitud no puede ser demandada sino por el donante o sus herederos".

Este texto no deja duda respecto al carácter de personalísimo que reviste la acción. Puede decirse que se trata de un derecho inherente a la persona, aun cuando no lo es estrictamente, ya que se transmite a los herederos.

Aubry y Rau, cuya obra también fue fuente de este artículo, desarrollan una argumentación muy clara para fundamentar la solución que propugnaba el Código Napoleón, que restringía el ejercicio de la facultad de revocar a los herederos y se la negaba inclusive a los sucesores universales, expresión que tiene, en la ley francesa un significado diferente del asignado por nuestra legislación positiva.

Aparece muy claro el sentido de sanción a una conducta criticable del donatario y a la preeminencia de los aspectos personales sobre los puramente patrimoniales, lo cual explica la exclusión de los acreedores, que no pueden ejercitar derecho alguno por vía de la acción subrogatoria.

No obstante, la doctrina admite la posibilidad de ceder esta acción, tanto por parte del donante como de sus herederos. Y, más aún, se ha sostenido que los acreedores de los herederos podrían subrogarse en los derechos de éstos, ya que el carácter personalísimo estaría más atenuado que en relación con el donante, pero en cuanto a esto último, corresponde señalar que se trata de una cuestión opinable.

La costibilidad encuentra fundamento en lo dispuesto en el artículo 1444 y en la ausencia de disposición restrictiva alguna que limite la amplitud del principio allí consagrado (Segovia, nota 119, pág. 306).

Como dato complementario, anotamos que la acción, de acuerdo al artículo 4034 del Código Civil, prescribe al año desde que se cometió la injuria o desde que la misma fue conocida por los herederos. A esta expresión textual de la ley debe asimilarse el caso en que se trate directamente del donante ofendido, para quien rige, por consiguiente, el mismo plazo de prescripción.

En cuanto a las personas contra quienes puede promoverse la acción de revocación, el tema está resuelto por el artículo 1865, que dice: "La demanda por revocación de la donación, no puede ser intentada sino contra el donatario, y no contra sus herederos o sucesores; más cuando ha sido establecida contra el donatario, puede continuar contra sus herederos o sucesores".

Más marcadamente aparece aquí el carácter personalísimo y sancionatorio de la revocación por ingratitud: sólo el donatario ha obrado de modo moralmente reprochable y, por lo tanto, sus herederos no deben, en principio, sufrir las consecuencias de su conducta.

No obstante, es razonable interpretar que la acción podría promoverse contra los herederos del donatario si éste hubiera fallecido antes que el donante hubiese podido iniciarla. Así lo señala Machado en su comentario al artículo 1865, con expresas referencias a la posición de importante doctrina francesa.

Por otra parte, el artículo 1865 permite que la acción de revocación se siga contra los herederos del donatario cuando el donante la inició antes de la muerte de aquél, solución perfectamente justificada, ya que no puede presumirse la voluntad de perdonar del donante.

Los efectos de la revocación por ingratitud presentan algunas notas que los diferencian de los correspondientes a la que tiene lugar por inajecución de los cargos, diferencias que se refieren a las consecuencias respecto a terceros.

En primer término, consideramos los efectos entre las partes, regulados por el artículo 1867, que dice: "Entre donante y donatario, los efectos de la revocación por causa de ingratitud, remontan al día de la donación, y el donatario está obligado no sólo a restituir todos los bienes donados que él posea, sino que aún debe bonificar al donante los que hubiese enajenado, e indemnizarlo por las hipotecas y otras cargas reales con que los hubiese gravado, sea por título oneroso o lucrativo".

Esta disposición está inspirada por la voluntad del legislador de reprobar la conducta del donatario y aplicarle una sanción, la cual da lugar, debido al distinto tratamiento que se otorga a los terceros adquirentes de las cosas donadas, a que se establezcan consecuencias patrimoniales muy gravosas para quien incurre en ingratitud.

No se produce aquí, como vemos al comentar el artículo 1866, la misma situación que afecta a un titular de un dominio imperfecto al producirse el cumplimiento de una condición resolutoria, ya que el efecto retroactivo sólo afecta al titular del dominio, en este caso, el donatario, y por ello debe éste indemnizar ampliamente al donante.

A tal fin, como primera medida, le restituirá las cosas donadas que consten en su poder, efecto propio de la revocación que no requiere comentario.

Además agrega el artículo que tiene que "bonificar" al donante los que hubiese enajenado. La expresión "bonificar" no es común y merece una aclaración: debe entenderse que se refiere a la obligación de restituir el valor de los bienes que salieron del patrimonio del donatario.

Es correcto que se mencione al valor, ya que el donante es ajeno a que el donatario haya transferido la cosa a título gratuito o la haya vendido a bajo precio y, precisamente, porque la ley desea sancionar al donatario, prescinde de la contraprestación que pueda o no haber recibido y perfiere el valor, que significa una equivalencia con la magnitud patrimonial de la cosa donada.

Inclusive, debe entenderse que hay que tomar en cuenta el valor al tiempo de promoverse la demanda por revocación, el cual deberá actualizarse hasta el momento del efectivo pago.

Finalmente, se debe indemnizar al donante por el valor de las hipotecas y cargas reales con que el donatario haya gravado la cosa donada, lo cual confirma que debe ajustarse la indemnización al valor de aquella, puesto que la hipoteca o el gravamen que debe levantar el donante para contar con la cosa totalmente libre implican, en definitiva, una disminución del valor en el momento de recibirla del donatario.

El comentario del artículo 1867 ha adelantado, en cierto modo el del 1866, que trata de los efectos de la revocación por ingratitud frente a los terceros, aspecto en que se marca intencionalmente la diferencia antes mencionada en relación con el caso de revocación por inajecución de los cargos.

Dice el artículo 1866: "La revocación de la donación por causa de ingratitud, no tiene efecto contra terceros por las enajenaciones hechas por el donatario, ni por las hipotecas u otras cargas reales que hubiese impuesto sobre los bienes donados, antes de serle notificada la demanda".

Como puede apreciarse, la revocación en este caso no afecta a los adquirentes de la cosa donada, solución correcta, ya que se trata de terceros de buena fe, que no tenían porqué conocer la actitud del donatario hacia el donante y que no merecen sanción alguna por su comportamiento, lo que justifica que no se perjudiquen.

Sólo cabría cuestionar la solución cuando hubiesen adquirido la cosa a título gratuito, ya que, entonces, sólo serían privados de algo que recibieron sin contraprestación alguna de su parte y, por consiguiente, puede sostenerse que no experimentarían un verdadero perjuicio, sino que sólo se verían privados de un beneficio.

Es de notar que Biffoni, en el artículo 1633 de su Anteproyecto, optó por resolver este tema sobre la base de las disposiciones relativas al enriquecimiento sin causa, solución realmente equitativa.

Para finalizar, sólo cabe acotar que la regulación de los efectos de la revocación por ingratitud frente a terceros adquirentes de las cosas donadas revela claramente que la ley se aparta de los lineamientos propios de la condición resolutoria y se ubica en la aplicación de pautas inspiradas por un criterio ajustado a los cánones de la moral.

## V) LA REVOCACIÓN POR SUPERNACENCIA DE HIJOS

La última causal de revocación aparece legislada en el artículo 1868 del Código, que dice: "Las donaciones no pueden ser revocadas por supernacencia de hijos al donante después de la donación si expresamente no estuviere estipulada esta condición".

Este precepto, cuyo origen es el artículo 2149, inc. 1º del Esbozo de Freitas, significa una variante en relación con la línea que dominaba en la legislación comparada en la época de Vélez Sarsfield.

Desde el Derecho Romano el instituto de la revocación por supernacencia de hijos había sido admitido sin necesidad de manifestación expresa de voluntad de donante y donatario.

En nuestro Código, por el contrario, no aparece como una causal natural de revocación, sino que es consecuencia de la fuerza obligatoria de las convenciones, dado que únicamente es viable cuando ha sido pactada.

En las leyes que mantenían la otra posición, el fundamento de lo resuelto residía en una presunción relativa a la voluntad que cabría atribuir al donante, ya que se suponía que éste, de haber conocido la posibilidad de advenimiento de hijos, se hubiese abstenido de favorecer a otras personas y reducir, así, su patrimonio.

El codificador entendió, por su parte, que la admisión de esta causal sin restricciones, ponía en cuestión la viabilidad misma de las donaciones en ciertas circunstancias y la misma seguridad jurídica.

Dice, al respecto, en la nota que: "Si las donaciones pudieran revocarse por nacerle hijos al donante, sería más regular decir que el que tenga hijos no puede hacer donaciones, pues el que ha hecho una donación y la revoca por haberle nacido hijos, puede sin embargo, dar a otro la misma cosa, o cosa de mayor importancia".

Esta argumentación es ponderable, ya que tiende a hacer más estrictas las exigencias necesarias para que funcione esta causal.

Alguna doctrina ha procurado restringir más aún su ámbito de funcionamiento, ya que lo reduciría a la supremacencia de hijos legítimos, pero no parece posible seguir esa orientación, a pesar de los fundamentos de defensa de la familia legítima que lo inspiran, ya que la ley no formula distinción alguna y, por otra parte, en materia sucesoria, los derechos de los hijos extramatrimoniales, aún cuando inferiores a los que corresponden a los legítimos, ocupan una posición preponderante.

La acción de revocación por supersedencia de hijos puede ser ejercida por el donante, los hijos que hayan nacido después de hecha la donación y los herederos de estos últimos, ya que sólo ellos han dado lugar al nacimiento del derecho de revocar la donación.

Puede ser ejercida contra el donatario y frente a él produce los mismos efectos que se originan por la inexecución de los cargos o la ingratitud.

En cuanto a los terceros, debe estarse a lo expuesto en el caso del incumplimiento de los cargos, es decir, distinguiendo según que las cosas donadas sean muebles o inmuebles.

En este último supuesto, los terceros adquirentes de la cosa por ser necesaria la escritura pública, no pueden invocar desconocimiento del pacto celebrado entre donante y donatario.

No sucede lo mismo si se trata de bienes muebles, por la presunción contenida en el artículo 2412.

## VI) CONCLUSION

Como puede apreciarse, el tratamiento dado por el codificador al tema de la revocación de las donaciones, merece cálido elogio en la última causal considerada, así como en la legislación relativa a la ingratitud.

No ocurre lo mismo en lo atinente a la inexecución de los cargos, donde el efecto retroactivo frente a terceros adquirentes no es favorable para la seguridad de la transmisión de los bienes.

También, vale la pena señalar que ha dado en todos los supuestos igual regulación cuando los bienes donados fueron enajenados a título gratuito u oneroso, lo que merece alguna objeción y ha sido superado por legislaciones más modernas, que han protegido más intensamente a quienes obtienen la cosa mediante una contraprestación.

Como reflexión general, es útil insistir en la importancia del tema por su estrecha relación con el gran valor que significa la seguridad jurídica.

## OBLIGACIONES DEL MANDATARIO FRENTE AL MANDANTE EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

*Por Federico Fielde Escalada*

### I) INTRODUCCION

Las obligaciones del mandatario frente al mandante constituyen el núcleo de los efectos del mandato, por cuanto, por tratarse de un contrato naturalmente unilateral, para nuestro Código Civil, es viable que no haga nacer obligaciones a cargo del comitente, pero en todos los supuestos, el mandatario queda obligado frente a aquél.

Ahora bien, para analizar adecuadamente todas las efectos del mandato y, por ende, específicamente las obligaciones del mandatario frente a su cocontratante, estimamos necesario recordar el concepto de esta figura, que no se ajusta exactamente a los términos del artículo 1869 si se quiere respetar la regla lógica según la cual una definición correcta debe contener todo lo definido y nada más que ello.

Para mantener en la mayor medida posible las palabras utilizadas por Vélez Sarsfield en el mencionado artículo, puede decirse que hay mandato como contrato cuando una parte da a otra un poder, que ésta acepta, para que realice por cuenta de aquella uno o varios actos jurídicos.

De esta manera, se evita cualquier confusión entre mandato y representación y se pone el acento en los aspectos fundamentales del primero: su naturaleza contractual, su inclusión en la categoría funcional de los contratos de gestión, su calidad de contrato-medio o instrumento para efectuar otros actos que por su voluntad el mandante desea que se lleven a cabo y la exigencia de tener por finalidad la realización de actos jurídicos.

Queda, por consiguiente, excluida toda referencia a la representación y también se manca estrictamente que el mandato, en nuestro derecho positivo, tiene por objeto la realización de actos jurídicos y no, como lo determinan otras legislaciones, lo de hechos materiales.

Asimismo, se guarda silencio respecto al carácter oneroso o gratuito de este contrato, opción que admite nuestra ley, mientras que las que siguen la orientación de los antecedentes romanos exigen la gratuidad.

Las circunstancias apuntadas dominan, lógicamente, el plexo de los efectos del contrato y dan lugar a situaciones y obligaciones diferentes según las diversas categorías de mandato.

En efecto, que haya o no representación determina variantes fundamentales en las relaciones de mandante y mandatario con terceros y el carácter gratuito u oneroso

del mandato altera, inclusive, la caracterización del mismo como unilateral o bilateral, con la consiguiente aplicación o exclusión de los efectos propios de los contratos sinalmagnéticos y el consiguiente deber a cargo del mandante del pago de la retribución convenida.

A lo dicho corresponde agregar que el mandatario cuenta con facultad deliberativa, o sea, que no se encuentra en una relación de subordinación jurídica como la del locador de servicios frente al locatario y que tal situación debe ser adecuadamente ponderada en la consideración de las consecuencias jurídicas que origina el contrato.

## II) ENUNCIACIÓN DE UNA NOMINA DE OBLIGACIONES DEL MANDATARIO FRENTE AL MANDANTE

Sobre la base de los datos elementales que vienen de ponerse de relieve, formulamos, a continuación, una nómina de las obligaciones del mandatario con la mención de las disposiciones del Código donde se encuentran regladas.

a) Obligación de ejecutar debidamente el mandato: arts. 1904 (1917) 1905, 1906, 1907, 1908, 1916, 1918 y 1919.

b) Obligación de rendir cuentas de su gestión: arts. 1909, 1910, 1911, 1912 y 1913.

c) Obligación de responder por los daños que cause al mandante: arts. 506, 511, 512, 1904, 1915, 1920, 1921, 1922 y 1923.

d) Obligación en caso de sustitución del mandato, de ajustarse a las normas referidas a esta figura: arts. 1924, 1925, 1926, 1927 y 1928.

e) Obligación de responder en caso de incumplimiento de los deudores del mandante, cuando el mandatario garantizó las deudas y solvencia de aquellos: art. 1914.

## III) COMENTARIO DE LAS OBLIGACIONES DEL MANDATARIO FRENTE AL MANDANTE

Formulamos ahora un breve comentario relativo a cada una de las obligaciones del mandatario incluidas en la nómina antes enunciada.

### *a) Obligación de ejecutar debidamente el mandato.*

Según lo dispuesto en el artículo 1904 del Código Civil, "*El mandatario queda obligado por la excepción a cumplir el mandato. . .*".

Hemos preferido aclarar el sentido de la disposición transcrita respecto a la obligación asumida por el mandatario al especificar que debe cumplirla debidamente por cuanto consideramos que la exigencia es razonable y que, precisamente, en la interpretación del adverbio agregado, se encuentra la clave del contenido y la extensión del deber jurídico en cuestión.

En principio, cabe afirmar que el mandatario debe ajustarse a las instrucciones recibidas de su comitente, que fijan los límites máximo y mínimo de sus facultades.

Esto encuentra su fundamento en la naturaleza contractual del mandato, que está regido por el principio de la autonomía de la voluntad de los sujetos del acto, que determina su fuerza obligatoria.

El Código, por otra parte, ha dedicado una norma expresa a la fijación del contenido de la obligación, ya que el artículo 1903 establece que: *"El mandatario debe circunscribirse a los límites de su poder, no haciéndolo menos de lo que se le ha encargado..."*.

O sea, que debe efectuar el negocio jurídico que el mandante le encomendó, pero no puede exceder los límites determinados en el poder y debe abstenerse, por consiguiente, de realizar actos que no le fueron encargados. Esto como principio general, ya que, análoga, veremos que la regla encierra atenuaciones interesantes en el articulado de la ley.

En primer lugar, la parte final del artículo 1903, parcialmente transcrito antes, dice que: *"... La naturaleza del negocio determina la extensión de los poderes para conseguir el objeto del mandato"*.

El precepto es manifiestamente razonable y reitera un criterio que el codificador mostró en el tratamiento de otras situaciones similares, como la del administrador de una sociedad, cuyas facultades dependen del objeto de la entidad y la finalidad que persigue (art. 1691 y su nota).

Deben, de acuerdo a esta norma legal, considerarse comprendidas, dentro de las facultades del mandatario, las necesarias para que pueda llevar adelante la gestión encomendada, sin perjuicio de respetar la interpretación restrictiva de los poderes de aquél, típica de éste contrato.

No obstante, el Código, con notoria muestra de buen sentido, extiende las atribuciones del mandatario cuando éste, mediante una actuación más amplia que la contemplada en el poder, logra beneficiar al mandante en medida mayor que la que hubiese logrado de haberse circunscrito estrictamente a los límites originariamente fijados.

Así surge del artículo 1906: *"No se consideran inapropiados los límites del mandato cuando ha sido cumplido de una manera más ventajosa que la señalada por éste"*.

El artículo fue tomado del 1607 de García Goyena y, de acuerdo a las concordancias del autor español, es semejante al 2980 del Código de Luisiana y al art. 9 del Capítulo 9 del Libro 4 del de Baviera, textos citados por el Codificador en la nota correspondiente, conjuntamente con fragmentos de las Institutas y el Digesto, también mencionados en la fuente.

De lo dicho por García Goyena resulta que, desde el Derecho Romano, no se consideraban excedidos los límites del mandato cuando de ello no se originaba perjuicio para el mandante, interpretación muy amplia del precepto —ya que ni siquiera se exige beneficio para el comitente, sino sólo que no haya perjuicio— y muy atendible, ya que, conforme a una antigua máxima, el interés es la medida de las acciones y, al no haber daño, no habrá responsabilidad a cargo del mandatario.

La aplicación de este modo de pensar sirve para resolver una discusión de larga historia, planteada entre sabianos y proculeyanos, respecto a la solución que debe darse al caso en que el mandatario excede las instrucciones, pero se hace cargo de la diferencia que podría perjudicar al mandante —por ejemplo, pagó diez mil pesos para comprar algo que se le había encargado adquirir en ocho mil, pero se conforma con que el mandante sólo le pague la suma que se le autorizó gastar—, situación que, con razón, los proculeyanos señalaban que no daba base para reclamo alguno del comitente.

Siempre con la finalidad de lograr la ejecución más ventajosa del mandato para el mandante, el Código impone al mandatario la obligación de no realizar los actos que le fueren encomendados cuando hacerlo resultaría perjudicial para el comitente.

Así lo dispone el artículo 1907: *"El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución fuera manifiestamente dañosa al mandante"*.

Esta disposición legal confirma la importancia asignada a la facultad de deliberación del mandatario, quien no debe atender ciegamente a las instrucciones recibidas, sino que, al no estar en una situación de dependencia respecto al mandante, debe ponderar los resultados de la gestión que le ha sido encomendada y desarrollarla en el modo más beneficioso posible para el mandante.

Lógicamente, no debe interpretarse, por ello, que el mandatario puede dejar de cumplir simplemente por estímulos que la realización de los actos encomendados ha de ser negativa para el comitente, sino que ella debe ser *"manifiestamente dañosa"* para él, palabras textuales del artículo, que resultan muy significativas para permitir una correcta interpretación.

Este modo de ver se robustece con lo dispuesto por el artículo 1916: *"El mandatario que se halle en imposibilidad de obstar un arreglo a sus instrucciones, no está obligado a constituirse agente oficioso; le basta tomar las medidas conservatorias que las circunstancias exijan"*.

El redacción del precepto transcrito merece algunas observaciones, pero la intención del legislador aparece claramente reflejada en su texto.

Es imprecisa la expresión "agente oficioso", pero queda claramente de relieve que el mandatario que, sea por imposibilidad de realizar el acto jurídico que le fue encomendado, o por comprobar que su ejecución sería dañosa para el mandante, o por alguna otra razón, se ve impedido de cumplir lo indicado a través del mandato, no está obligado a tomar decisiones que comprometan a su comitente, sino que únicamente debe adoptar las medidas conservatorias del caso y solicitar nuevas instrucciones.

Su facultad deliberativa se manifiesta en la apreciación de cuáles son las medidas que debe tomar, pero, por otra parte, su calidad de persona que obra por cuenta de otro le exige requerir de ésta las decisiones definitivas en cuanto a la ejecución de los actos a realizar, al haber constituido las condiciones tenidas en mira en ocasión de celebrarse el contrato de mandato.

Trao estas normas, que marcan pautas generales relativas a como debe ser ejecutado el mandato, trata el Código una de las situaciones más delicadas: la que se plantea cuando existen intereses contrapuestos entre mandante y mandatario.

Dice, al respecto, el artículo 1908: *"El mandatario no ejecutará firmemente el mandato, si hubiere oposición entre sus intereses y los del mandante, y dará preferencia a los suyos"*.

Respecto a este artículo, algunos autores, como Machado (Tomo V, pág. 322) y Salvat (T. III, N° 1819, pág. 160) opinan que el codificador ha establecido la misma solución consagrada en materia de comodato, vale decir, que debe dar preferencia a los intereses de su comitente frente a los propios, mientras que la interpretación más favorable para el mandatario requiere que éste actúe, en la ejecución de los negocios que le ha encomendado el mandante, con la misma diligencia que emplea en los propios y que, en ningún caso, haga prevalecer sus intereses sobre los del comitente.

Es de notar que, de los dos autores antes citados, aunque entienden de igual modo el precepto transcrito, uno de ellos, el Dr. Salvat, critica la solución legal así entendida y prefiere el criterio enunciado por Pont, en el derecho francés (T. I, N° 998, pág. 551), que toma en cuenta el valor comparativo de las cosas para determinar

cual debe salvar preferentemente el mandatario, con lo cual se aparta de las normas establecidas en materia de comodato, al menos en el texto expreso.

Esta manera de entender el artículo no puede ser cuestionada, ya que se ajusta a los términos expresos de la disposición comentada y a la esencia misma del mandato, contrato típico de confianza, en que la manifestación de voluntad de ambas partes encuentra su fundamento en la fe que el mandatario merece al mandante y en la obligación que aquel tiene de realizar diligentemente los negocios jurídicos encomendados por su comitente.

Sin embargo, cabe destacar que Troplong, cuya obra "Mandat", Nos. 408 y sg., según la referencia de Vélez Sarsfield, fue fuente del artículo 1908, considera que, cuando se trata de un mandato oneroso, la obligación del mandatario es aún más estricta, ya que debe, inclusive, hacer prevalecer los intereses del mandante sobre los propios.

Al respecto, expresa: "Cuando los intereses del comisionista están en oposición con los del comitente, se debe preferencia a los de este último. El mandatario, que aceptó la comisión y así impidió al mandante confiarla a otra persona, estrictamente neutral, ha prometido, de alguna manera, prestar a los intereses de su mandante más atención que a los suyos propios".

Como complemento de lo expuesto, es de señalar que Segovia (T. I, pág. 543) menciona como fuente del artículo en cuestión al artículo 2025, inciso 2º del Código de Prestitos.

Dice allí el autor brasileño: "No ejecutará fielmente el mandato, ... si habiendo oposición entre sus intereses y los del mandante, diera preferencia a los suyos". Y, con su característico sistema de concordancias, menciona luego al artículo 2776, precepto que, en la parte que interesa como elemento interpretativo del antes transcrito inciso 2º, expresa: "El mandatario no debe aceptarlo (al mandato), cuando sus propios intereses, ... estuvieren en oposición a los del mandante ...".

Consideramos que esta rápida consideración de las fuentes del artículo 1908 es suficiente para apreciar su significado y el valor de la obligación impuesta al mandatario, pero puede agregarse que, si se analiza la causa del contrato de mandato, se confirma plenamente el criterio con que el codificador redujo esa norma legal.

El mandato constituye el típico caso de contrato-instrumento o contrato-medio, a través del cual una persona encierranda a otra la realización de uno o varios actos jurídicos por cuenta de aquella y, al hacerlos, obra basada en la confianza que le merece la otra parte, con la intención de obtener que los negocios se efectúen de la manera más conveniente para sus intereses.

El tema de la protección del mandante se complementa con lo establecido en los artículos 1918 y 1919, dedicados respectivamente a resolver situaciones vinculadas con contratos de compra y venta y de préstamo.

Dice el artículo 1918: "No podrá el mandatario, por sí ni por persona interpuesta, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender ni vender de lo suyo al mandante, lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con su aprobación expresa".

Parcialmente, este precepto confirma la incapacidad establecida para el mandatario en el inciso 4º del artículo 1361, que le prohíbe comprar las cosas que el mandante le haya encomendado vender, pero, al mismo tiempo, extiende expresamente la incapacidad de derecho al caso inverso, o sea, a aquel en que se trate de vender bienes suyos al mandante, que le hubiera encargado comprar algún objeto similar al que él está dispuesto a transferirle.

En materia de compra y venta, es evidente que el mismo conflicto de intereses existe en uno y otro de los supuestos mencionados y que, por consiguiente, debe interpretarse que el Código prohíbe al mandatario contratar con su mandante como vendedor al igual que expresamente lo hace en las hipótesis en que fuera comprador, pero es evidente que, para evitar cualquier comprensión errada de las normas legales, fundada en el principio de la interpretación restrictiva de las incapacidades, la mayor amplitud de la regla establecida en el artículo 1918 es digna de elogio y significa una eficaz defensa de la seguridad jurídica.

En cuanto al contrato de compra y venta celebrado en violación de la prohibición dispuesta por el artículo 1918, es evidente que sería nulo, a lo que cabe agregar que la nulidad sería relativa, ya que tiene por finalidad proteger al mandante en el eventual conflicto de intereses que se le plantearía con el mandatario.

Por consiguiente, sería susceptible de confirmación por el poderdante, lo que aparece respaldado por la parte final de la disposición legal en cuestión, que admite la validez del contrato de compra y venta celebrado entre mandante y mandatario, cuando aquel manifestase expresamente su conformidad con la celebración de tal contrato.

La prohibición del artículo 1918 tiene efecto, por consiguiente, respecto a los supuestos en que el mandatario celebre el denominado contrato del representante consigo mismo, en el que actúa, por una parte, a título personal y, por otra, como mandatario de su comitente.

Este tema vuelve a presentarse con relación al artículo 1919, pero aquí la solución no es uniforme, sino que varía según que el preste fondos al mandante o los tome prestados.

Expresa el mencionado precepto legal: *"Si fuese encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interés corriente; pero facultado para dar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí, sin aprobación del mandante"*.

El artículo merece diversos comentarios.

En primer término, conviene subrayar la diferencia de tratamiento que da el Código a la situación que se plantea según que el mandatario obra como mutuante o como mutuario: en el primer caso, reconoce la validez del acto, mientras que, en el segundo, lo menciona con la misma nulidad con que afectó a la compra y venta que tuviera lugar entre mandante y mandatario.

La solución de la ley tiene en cuenta la realidad y muestra el claro criterio del codificador al establecerla: es evidente que si el mandatario desea prestar dinero a su comitente, solo él puede resultar perjudicado en caso de producirse un incumplimiento del deudor, ya que el préstamo debe ser hecho al interés corriente, con lo cual se impide que haya perjuicios para el mandante.

Por el contrario, si se admitiese que el mandatario puede tomar dinero del mandante para sí, es evidente que la insolvencia de aquel redundaría en claro perjuicio del comitente. Además, la facultad deliberativa del mandatario no puede funcionar imparcialmente cuando se trata de juzgar su propia solvencia económica y su fuerza moral para cumplir aún cuando ello le signifique un sacrificio.

Desde otro punto de vista, se trata de una verdadera admisión del contrato del representante consigo mismo, figura que ha dado lugar a justificadas dudas y objeciones, especialmente cuando se la contempla en el momento funcional y aún aceptando que fuese viable en el genérico.

Sin embargo, debe reconocerse que los proyectos de reformas al Código, que tratan a la representación en su parte general por considerar que es una institución de amplio alcance que abarca todo el campo de los actos jurídicos, establecen la prohi-

bición del representante para contratar consigo mismo, con el complemento de la misma excepción consagrada por nuestro Código en el artículo 1919. Así ocurre, por ejemplo con el Anteproyecto de Babiloni, art. 370, y el Proyecto de 1936 art. 190, inc. 2º y 3º y el Anteproyecto de Llamblás, art. 193.

#### b) *Obligación de rendir cuentas.*

La calidad de contrato-medio revestida por el mandato y la nota esencial de actuar el mandatario por cuenta del mandante, constituyen la base de esta obligación impuesta al primero, obligación cuyo cumplimiento puede, en algunas ocasiones, tornarse realmente complejo.

El Código Civil le dedica cinco artículos consecutivos, desde el 1909 hasta el 1913.

Dice el artículo 1909 en la parte pertinente: *"El mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones... al mandante..."*

Inspirado en el artículo 1993 del Código Francés y en el 1611 del Proyecto de García Goyena, este artículo, en los términos transcritos, establece la obligación que comentamos, que se complementa a través del resto de este precepto legal y de los siguientes.

Las expresiones utilizadas por el codificador ponen claramente de manifiesto que se trata del cumplimiento de un deber de información que el mandatario tiene que prestar al mandante con el fundamento de tratarse de negocios de este último, quien tiene, lógicamente, derecho a conocer cómo se conducen o han sido llevados.

La obligación de rendir cuentas nace, estrictamente, al finalizar la gestión del mandatario, pero es evidente que el mandante está facultado para requerirla en cualquier momento, siempre en condiciones razonables, vale decir, por ejemplo, dando al mandatario un tiempo prudencial para que prepare la rendición y la documentación correspondiente.

La característica de contrato de confianza, propia del mandato, aparece dotada de notoria importancia, ya que una rendición de cuentas falsa, equívoca o poco clara puede significar para el mandante la pérdida de la fe que había depositado en el mandatario.

En cuanto al modo en que han de rendirse las cuentas, se ha hecho necesario que la jurisprudencia y la doctrina establezcan algunas normas al respecto, ya que el Código ha guardado silencio.

Es principio admitido que las operaciones sobre las cuales el mandatario informe al mandante, deben ser respaldadas por la documentación pertinente, pero esto debe estar sujeto a una interpretación razonable, ya que, sobre todo en lo atinente a gastos de menor cuantía, es posible que no exista una instrumentación fehaciente.

Por otra parte, el mandatario está facultado para exigir que el mandante deje constancia de la documentación entregada, ya que tiene derecho a adaptar los recaudos necesarios para demostrar el correcto cumplimiento de su obligación.

Esto se refiere al funcionamiento mismo del mecanismo de la rendición de cuentas, el cual, como antes señalamos, es complejo y ha dado lugar a una nutrida elaboración jurisprudencial.

Conforme a lo resuelto por la corriente predominante, así como el mandatario debe justificar los ingresos y egresos producidos mediante los comprobantes correspondientes, si el mandante no se considera satisfecho con el respaldo documentado, tiene derecho de impugnar la rendición, pero, para ello, debe hacerlo a través de observa-

ciones e imputaciones concretas, aptas para descalificar la justificación producida por la otra parte.

Conjuntamente con la rendición de cuentas en sí misma, el mandatario debe entregar al mandante todo aquello que haya recibido de terceros en ejecución de los actos que celebró con ellos y que le fueron encomendados por aquel.

En el artículo 1909, parcialmente transcrito antes, dice el Código que está obligado "... a entregar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aunque lo recibido no se debiere al mandante", frase que concreta la esencia de la obligación que comentamos, cuyo detalle surge de los artículos 1911 y 1912.

El principio reflejado en el 1909 es, en sí mismo, suficientemente significativo para revelar la amplitud de la entrega exigida al mandatario. Los términos "cuanto haya recibido, aunque no se debiere al mandante" no dejan duda alguna.

Esta posición, exigente hacia el mandatario, aparece confirmada en los artículos 1911 y 1912, que desarrollan el precepto de contenido general antes indicado.

Expresa el artículo 1911: "La obligación que tiene el mandatario de entregar lo recibido en virtud del mandato, comprende todo lo que el mandante le confió y de que no dispuso por su cuenta; todo lo que recibió de terceros, aunque lo recibiese sin derecho; todas las ganancias resultantes del negocio que se le encargó; los títulos, documentos y papeles que el mandante le hubiera confiado, con excepción de los cosas e impresiones que el mandante le hubiera restituido o dado".

Y el 1912 dice: "Si por ser ilícito el mandato resultaren ganancias ilícitas, no podrá el mandante exigir que el mandatario se las entregue; pero si, siendo lícito el mandato, resultaren ganancias lícitas por culpa del mandatario, podrá el mandante exigir que se las entregue".

Como puede apreciarse, el artículo 1911 dispone muy precisamente todo lo que debe ser restituido al mandante, en virtud de esta obligación.

Una primera parte, regida por las reglas relativas a las obligaciones de restituir las cosas a su dueño, se refiere a todo aquello que el mandante haya entregado al mandatario con una sola excepción, plenamente justificada y que he de comentar más adelante.

La obligación de restituir comprende todas las cosas, títulos, documentos y papeles que hayan sido entregados por el comitente y que el mandatario haya conservado en su poder, entre los cuales se encuentran comprendidos las cosas y los títulos representativos de derechos que fueron entregados para la realización de los negocios encomendados.

Ningún título tiene el mandatario para conservarlos y, por consiguiente, es razonable que deba entregarlos a su comitente, quien recuperará, así, los fondos que hubiese proporcionado al mandatario y éste no hubiese utilizado o los títulos que, por ejemplo, hubiese debido dar a un deudor del comitente a quien debía cobrar un crédito y respecto al cual no obtuvo el resultado buscado.

También debe entregar al mandante las ganancias resultantes de los negocios que gestionó. Aparte de caracter de título para conservarlas en su poder el mandatario, quien logró esas utilidades obrando por cuenta del mandante, resulta claro que la finalidad que había conducido a éste a celebrar el contrato de mandato comprendía la percepción de las utilidades apreciables en dinero que tales actos produjeran.

Métese señalar que todas estas obligaciones de dar le incumben al mandatario, tanto cuando obra en representación del mandante como, en el caso, opuesto, en que actúa a su propio nombre, vale decir, con la modalidad del mandato oculto, en el cual él mismo queda obligado frente a los terceros con quienes contrata.

Hasta aquí la regulación del deber de restitución está legislado de acuerdo a normas muy simples e inatacables, pero ahora comentaremos lo establecido respecto a los bienes que aquel tuviera en su poder en el momento de rendir cuentas y que hubiese obtenido anormalmente, lo cual merece algunas reflexiones.

En el artículo 1911, se dice expresamente que el mandatario tiene la obligación de entregar al mandante aún aquello que hubiera recibido "sin derecho".

De acuerdo a estas expresiones, cabe interpretar que se trataría de pagos efectuados sin causa o indebidamente por los terceros. Ante tal situación, es evidente que ni el mandante ni el mandatario tienen, en principio, derecho para conservar los bienes entregados por los terceros, pero, no obstante, es necesario, ante la situación de hecho planteada, determinar quien debe tenerlos en su poder con la precariedad que implica haberlos recibido sin título que justifique la recepción.

La solución del Código, al disponer que el mandatario debe entregarlos al mandante, es, en general, correcta, ya que aquel, al recibirlos, no obedeció para sí mismo, sino por cuenta del comitente y, por lo tanto, carece de fundamento para conservarlos en su poder, a lo que debe agregarse que el tercero, si pretendiera recuperarlos, tendría derecho de reclamarlos al mandante, ya que los actos se llevaron a cabo para éste.

Sin embargo, si se tratara de un mandato sin representación, el mandatario habría quedado obligado frente al tercero y, por lo tanto, en este supuesto especial puede sostenerse otra posición.

Pero, esto constituye una situación excepcional, que debería ser motivo de corrección por vía jurisprudencial en caso de plantearse un conflicto entre mandante y mandatario, el que tendría que ser resuelto conforme a las características propias del caso en cuestión.

Lo dispuesto en la parte pertinente del artículo 1911 es desarrollado, con mayor amplitud, en el 1912, que trata de dos situaciones diferentes, aunque conexas entre sí.

Este último precepto establece al comitente que si resultaren ganancias ilícitas "por ser ilícito el mandato", el mandante no podría exigir que el mandatario se las entregue.

La razón de ser de esta disposición es muy clara: si lo acordado entre mandante y mandatario es ilícito, el mandato consentido entre ellos sería nulo por varios motivos: en primer lugar, porque el mandato debe tener por objeto la realización de actos jurídicos y éstos, por definición, deben ser lícitos, y además, por cuanto se trataría de un típico caso de causa ilícita, que invalidaría el contrato.

En tal situación, es evidente la falta de acción del mandante para reclamar cualquier entrega de cosas que el mandatario hubiese recibido en la ejecución de la consención nula.

El Código reproduce aquí la solución estructurada respecto al funcionamiento de las sociedades de objeto ilícito y aplica principios jurídicos sólidos que, además, en el ámbito del mandato, no dan lugar, ordinariamente, a las soluciones injustas que pueden producirse en el campo de las sociedades.

Por el contrario, en su parte final, el artículo 1912 se aparta de lo dispuesto en materia de sociedades para un supuesto que presenta autoría análoga.

En efecto, es sabido que, en una sociedad de objeto lícito, si el administrador obtiene ganancias ilícitas, no se le puede exigir que las entregue a la entidad. Aquí, la orientación del codificador es diferente, ya que faculta al mandante para exigir al mandatario las ganancias ilícitas que se hubiesen producido en la ejecución de un mandato lícito.

En el plano de los principios, parece mejor fundada la solución que niega acción para requerir la entrega de lo obtenido por medios incorrectos, pero es innegable que

conagrar la solución opuesta significaría beneficiar a quien desaprovechó lícitamente su cometido y permitirle ostentar bienes que recibió sin título alguno y cuya obtención habría sido el resultado de una conducta censurable de su parte.

Además, cabe agregar que, en la práctica, al producirse una acción por rendición de cuentas, el mandatario, para no entregar fondos recibidos por cuenta del mandante, debería invocar algún justificativo y, en este supuesto, tal justificativo no existiría, ya que sólo podría fundarse en su propia acción dolosa, lo cual carecería de toda viabilidad conforme a principios fundamentales de inatacable valor jurídico y moral.

El deber de restituir, que integra la obligación del mandatario de rendir cuentas, se complementa con la de pagar intereses por el uso de fondos que hubiese utilizado en provecho propio y por la demora en entregar los pertenecientes al mandante.

Así lo dispone el artículo 1913: *"El mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a uso propio, desde el día que lo hizo y, de las que reste a deber desde que se hubiere constituido en mora de entregarlas"*.

Esta obligación contempla dos situaciones diferentes: por una parte, el pago de intereses por el uso de fondos del mandante utilizados por el mandatario en su propio beneficio y, por otra, el debido en caso de mora en la entrega.

La primera solución se funda en que el mandatario debe obrar por cuenta de su comitente y no con la finalidad de obtener beneficios para sí mismo mediante el empleo de bienes de propiedad de aquel y que le fueron entregados para la realización de actos jurídicos por cuenta del mandante.

La otra solución legal resulta de la aplicación de principios generales sobre la mora: está obligado a entregar lo que pertenece al mandante y, si no lo hace en la oportunidad debida, justo es que sufra las consecuencias e indemnice a su comitente por el retardo en que incurre.

Merced a comentaristas aquí que Salvat (T. III, N° 1831, pág. 1166) señala que los intereses se deben, inclusive, sobre las sumas que el mandatario hubiese percibido en concepto de intereses para su mandante por cuanto ello no constituiría anatocismo, aguda observación dotada de sólido fundamento: tales intereses fueron pagados por el tercero y percibidos por el mandatario, mientras que los que aquí impone el Código son los debidos, precisamente, por el mandatario, que percibió aquellos y para quien integran el conjunto de los bienes pertenecientes al mandante, que debe entregarle.

Para finalizar el comentario de la obligación de rendir cuentas, cabe señalar que nada obsta a que el mandante libere al mandatario de su cumplimiento, liberación que puede pactarse al celebrar el contrato de mandato o posteriormente.

El tema se encuentra dentro del ámbito de la libertad de las partes -específicamente de la voluntad del mandante- y ninguno razón existe para restringirla.

Con claro criterio, el codificador la admitió, pero estableció también, con ponderable sabiduría, que la relevación de rendir cuentas no priva al mandante del derecho de reclamar por el mal cumplimiento de la gestión del mandatario.

Todo esto surge nitidamente del texto del artículo 1910: *"La relevación de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante"*.

Se trata, en suma, de la aplicación correcta de principios relacionados con la naturaleza del mandato y el cumplimiento de las obligaciones: el mandante está facultado para requerir la rendición de cuentas y nada obsta a que renuncie a ese derecho, pero tal renuncia no puede privarlo de reclamar los daños que le hayan resultado por la gestión mal conducida por el mandatario que, al obrar así, habría defraudado la confianza en él depositada y debe reparar las consecuencias de su objetable conducta.

c) *Obligación de responder por los daños que cause el mandatario*

Si las obligaciones anteriormente consideradas configuran el núcleo mismo de los efectos del mandato, la que ahora comentamos implica el ingreso en el campo de la responsabilidad y, por consiguiente, aparece regida por la aplicación de normas generales de esa materia, que encuentran confirmación en el capítulo del Código, específicamente destinado a reglar este deber jurídico.

La ley, además de formular un principio general en la parte final del artículo 1904, desarrolla, más adelante, un cuadro orgánico referido al caso en que existe pluralidad de mandatarios y al modo como ellos deben responder frente al mandante.

La parte del artículo 1904, que se ocupa de este tema, expresa: "El mandatario *ocurre obligado, . . . a . . . responder de los daños o perjuicios que se ocasionaren al mandante por la inobservancia total o parcial del mandato*".

La redacción clara y simple del precepto legal no requiere comentario extenso y basta formular a su respecto algunas breves consideraciones.

Un primer término, surge definitivamente del precepto legal, así como de los principios generales, que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual ya que se origina por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de las obligaciones asumidas por el mandatario al contratar con el mandante.

Establecido este punto de partida elemental, las consecuencias fluyen sin dificultad: el mandatario debe responder cuando haya procedido con dolo o culpa, conforme lo disponen los artículos 506 y 511 del Código.

Para determinar si hay culpa, también hay que recurrir a un precepto incluido en la parte del Código referida a la teoría general de las obligaciones, el tantas veces elogiado artículo 512, que dice que "cumple en la omisión de aquellas diligencias que exige la naturaleza de la obligación y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

Parece conveniente recordar los términos del citado precepto legal por la importancia que adquieren en la ponderación de la conducta del mandatario y, por consiguiente, en la calificación que ella merece.

La naturaleza de la obligación se vincula, en este caso, con el objeto y la causa del contrato: los actos jurídicos que el mandatario debe llevar a cabo y la finalidad perseguida por las partes al contratar. Ellos sirven de pauta para apreciar debidamente el modo de obrar del mandatario y juzgar su desempeño.

A este linamiento general, se agrega, en el mandato, una nota particular: su calidad de contrato de confianza, que obliga a tomar en cuenta fundamentalmente las "circunstancias de persona" del mandatario.

Éste ha sido elegido por el mandante, precisamente, por sus cualidades personales que le han infundido confianza y lo han llevado a encomendarle la realización de actos jurídicos que le interesan.

Por consiguiente, no cabe prescindir de la consideración de tales cualidades para apreciar el obrar del mandatario.

Ante veces que éste no debe preferir, en ningún caso, sus intereses a los del mandante y ello nos permitió concluir que, *por lo menos, debe buscar el máximo diligencia que pone en sus propios negocios y, en algún caso, hasta cabe sostener que debe poner mayor diligencia en la gestión de los negocios del mandante que en los propios.*

Pero, aceptada la primera afirmación, que constituye una regla general, incontrovertible e incontrovertida, es evidente que, para juzgar el desempeño del mandatario, se

hace necesario analizar como hubiera conducido el negocio si hubiese sido suyo y no del mandante.

Y esto obliga, precisamente, a ponderar las otras circunstancias mencionadas en el artículo 512: las de tiempo y lugar.

Cuando el mandatario no obró con la diligencia debida, ponderada sobre la base de estos criterios, debe responder por los daños que su modo de conducir el negocio haya causado al mandante.

Asimismo, si hubiese obrado dolosamente, ello deberá ser tenido en cuenta para medir la amplitud de la indemnización que deberá al mandante, ya que, conforme a lo dispuesto por el artículo 905 del Código, aún las consecuencias casuales de sus actos estarán, en ese caso, a su cargo.

En síntesis: el mandatario responde al mandante, conforme a las reglas de la responsabilidad contractual, o sea, si obró con dolo o culpa y su conducta ocasionó perjuicios al comitente.

No responde, pues, del caso fortuito, salvo una situación particular, contemplada en el artículo 1915, que dice: "*Los daños en dinero que el mandatario tiene en su poder por cuenta del mandante, perecen para el mandatario, aunque sea por fuerza mayor o caso fortuito, salvo que estén contenidos en algún comprobante que en tal caso evince el accidente o la fuerza*".

Como surge de este texto, la excepción está configurada por la primera parte del precepto legal y se basa en que lo que el mandatario tiene en su poder es de su propiedad y, por consiguiente, al producirse el caso fortuito, perece para él.

Ello explica que, conforme a lo dispuesto en la parte final del artículo, si el dinero hubiese sido guardado en caja o saco cerrado, se retorne a la regla general y el mandatario no responda por la fuerza mayor.

La razón de ser de la diversa solución se funda en que, en el último supuesto considerado, al haber sido guardado en el modo indicado, el dinero perdió su fungibilidad, ya que fue individualizado.

Precisamente por ello, el Código, al tratar del contrato de depósito, califica de regular el que tiene por objeto a dinero o una cantidad de cosas consumibles, si el depositante las entregó al depositario en saco o caja cerrado con llave o en un bulto sellado o con algún signo que lo distinga (artículo 2188, inciso 2°).

Esta fundamentación de la solución legislativa, basada en la fungibilidad y consumibilidad del dinero, origina, no obstante su razonabilidad, una duda en cuanto a si sólo debe aplicarse al dinero lo dispuesto por el artículo 1915 o deben ser equiparadas a aquel las demás cosas fungibles y consumibles.

Ciertamente, se trata de una cuestión opinable, pero parece razonable interpretar el tema del modo más favorable al obligado, o sea, al mandatario y, por ende, restringir su obligación de responder en las hipótesis de caso fortuito a los casos en que lo perdido sea dinero.

Creemos que, en el choque entre la aplicación de dos principios igualmente válidos, el basado en las características de las cosas fungibles y consumibles y el fundado en reglas interpretativas, la opción por el último conduce a una solución más equitativa.

Esta posición debe ser ponderada, por otra parte, en cada caso particular, donde corresponderá apreciar las características del caso fortuito invocado.

Como antes señalamos, la ley, además de establecer el principio general en el artículo 1904, estructura un sistema orgánico para reglar la responsabilidad cuando hay pluralidad de mandatarios.

Como ocurre generalmente en el campo del Derecho Civil, en principio la responsabilidad de los mandatarios es simplemente mancomunada, como surge de lo dispuesto en el artículo 1920: "*Cuando se mandato ha sido dado a varias personas conjuntamente, no hay solidaridad entre ellas...*".

Nada obsta, sin embargo, a que las partes opten por otra solución y convengan que los mandatarios responderán solidariamente, como lo establece, en su parte final el mismo artículo 1920, que expresa que no hay solidaridad entre los mandatarios, "*si menos de una convención en contrario*".

En este último supuesto, la solidaridad nace de un acuerdo entre las partes, fundado en la autonomía de sus voluntades, conforme al artículo 1197 y nada puede invocarse para cuestionar la validez de esa convención.

Tras haber fijado la amplitud de la responsabilidad que corresponde a los diversos mandatarios cuando hay pluralidad, el Código desarrolla la solución en los artículos siguientes.

Por razones de método, preferimos apartarnos del orden seguido por el Código al tratar la cuestión y comentar, primeramente, la hipótesis general, o sea, la relativa a la responsabilidad simplemente mancomunada.

A ella le dedica Vélez Sarsfield los artículos 1922 y 1923, en el primero de los cuales especifica los hechos que originan la responsabilidad y en el segundo las consecuencias de la misma.

Dice el artículo 1922: "*Cuando la solidaridad no ha sido estipulada, cada uno de los mandatarios responde sólo de las faltas o de los hechos personales*".

De acuerdo a este precepto, el obrar de cada uno de los mandatarios debe ser juzgado individualmente, de manera que la conducta culpable de uno de ellos no incide en los demás ni los hace responsables por los daños experimentados por el mandante.

Es una solución justa y perfectamente adecuada a las normas que rigen la responsabilidad civil y las obligaciones simplemente mancomunadas.

El mismo criterio inspira la solución del Código en lo atinente a la determinación de las indemnizaciones que se debiesen al mandante.

En efecto, el artículo 1923 expresa: "*Respecto a las pérdidas e intereses que se debieren por la inexecución del mandato, cada uno de los mandatarios no está obligado sino por su porción vital; pero, si según los términos del mandato conferido a muchas personas, el uno de los mandatarios no pudiese obrar sin el concurso de los otros, el que se hubiere negado a cooperar a la ejecución del mandato, será único responsable por la inexecución del mandato, de todas las pérdidas e intereses*".

El precepto se refiere al supuesto en que hay perjuicios y corresponde indemnizarlos y comienza por establecer una regla general: la reparación debe ser afrontada por todos los mandatarios en forma igualitaria, o sea, dividiendo entre todos el monto de la indemnización a pagar, de manera que se mantiene la aplicación de las reglas propias de las obligaciones simplemente mancomunadas.

Parece que con lo dispuesto en el artículo 1922 y la primera parte del 1923 está debidamente resuelto el tema, pero el codificador no lo considera así y prefiere aclarar qué sucede cuando el daño se origina en un mandato conjunto —en que los mandatarios no pueden obrar el uno sin el otro— por haberse negado uno de ellos a colaborar en la realización de la gestión encomendada.

Reitera, por ello, su manera de pensar y hace exclusivamente responsable del daño a quien incurrió en incumplimiento al negarse a colaborar, mientras que libera a los demás, que nada pudieron hacer para actuar y, consiguientemente, evitar el daño. De este modo admite al hecho del tercero —el comandatario renuente— como causal de exoneración de sus obligaciones mancomunadas.

El mismo sentido de responsabilidad individual de los mandatarios y ponderación de la conducta de cada uno, es aplicado aún en el caso de existir solidaridad, sin que ello implique, naturalmente, dejar de lado las características propias de las obligaciones solidarias.

El tema está tratado en el artículo 1921, que dice: "*Cuando la solidaridad ha sido estipulada, cada uno de los mandatarios responde de todas las consecuencias de la ejecución del mandato, y por la consecuencia de los hechos cometidos por sus comandatarios; pero en este último caso el acto de los mandatarios no es responsable de lo que el otro hiciera desobediendo los límites del mandato*".

La parte inicial del precepto responde perfectamente a la aplicación de las reglas de la solidaridad y no requiere comentario alguno: precisamente, al pactarla, el mandante ha querido que todos los mandatarios respondan plenamente por cualquier falla en la ejecución de los negocios que les fueron encomendados y así lo resuelve el legislador.

Pero, tampoco deja el Código de lado la situación de quienes asumieron una responsabilidad solidaria: ésta se fundamenta en la voluntad manifestada al contratar y, por ende, debe funcionar dentro de lo establecido en el acto contractual. Por ello, si uno de los comandatarios excede los límites de las facultades contractualmente fijadas, no sería justo que eso recayera sobre quienes, al obligarse tan severamente, lo hicieron sobre la base de las estipulaciones del contrato. Más allá de ellas, cabe sostener que no se trata de una responsabilidad contractual, sino que sería extrcontractual y debe ser afrontada por quien causó el daño.

#### *d) Obligación de ajustarse a las normas establecidas en caso de sustitución del mandato*

Las obligaciones del mandatario anteriormente comentadas tienen carácter general: el mandatario siempre debe ejecutar debidamente la gestión encomendada, debe rendir cuentas y debe indemnizar los perjuicios que origine su obra dolosa o negligente.

Por el contrario, la obligación que ahora comentamos se relaciona con una situación especial: la que se plantea cuando el mandatario substituye en otra persona el poder que le otorgó el mandante.

La substitución consiste, en su esencia, en un verdadero mandato, celebrado entre el mandatario y la persona a quien él confiere el poder otorgado por el mandante.

Cabe calificar a la figura como un submandato, vale decir, un típico contrato derivado.

De esta calificación, resulta algunas consecuencias jurídicas importantes: el mandatario sólo puede dar al substituto facultades que estuvieran incluidas en su propio poder, ya el ámbito de su actuación no puede exceder los límites del mandato primitivo, es decir, el fijado por el mandante, por cuya cuenta actúan tanto el mandatario como quien lo substituye.

Se suman para conformar esta solución dos normas de diferente extensión: por una parte, el principio del artículo 3270, según el cual nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso que el que tiene y, por la otra, la causa fin del mandato, que está reglada por la consideración del interés que haya motivado su otorgamiento.

Por otra parte, son de aplicación, por consiguiente, las normas vigentes en materia de mandato: capacidad de las partes, formación del consentimiento, objeto, causa, efectos y finalización.

Establecidas estas bases, procedemos a analizar el régimen estructurado respecto a este tema por nuestro Código Civil.

De acuerdo a la amplitud con que Vélez Sarsfield trató al contrato y a la transmisión de derechos en general, la ley adopta una actitud permisiva en materia de sustitución del mandato y, como principio, faculta al mandatario para hacerla.

Lógicamente, por aplicación de los preceptos que rigen el contrato, cuya aplicabilidad venimos de hacer resaltar, las partes pueden, de común acuerdo, convenir una prohibición de sustituir, que sería obligatorio respetar, ya que la cuestión cabe en el ámbito de la autonomía de sus voluntades.

La facultad acordada al mandatario se encuentra en la parte inicial del artículo 1924: *"El mandatario puede substituir en otro la ejecución del mandato. . ."*

Efectuada la sustitución y de acuerdo a lo antes expresado, los efectos entre el mandatario y el substituido son los de todo contrato de mandato, como lo determina el artículo 1928: *"Las relaciones entre el mandatario y el substituido por él, son regidas por las mismas reglas que rigen las relaciones del mandante y mandatario"*.

Esta disposición legal, inspirada en Aubry y Rau, regla, por consiguiente, el tema en forma correcta. Sin duda, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, es conveniente haber incluido un precepto que trate expresamente la cuestión, aún cuando la aplicación de los principios generales hubiera conducido a idéntica solución.

Precisamente, por estar regidas las relaciones entre mandatario y substituido por las reglas del mandato, existe la facultad de revocación que la ley acuerda al primero, al comienzo del artículo 1925: *"Antes que el mandatario haya substituido sus poderes, puede revocar la sustitución cuando lo quiere convenientemente. . ."*

En sus relaciones con el mandante, el mandatario, que sustituyó el poder, debe obrar conforme a la obligación que tiene de ejecutar debidamente el mandato, ya que la sustitución no lo libera de sus deberes hacia su comitente.

A raíz de ello, la sustitución le crea una obligación y una responsabilidad especiales.

La primera consiste en el control que debe ejercer respecto al modo como el substituido ejerce sus poderes, control que puede llevarlo a la corrección de estar frente a una conducción de los negocios perjudicial para el mandante, caso en el cual debe ejercer la facultad de revocación antes mencionada.

El deber que analizamos está establecido en la parte final del artículo 1925, el mismo que le confiere el derecho de revocar la sustitución. Dice la parte final del citado precepto legal: *... Asimismo ella (la sustitución) impone, en de su obligación la vigilancia en el ejercicio de los poderes conferidos al substituido"*.

La responsabilidad está impuesta por el artículo 1924, después de haber reconocido la facultad natural de sustituir el mandato. Dice: *"El mandatario puede substituir en otro la ejecución del mandato; pero responde de la persona que ha substituido, cuando no ha recibido el poder de hacerlo, o cuando ha recibido este poder, sin designación de la persona en quien pueda substituir, y haberse elegido un individuo notoriamente incapaz o insolvente"*.

La responsabilidad establecida por el Código es consecuencia de la facultad de sustituir, acordada al mandatario, y de la potestad deliberativa de éste, ya que, merced a ella, puede elegir la persona del substituido, de manera de proteger adecuadamente los intereses de su comitente.

La solución es la misma para los dos supuestos comprendidos en el artículo: el caso en que nada se ha dicho sobre la sustitución y el caso en que se acuerda expresamente ese derecho al mandatario, sin indicarle quien debe ser el substituido.

Fácil es advertir que, en ambos supuestos, tiene cabida la consideración de la mencionada potestad deliberativa.

Precisamente, por haber usado mal de esa facultad, como resultado de lo cual se produce un perjuicio al mandante, el mandatario debe reparar los daños experimentados por aquel. Para respaldar esta solución legislativa, se añaden, pues, las reglas relativas a dos obligaciones del mandatario antes comentadas: la de ejecutar debidamente el mandato y la de reparar los daños causados, por su culpa, al comitente.

De la redacción del artículo 1924, se infiere la viabilidad de otra situación, aquella en que el mandante acuerda al mandatario la facultad de substituir, pero, además, le indica quien debe ser el substituto.

Naturalmente, en tal supuesto, la responsabilidad del mandatario se atenúa considerablemente, ya que carece de potestad deliberativa respecto a la elección de la persona que ha de desempeñarse como submandatario.

Como consecuencia de esta diferencia, sólo nacería responsabilidad para el mandatario si, teniendo conocimiento de la ineptitud de la persona indicada por el mandante para substituirlo, procediera igualmente a la substitución. Sería así sobre la base de su obligación de abstenerse de cumplir las instrucciones recibidas cuando, si las siguiera, se originarían perjuicios para el comitente.

Aun cuando no se refieren estrictamente a obligaciones del mandatario, conviene recordar, por corresponder al tema de la substitución, que el Código acuerda acción directa al mandante contra el substituto y a éste contra aquél.

Esta solución se ajusta exactamente a las establecidas en materia de locación de cosas, entre el primitivo locador y el sublocatario y, en la locación de obra, entre el dueño de la obra y quienes pusieron su trabajo o materiales en la misma.

Q sea, que constituye una equitativa y correcta solución, que cubre el ámbito general de los contratos derivados.

Los artículos dedicados a esta cuestión son el 1926 y el 1927, que respectivamente expresan: "*El mandante en todos los casos tiene una acción directa contra el substituido, pero sólo en razón de las obligaciones que éste hubiere contraído por la substitución; y recíprocamente el substituido tiene acción contra el mandante por la ejecución del mandato*". Y: "*El mandante tiene acción directa contra el substituido sólo en caso de culpa que éste hubiere cometido, fuera responsable de los daños e intereses*".

Sólo hemos de formular dos observaciones muy breves referidas a estos artículos.

La primera es terminológica: el codificador usa, aquí como en otros artículos, la expresión substituido, pero parece más correcto hablar de substituto.

Y la segunda: el artículo 1927 contempla el caso en que el mandante ha debido indemnizar a un tercero perjudicado por culpa o dolo del substituto y, lógicamente, le acuerda el derecho de hacer valer su acción de responsabilidad contra el submandatario, mediante una acción directa, procedimiento cuya admisión por el codificador es, sin duda, digna de elogio.

*e) Obligación del mandatario de responder por el incumplimiento de los deudores cuando garantiza su solvencia*

Esta última obligación del mandatario reviste un carácter muy especial, ya que sólo hace, como elemento accidental, mediante un pacto expreso celebrado entre mandante y mandatario.

Este, en general, no responde por la solvencia de las personas con quienes negocia, pero, conforme a los principios generales del contrato, puede a través de un pacto adicional al mandato, obligarse a respaldarla.

En esta situación, el Código interpreta que se trata de la constitución de una garantía personal, una verdadera fianza e, inclusive, la califica dentro de la especie más gravosa, la del principal pagador.

Así lo dispone el artículo 1914, cuya fuente es el Código Civil de Chile: *"El mandatario puede, por un pacto especial, asumir sobre sí la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y combates del crédito; constituyéndose desde entonces principal deudor para con el mandante, e con él su cuenta hasta los casos fortuitos y de fuerza mayor"*.

Se trata de una disposición realmente exigente para el mandatario, quien debe reflexionar seriamente antes de asumir una obligación de esta especie.

Para pensar así, basta considerar que responde inclusive del caso fortuito y que queda en la posición de un fiador principal pagador, el cual, si bien se obliga siempre accesoriamente, puede ser demandado por su acreedor -en este caso, el mandante- sin necesidad siquiera de intentar el pago al deudor principal, o sea, como si se tratase de un codudor solidario.

En realidad, puede afirmarse que muy difícilmente se contrata un pacto de esta especie en un mandato gratuito y que, en la práctica, sólo tiene lugar en mandatos onerosos.

Al respecto, merece recordarse un comentario de Segura (T. I, pag. 520, nota 51) quien señala que frecuentemente lo realizan los marítimos, quienes cobran "una prima de comisión y otra de garantía".



Impreso en Graficas S.R.L.  
Avenida. Graf. Poca 435  
Barraco - Bt. Az.





**División de Administración - Departamento de  
Publicaciones de la FACULTAD DE DERE-  
CHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS  
AIRES, Av. Figueroa Alcorta 2263 - Cor. Puro-  
Buenos Aires - REPÚBLICA ARGENTINA.**