TRATADO DE DERECHO CIVIL - CONTRATOS
Tomo II

Borda, Guillermo A.
Abeledo-Perrot 1999

ÍNDICE

CONTRATO DE TRABAJO Y FIGURAS AFINES

CAPÍTULO XVIII - CONTRATO DE TRABAJO

§ 1.- Conceptos generales

A.- DEFINICIÓN Y DISTINCIÓN CON OTROS CONTRATOS

§ 2.- Contratos de servicios

A.- SERVICIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES

B.- SERVICIOS MÉDICOS

C.- SERVICIOS DE ARQUITECTOS, INGENIEROS Y AGRIMENSORES

§ 3.- Contratos deportivos

LOCACIÓN DE OBRA Y CONTRATOS AFINES

CAPÍTULO XIX - LOCACIÓN DE OBRA (CONTRATO DE OBRA)

§ 1.- Conceptos generales

A.- FORMACIÓN DEL CONTRATO

B.- DISTINTOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN DE OBRAS

CAPÍTULO XX - OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO Y DEL DUEÑO

§ 1.- Obligaciones del empresario

A.- OBLIGACIÓN DE EJECUTAR LA OBRA

B.- OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LA COSA EN EL PLAZO CONVENIDO

C.- OBLIGACIÓN DE PERMITIR EL CONTRALOR DEL DESARROLLO DE LA OBRA POR EL DUEÑO

D.- RESPONSABILIDAD FRENTE AL DUEÑO

E.- OBLIGACIÓN DE CUSTODIA

§ 2.- Obligaciones del dueño o comitente

A.- OBLIGACIÓN DE COOPERACIÓN

B.- PAGO DEL PRECIO

C.- OBLIGACIÓN DE RECIBIR LA OBRA

D.- OBLIGACIÓN CONDICIONAL DE PAGAR A LOS OBREROS Y PROVEEDORES DE MATERIALES CONTRATADOS POR EL EMPRESARIO

§ 3.- Responsabilidad de las partes ante terceros

CAPÍTULO XXI - CESIÓN Y FIN DEL CONTRATO DE OBRA

§ 1.- Cesión y subcontratación

A.- POR EL EMPRESARIO

B.- CESIÓN DEL CONTRATO POR EL COMITENTE

§ 2.- Fin del contrato

A.- CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

B.- DESISTIMIENTO DEL DUEÑO

C.- MUERTE, DESAPARICIÓN Y FALENCIA DEL EMPRESARIO

D.- IMPOSIBILIDAD DEL EMPRESARIO DE HACER O TERMINAR LA OBRA

E.- INEJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES POR UNA DE LAS PARTES

F.- VOLUNTAD UNILATERAL DE LAS PARTES EN LAS OBRAS ENCARGADAS POR PIEZAS O MEDIDAS

CAPÍTULO XXII - CONTRATOS AFINES

§ 1.- Contrato de edición

A.- NOCIONES GENERALES

B.- EFECTOS

C.- CESIÓN DEL CONTRATO

D.- FIN DEL CONTRATO

§ 2.- Contrato de representación pública

A.- GENERALIDADES

B.- EFECTOS DEL CONTRATO

C.- FIN DEL CONTRATO

D.- EL CONTRATO CON LOS INTÉRPRETES

§ 3.- Contrato de espectáculo

§ 4.- Contrato de publicidad

SOCIEDAD

CAPITULO XXIII - SOCIEDAD

§ 1.- Generalidades

§ 2.- Objeto

A.- OBJETO ILÍCITO

B.- SOCIEDADES ILÍCITAS

C.- ACTIVIDADES ILÍCITAS DE MIEMBROS DE SOCIEDADES LÍCITAS

§ 3.- Formación del contrato

A.- CAPACIDAD

B.- ESTIPULACIONES PROHIBIDAS

C.- FORMA Y PRUEBA

§ 4.- Los aportes

CAPÍTULO XXIV - VIDA DE LA SOCIEDAD

§ 1.- De los socios

§ 2.- Administración de la sociedad

A.- ADMINISTRACIÓN PREVISTA EN EL CONTRATO

B.- ADMINISTRACIÓN NO PREVISTA EN EL CONTRATO

C.- ALCANCE DE LOS PODERES DEL SOCIO ADMINISTRADOR

§ 3.- Obligaciones de los socios respecto de la sociedad

A.- OBLIGACIÓN DE HACER LOS APORTES PROMETIDOS

B.- GARANTÍA POR EVICCIÓN

C.- GARANTÍA POR VICIOS REDHIBITORIOS

D.- DEBER DE FIDELIDAD

§ 4.- Derechos de los socios

A.- REEMBOLSO DE ANTICIPOS Y REINTEGRO DE PÉRDIDAS

B.- BENEFICIO DE COMPETENCIA

C.- ASOCIACIÓN DE UN TERCERO A SU PARTE

D.- DERECHO A LA EXCLUSIÓN DEL CONSOCIO

E.- DERECHO A RENUNCIAR A LA SOCIEDAD

G.- PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

H.- DERECHO DE USAR LAS COSAS DE LA SOCIEDAD

I.- OTROS DERECHOS

§ 5.- Derechos y obligaciones de la sociedad y de los socios respecto de terceros

A.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD FRENTE A TERCEROS

B.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS RESPECTO DE TERCEROS

CAPÍTULO XXV - FIN DE LA SOCIEDAD. SOCIEDADES DE HECHO

§ 1.- Disolución de la sociedad

A.- CAUSALES

B.- QUIÉNES PUEDEN PEDIR LA DISOLUCIÓN

C.- EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN

§ 2.- Liquidación y partición

§ 3.- Sociedades irregulares o de hecho

DONACIÓN

CAPÍTULO XXVI - DONACIÓN

§ 1.- Nociones generales

§ 2.- Elementos del contrato

A.- CONSENTIMIENTO

B.- CAPACIDAD

C.- OBJETO

D.- FORMA

E.- PRUEBA

§ 3.- Efectos de las donaciones

A.- OBLIGACIONES DEL DONANTE

B.- OBLIGACIONES DEL DONATARIO

§ 4.- Diversas clases de donaciones

A.- DONACIONES POR CAUSA DE MUERTE

B.- DONACIONES MUTUAS

C.- DONACIONES REMUNERATORIAS

D.- DONACIÓN CON CARGO

§ 5.- Donaciones entre cónyuges

§ 6.- Inoficiosidad de las donaciones

§ 7.- Reversión de las donaciones

§ 8.- Revocación de las donaciones

A.- REVOCACIÓN POR INEJECUCIÓN DE LOS CARGOS

B.- REVOCACIÓN POR INGRATITUD

C.- REVOCACIÓN POR SUPERNACENCIA DE HIJOS

MANDATO

CAPÍTULO XXVII - MANDATO

§ 1.- Nociones generales

§ 2.- Formación del contrato

A.- EL CONSENTIMIENTO

B.- FORMA Y PRUEBA

C.- CAPACIDAD

§ 3.- Objeto

§ 4.- Extensión del mandato

§ 5.- Pluralidad de contratantes

A.- PLURALIDAD DE MANDATARIOS

B.- PLURALIDAD DE MANDANTES

§ 6.- Obligaciones del mandatario

A.- EJECUCIÓN DEL MANDATO

B.- RENDICIÓN DE CUENTAS

C.- RESPONSABILIDAD DEL MANDATARIO

§ 7.- Sustitución del mandato

A.- EFECTOS

§ 8.- Obligaciones del mandante

A.- OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR LOS MEDIOS PARA LA EJECUCIÓN DEL MANDATO

B.- OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR LAS PÉRDIDAS

C.- OBLIGACIÓN DE LIBERAR AL MANDATARIO

D.- OBLIGACIÓN DE RETRIBUIR EL SERVICIO

E.- DERECHO DE RETENCIÓN DEL MANDATARIO

§ 9.- Efectos del mandato con relación a terceros

A.- CONTRATOS REALIZADOS A NOMBRE DEL MANDANTE

B.- MANDATO OCULTO

§ 10. Terminación del mandato

A.- CAUSAS

B.- EFECTOS DE LA CESACIÓN DEL MANDATO

CAPÍTULO XXVIII - GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS SIN MANDATO

§ 1.- Conceptos generales

§ 2.- Obligaciones del gestor

§ 3.- Obligaciones del dueño del negocio

§ 4.- Ratificación de la gestión

§ 5.- Relaciones con terceros

§ 6.- Comparación con otras instituciones

§ 7.- Empleo útil

FIANZA

CAPÍTULO XXIX - FIANZA

§ 1.- Nociones generales

§ 2.- Elementos del contrato

A.- SUJETOS

B.- OBJETO

C.- FORMA Y PRUEBA

§ 3.- Distintas clases de fianzas

A.- FIANZA CONVENCIONAL

B.- FIANZA LEGAL Y JUDICIAL

C.- FIANZA CIVIL Y COMERCIAL

§ 4.- Efectos de la fianza

A.- ENTRE FIADOR Y ACREEDOR

B.- RELACIONES ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR

C.- RELACIONES ENTRE LOS COFIADORES

D.- EFECTOS ENTRE DEUDOR Y ACREEDOR

§ 5.- Extinción de la fianza

A.- EXTINCIÓN POR VÍA DE CONSECUENCIA

B.- EXTINCIÓN DIRECTA

CONTRATOS ALEATORIOS

CAPÍTULO XXX - JUEGO Y APUESTA

§ 1.- Nociones generales

§ 2.- Efectos

A.- APUESTAS QUE CONFIEREN ACCIÓN (JUEGOS TUTELADOS)

B.- APUESTAS QUE NO CONFIEREN ACCIÓN (JUEGOS NO PROHIBIDOS)

C.- JUEGOS PROHIBIDOS

D.- JUEGOS DE BOLSA

E.- LOTERÍAS Y RIFAS

F.- SUERTE NO EMPLEADA COMO JUEGO O APUESTA

CAPÍTULO XXXI - RENTA VITALICIA

I. CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA

§ 1.- Nociones generales

A.- LAS PARTES

B.- OBJETO

§ 2.- Formación del contrato

§ 3.- Efectos

A.- OBLIGACIONES DEL ACREEDOR DE LA RENTA

B.- OBLIGACIONES DEL DEUDOR DE LA RENTA

C.- EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS

§ 4.- Fin del contrato

II. CONTRATO GRATUITO DE RENTA VITALICIA

DEPÓSITO

CAPÍTULO XXXII - DEPÓSITO

§ 1.- Nociones generales

§ 2.- Formación del contrato

A.- CAPACIDAD

B.- CONSENTIMIENTO

C.- FORMA Y PRUEBA

§ 3.- Efectos

A.- OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO EN EL DEPÓSITO REGULAR

B.- OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO EN EL DEPÓSITO IRREGULAR

C.- OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE

§ 4.- Fin del depósito

§ 5.- Depósito necesario

§ 6.- Depósitos en hoteles o posadas

§ 7.- Contrato de garaje

PRÉSTAMOS

CAPÍTULO XXXIII - PRÉSTAMOS

I. MUTUO O PRÉSTAMO DE CONSUMO

§ 1.- Nociones generales

§ 2.- Efectos

A.- OBLIGACIONES DEL MUTUANTE O PRESTAMISTA

B.- OBLIGACIONES DEL MUTUARIO

II. COMODATO O PRÉSTAMO DE USO

§ 1.- Nociones generales

§ 2.- Formación del contrato

§ 3.- Efectos

A.- OBLIGACIONES DEL COMODANTE

B.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL COMODATARIO

§ 4.- Fin del comodato

FIDEICOMISO

CAPÍTULO XXXIV - FIDEICOMISO

I. CONTRATO DE FIDEICOMISO

§ 1.- Nociones generales

§ 2.- Efectos del fideicomiso

§ 3.- Extinción del fideicomiso

II. FIDEICOMISO FINANCIERO

CONTRATO DE TRABAJO Y FIGURAS AFINES

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111012830
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111012830

1110/12830

CAPÍTULO XVIII - CONTRATO DE TRABAJO (ver nota 1)

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111012840
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111012840

1110/12840

§ 1.— Conceptos generales

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111012850
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111012850

1110/12850

A.— DEFINICIÓN Y DISTINCIÓN CON OTROS CONTRATOS

1110/973

973. CONCEPTO.— Hay contrato de trabajo cuando una persona se obliga a prestar a otra, bajo su dirección y dependencia, un servicio personal y la otra a pagarle por ese servicio un

precio en dinero. En esta definición quedan precisados los rasgos fundamentales del contrato: una de las partes se obliga a prestar un trabajo personal y se obliga a prestarlo bajo la dependencia de la otra. Según hemos de verlo más adelante, estos caracteres permiten distinguirlo de la locación de obra, aunque debemos decir desde ya que existe una zona intermedia en la que la línea demarcatoria de ambos contratos pierde su nitidez conceptual.

La retribución se llama salario (que ordinariamente se fija por día de trabajo) o sueldo (que generalmente se fija por mes). El quantum de la retribución está por lo común referido al tiempo de los servicios, pero puede vincularse también con el resultado del trabajo (trabajo a destajo o premios a la productividad); también suele reconocerse un adicional en concepto de cargas de familia, que nada tiene que ver con el rendimiento del obrero sino con sus necesidades subjetivas. No es incompatible con la relación laboral el reconocimiento de una participación en los beneficios de la empresa, ni el pago de comisiones o porcentajes sobre los negocios concluidos. Por último, hay que agregar que el patrón o empleador suele asumir ciertas obligaciones accesorias, pagaderas en especie; tal, por ejemplo, la asistencia médica o farmacéutica de los trabajadores.

1110/974

974. TERMINOLOGÍA.— Siguiendo la tradición romanística, nuestro Código llama a este contrato locación de servicios, locatario, arrendatario o inquilino al que contrata el servicio y paga su precio y locador o arrendador al que lo presta (art. 1493 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_36.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1493). Es una terminología anacrónica, basada en circunstancias históricas desaparecidas; su supervivencia en el derecho moderno es un fenómeno sorprendente.

En el derecho romano primitivo era natural que se denominase locación al contrato por el cual se arrendaba una cosa o se prometía un servicio. Porque el servicio lo prestaba un esclavo; éste era una propiedad de su dueño, quien lo alquilaba como quien alquila una cosa. Pero aplicado al hombre libre, esa denominación carece ya de sentido (ver nota 2). Nada hay tan impropio y equívoco como aplicar el mismo nombre a dos contratos tan diferentes como aquel por el cual se entrega en arrendamiento una cosa y aquel por el cual una persona se compromete a trabajar para otra. Nuestro Código envuelve ambos contratos no ya en una terminología común sino hasta en una definición común, definición en la que la única distinción consiste en la sustitución de la palabra cosa por servicio (art. 1493 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_36.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1493).

Si la denominación de locación de servicios resulta hoy difícil de digerir, mucho más lo es llamar locatario al empleador y locador al trabajador. Estas palabras no traducen ya la idea que se quiere expresar; y con razón han sido abandonadas por todas las leyes modernas.

1110/975

975. IMPORTANCIA DE ESTE CONTRATO.— El contrato de trabajo no sólo constituye en nuestros días el vértice en que se apoya principalmente la producción y la economía, sino que su regulación se vincula con la justicia distributiva, la paz social y aun con la misma organización política del Estado. Ha trascendido del orden privado al público.

Se comprende así que se haya producido un verdadero estallido de la noción románica de la locación de servicios. Hoy, este contrato, al que VÉLEZ dedicó tan sólo 6 de los 4051 artículos del Código, está regulado por la ley 20744 (con las modificaciones introducidas por la ley 21297) que constituye un verdadero código de 302 artículos (ver nota 3). Más aún: en la gran mayoría de los casos el contrato directo e individual ha sido reemplazado por los contratos colectivos de trabajo, a los cuales deben ajustarse empleadores y trabajadores y en los que se fija minuciosamente los derechos y deberes de las partes, horarios de trabajo, remuneraciones, ascensos, indemnizaciones, despido, etcétera. Ordinariamente la autonomía de los contratantes se limita a prestar el consentimiento para establecer la relación laboral; todo lo demás está regido por los contratos colectivos o las leyes especiales.

1110/976

976. CARACTERES.— El contrato de trabajo tiene los siguientes caracteres:

a) Es consensual, queda concluido por el simple consentimiento y no está sujeto a ninguna formalidad. Y se mantiene esta característica aun en el caso de que el servicio deba ser prestado en la cosa que una de las partes debe entregar, como ocurriría si los servicios fueran de cuidado y conservación de una cosa.

b) Es oneroso, es verdad que nada se opone a que una persona preste servicios gratuitos a un tercero y más aún, esta gratuidad está presumida por la ley en ciertos casos; pero esto no sería ya un contrato de trabajo sino una liberalidad.

c) Es conmutativo, porque las contraprestaciones recíprocas se presumen equivalentes.

1110/977

977. PARALELO CON OTROS CONTRATOS AFINES.— El contrato de trabajo asume modalidades muy variadas, que a veces le quitan tipicidad y hacen más difícil la tarea de deslindar su concepto en relación a otros contratos afines.

1110/978

978. a) Con la locación de obra (ver nota 4).— La mayor dificultad se presenta en su comparación con la locación de obra. En ambos casos, en efecto, una de las partes promete un trabajo a cambio de una remuneración en dinero. ¿Cuál es entonces el criterio que permite distinguir estos contratos? Digamos desde ya que el problema tiene la mayor

importancia práctica, porque el régimen legal de ambos difiere fundamentalmente: 1) En caso de ruptura del contrato por quien lo retribuye, el patrón sólo debe pagar el trabajo realizado (más una indemnización por preaviso y despido), en tanto que el que encargó la obra debe pagar toda la utilidad que el empresario debía obtener de la obra completa (art. 1638 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_39.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1638). 2) Los riesgos de la cosa están a cargo del empresario y si ella se destruye por caso fortuito, el empresario no tiene derecho a reclamar la retribución, a no ser que haya mora en recibirla o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales (art. 1630 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_38.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1630); en el contrato de trabajo los riesgos están a cargo del patrón o empleador. 3) El patrón o empleador responde frente a terceros por el hecho de sus obreros o empleados (art. 1113 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_28.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1113), en tanto que el dador de la obra no responde por los hechos del empresario. 4) En caso de concurso o quiebra, los obreros o empleados tienen un privilegio general para el pago de los últimos 6 meses de sueldo, de las indemnizaciones por preaviso, despido y accidentes del trabajo, y fondo de desempleo (art. 268 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_20744.HTM&iid=AR_LA001 - Art_268, ley 20744). 5) La acción para reclamar el pago del precio en la locación de obra se prescribe por diez años (art. 4023 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_87.HTM&iid=AR_LA001 - Art_4023), dado que no hay plazos especiales; en cambio, la derivada del contrato de trabajo prescribe a los dos años (art. 256 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_20744.HTM&iid=AR_LA001 - Art_256, ley 20744); también tienen plazos de dos años las acciones de los abogados, escribanos, médicos y agentes de negocios (art. 4032 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_87.HTM&iid=AR_LA001 - Art_4032).

1110/979

979.— Veamos ahora cuáles son los criterios sostenidos en doctrina para fundar la distinción entre ambos contratos:

1) De acuerdo con un primer criterio, la distinción entre ambos contratos debe fincarse en el modo de retribución; si la remuneración se paga en relación al tiempo de duración del trabajo, hay contrato de trabajo; si se paga en relación a la obra, por pieza o a destajo, hay locación de obra (ver nota 5). En el primer caso, la obligación del trabajador sería divisible; en el segundo, indivisible. A poco que se examine el problema, se advierte la falsedad de este criterio. La forma de la remuneración es un elemento accesorio del contrato, incapaz por sí solo de modificar su naturaleza. El precio estipulado por pieza se calcula habitualmente sobre la base de lo que ganaría en jornales un hombre que trabajara con diligencia; en el fondo no es sino un procedimiento ideado por los patrones para protegerse contra la pereza de la mano de obra. Si se piensa que la principal razón de la distinción de

estos contratos es la necesidad de proteger al obrero, ¿por qué se protegería más al pagado por jornadas que al pagado por piezas (ver nota 6)? El sobresalario prometido por mayor rendimiento, tan común en nuestros días, en nada altera la naturaleza del contrato de trabajo.

2) De acuerdo a un segundo punto de vista, la distinción debe fincarse en la finalidad perseguida al contratar. Si las partes tienen en vista el trabajo en sí y no su resultado u obra, hay contrato de trabajo; si lo que se tiene en mira es el resultado de dicho trabajo, hay locación de obra (ver nota 7). En el primer caso habría una obligación de medios; en el segundo de resultado (ver nota 8). Este criterio es acertado como principio general y penetra con agudeza en la raíz de la distinción conceptual de ambos contratos; pero llevado a la práctica, es por lo común insuficiente para resolver los problemas que se presentan en esa zona gris en la que estos contratos se aproximan y tocan. Decir que no se tiene en cuenta el resultado en el trabajo a destajo o en el sobresalario pagado por mayor rendimiento, es bastante forzado. Sin dejar de tener en cuenta esta diferencia general, es bueno aplicar otros criterios más precisos de distinción en los casos dudosos.

3) Finalmente, de conformidad con un tercer criterio, al que por nuestra parte adherimos, la distinción debe fincarse en esta circunstancia esencial: habrá contrato de trabajo cuando existe relación de dependencia del trabajador respecto del patrón o empleador; habrá locación de obra si el que presta sus servicios lo hace independientemente, por su propia cuenta (ver nota 9). Racionalmente parece lógico basar la distinción en el elemento que mejor tipifica el contrato de trabajo cuando el problema se examina desde el ángulo económico-social. Pues precisamente es la situación de subordinación del trabajador al empleador la que justifica la protección legal de quien se encuentra en un estado de inferioridad.

Al hablarse de dependencia debe entenderse la de carácter jurídico, no económico (ver nota 10). Es la que se expresa en el derecho del patrón de dirigir a su empleado y en la obligación de éste de obedecerle. No es indispensable que exista una vigilancia y dirección efectivas; basta que el trabajador esté sometido a la autoridad del patrón y que éste pueda darle órdenes.

1110/980

980.— Veamos la aplicación de estas ideas hecha por nuestra jurisprudencia en algunos casos dudosos. Se ha declarado que es locación de obras el contrato celebrado por el "tallerista" que trabaja en su propio taller con obreros a sueldo, aunque haya comprometido toda su producción con determinada casa de comercio, que le paga contra entrega de mercaderías (ver nota 11); el contrato celebrado con el dueño de uno o varios vehículos para el transporte de mercaderías, aunque se retribuyera con una suma mensual fija (ver nota 12).

Tratamos de la naturaleza jurídica del contrato de deporte profesional en el número 1054.

1110/981

981.— La naturaleza de los contratos relativos a actuaciones artísticas ha motivado divergencias. El que liga a los actores o intérpretes teatrales y cinematográficos ha sido calificado como atípico o innominado (ver nota 13), aunque más vecino a la locación de servicios (ver nota 14). En favor de la tesis que lo asimila a este último, cabe notar la subordinación en que se encuentra el artista, aun de primera magnitud, respecto del director; pero se ha hecho notar (ver nota 15), no sin razón, que se trata de una subordinación peculiar, de orden artístico más que jurídico. Con todo, es indudable que la subordinación existe, que el artista promete al mismo tiempo un servicio y una obra, que confluyen en este contrato elementos de la locación de obras y de servicios; aprobamos pues la jurisprudencia que lo ha calificado de atípico. En cuanto a los extras y artistas de menor cuantía, es obvio que respecto de ellos queda configurado con mayor nitidez el contrato de trabajo, pues el grado de subordinación no ya tan sólo al director artístico, sino también a la empresa contratante, tipifica de una manera clara el aludido contrato (ver nota 16).

Análogos problemas presenta el contrato que vincula un artista que trabaja por radiotelefonía o televisión. Nos parece que la contratación de un artista de renombre, por un número determinado de audiciones, importa una locación de obra, particularmente cuando él impone las condiciones en que ha de trabajar, elige su repertorio y tiene libertad para el montaje y programación de su audición o espectáculo. En cambio, los artistas de menor cuantía, sometidos a la disciplina y dirección de la empresa, están vinculados por un contrato de trabajo (ver nota 17).

Iguales principios son aplicables a los directores de orquesta que actúan en teatro, radio o televisión. En cuanto a los que trabajan para confiterías o discotecas, habrá que distinguir según las circunstancias del caso: si se trata de un director de renombre, que paga él sus propios músicos, el contrato debe reputarse de locación de obra (ver nota 18); en cambio, el músico modesto, sujeto a la dirección del dueño del establecimiento que paga directamente los otros músicos integrantes del conjunto, está unido por un contrato de trabajo.

1110/982

982.— La naturaleza jurídica del contrato que une a los profesionales liberales con sus clientes será objeto de estudio en los números 1082 y siguientes, a los que remitimos.

1110/983

983. b) Con el mandato.— A primera vista la confusión entre ambos contratos parece imposible; por uno se promete un servicio o trabajo realizado bajo la dirección del empleador, a cambio de una retribución; por otro se otorga una representación para celebrar actos jurídicos por el mandante. Pero hay casos en que la distinción no resulta tan clara; habrá que tener en cuenta si existe o no representación y si la tarea que se encomienda implica o no subordinación del que la lleva a cabo. La existencia de una representación es

por lo común suficiente de por sí para configurar el mandato (ver nota 19); pero también existe en algunos contratos de trabajos típicos, como por ejemplo, el que realiza el vendedor de una casa de comercio. En este caso, lo esencial es la labor material prestada, la relación de subordinación del empleado a su patrón; la representación viene a ser sólo un accesorio de dicha tarea, que no por ello pierde su carácter de contrato de trabajo. Por el contrario, es frecuente que el cumplimiento del mandato implique la realización de una serie de trabajos continuados, que le dan a la relación jurídica el aspecto de un contrato de trabajo. Tal por ejemplo, el administrador de una estancia, de una industria, o comercio, etcétera. En este caso habrá que distinguir estas situaciones: si el administrador actúa bajo la inmediata vigilancia y dirección de su principal, siendo por ello, muy estrecho y reducido el campo de desenvolvimiento de su poder de representación, hay contrato de trabajo; por el contrario, si el poder de representación ocupa un primer plano, si las atribuciones para decidir y comprometer al administrado son amplias, habrá mandato por más que su ejecución implique también una tarea material e intelectual continuada (ver nota 20).

Nuestros tribunales han decidido que hay locación de servicios y no mandato, si se encomiendan facultades taxativas de administración para actuar conforme a las instrucciones que se reciban en la búsqueda de arrendatarios y para preparar los contratos respectivos (ver nota 21); se ha reputado mandato el encargo de administrar una finca y percibir los alquileres (ver nota 22), la autorización para vender por cuenta y orden del dueño un bien inmueble en una suma predeterminada (ver nota 23).

1110/984

984. c) Con la sociedad (ver nota 24).— Las situaciones dudosas han podido presentarse en algunos contratos de trabajo en los que se estipula una participación en los beneficios o una habilitación. Sin embargo, aún en esas hipótesis la configuración del contrato de trabajo es clara. El obrero o el habilitado participan de las ganancias pero no de las pérdidas, lo cual es esencial para caracterizar la sociedad; además están subordinados a un patrón o empleador; nada hay de la paridad y espíritu igualitario que es de la esencia de la sociedad ni tienen tampoco participación en el manejo del negocio o empresa (ver nota 25).

1110/985

985. d) Con el depósito.— Cuando una persona entrega una cosa a otra para que se la cuide gratuitamente, el depósito está claramente configurado; pero las dificultades comienzan cuando se trata de depósito oneroso o retribuido. En tales casos, parece lógico atender al siguiente criterio de distinción: si el servicio o trabajo se presta bajo la dirección del que entregó la cosa y existe entre las partes una relación de dependencia, el contrato será de trabajo; por el contrario, si el que recibe la cosa actúa independientemente, habrá depósito. Como directiva subsidiaria de distinción, debe tenerse en cuenta si la retribución es o no proporcional a la tarea de guarda y conservación prometida; si lo es, habrá que inclinarse por considerar que hay contrato de trabajo, si no guarda proporción, parece natural calificarlo como depósito (ver nota 26). También deberá tenerse en cuenta si la actividad prometida excede de la simple guarda y conservación, en cuyo caso no habrá depósito sino

locación de obra o de servicios (ver nota 27).

En la zona intermedia están ubicados entre otros, los contratos de depósitos en cajas e seguridad bancarias y de garaje, de cuya naturaleza jurídica nos hemos ocupado en otro lugar (núms. 599 y 600, respectivamente).

1110/986

986. e) Con la locación de cosas.— Dijimos ya que estos contratos confundidos conceptualmente en sus orígenes románicos, constituyen hoy figuras jurídicas notoriamente distintas. Pero también hay una zona de duda. Así ocurre con el contrato de prestación de servicios telefónicos, de suministro de energía eléctrica, de hospedaje, de abono a espectáculos teatrales, de exposición, etcétera. De ellos nos hemos ocupado en el número 602.

1110/987

987. CONTRATO DE APRENDIZAJE (ver nota 28).— ¿Es el aprendizaje un contrato de trabajo? El problema no se presenta desde luego con relación al aprendizaje que se cumple en escuelas oficiales o privadas legalmente autorizadas; el menor no recibe retribución alguna y a veces debe pagar sus cursos. No hay aquí sino una relación típica de maestro a alumno. Muy distinta es la situación de los aprendices que trabajan en el comercio o industria y reciben por ello un salario. Es obvio que en la realidad de la vida, el patrón no tiene la menor intención de enseñar un oficio, sino de conseguir mano de obra más barata; en el aprendiz puede haber, es verdad, el propósito de aprender; pero generalmente priva el de ganarse su sustento. Es decir, sustancialmente esta relación configura un contrato de trabajo, por más que haya en él un ingrediente específico, el aprendizaje, que no integra el contrato de trabajo típico (ver nota 29).

Esta conclusión tiene una gran importancia práctica; si el aprendizaje fuera nada más que eso, es decir, estudio, enseñanza, educación, podría el padre obligar a sus hijos a seguir un aprendizaje cualquiera, aun contra su voluntad; no es ésa la solución de nuestro Código, que exige expresamente el consentimiento del aprendiz (art. 280 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_9.HTM&iid=AR_LA001 - Art_280); además, no gozaría éste de los beneficios de las leyes obreras (límite de jornada, indemnización por accidente, etc.), de los que, por el contrario, goza actualmente en nuestra legislación, en la que existen normas específicas de reglamentación y protección de esta forma de trabajo.

1110/988

988. EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS.— La relación que une al empleado con el Estado escapa al esquema civilista del contrato de trabajo; se trata de una relación de derecho público, regida por las normas específicas del derecho administrativo (ver nota 30).

Los empleados carecen de la mayor parte de los beneficios de la legislación laboral. Debe decirse empero que la tendencia cada vez más notoria a proteger al trabajo en todas sus formas, se manifiesta también en este caso. La organización de los empleados públicos en gremios y sindicatos, les ha permitido luchar por sus derechos frente al Estado como lo hacen los trabajadores frente al patrón. De ahí han resultado leyes, decretos o estatutos que tienen mucha semejanza con los contratos colectivos de trabajo.

1110/989

989-1027. LÍMITES DE NUESTRO ESTUDIO.— La legislación sobre contrato de trabajo ha roto los moldes civilísticos a punto tal que, como veremos más adelante, el Código Civil ni siquiera es aplicable supletoriamente. Es hoy una rama del derecho independiente, dinámica, regida por principios peculiares y sujeta a renovación constante. Escapa pues a lo que es materia propia de un tratado de derecho civil, razón por la cual nos hemos limitado a enunciar sus caracteres generales.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: DEVEALI, Lineamientos del derecho del trabajo, Buenos Aires, 1948; GARCÍA MARTÍNEZ y GARCÍA MARTÍNEZ, El contrato de trabajo, Buenos Aires, 1945; RAMÍREZ GONDRA, El contrato de trabajo, Buenos Aires, 1945; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2; SALVAT, Contratos, t. 2, núms. 1134 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, núms. 763 y sigs.; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, núms. 1262 y sigs.; BARASSI, Il diritto del lavoro, Milano, 1950; MESSINEO, t. 5, § 142 y sigs.; PUIG PEÑA, Tratado, t. 4, vol. 2, ps. 273 y sigs.

(nota 2) La opinión predominante entre los romanistas, afirma que los romanos llegaron a distinguir en la época clásica entre la locatio condutio rei (locación de cosas), la locatio condutio operarum (locación de servicios) y la locatio condutio operis (locación de obra); pero ARANGIO RUIZ sostiene, con muy buenos argumentos que los romanos nunca llegaron a formular esa distinción y que estos tres contratos estaban totalmente confundidos en aquel derecho. Y agrega que el hecho de que los romanos no hayan distinguido estos tres contratos es tan singular como el esfuerzo de los legisladores modernos por mantenerlos unidos bajo el nombre de locación (ARANGIO RUIZ, Instituciones de derecho romano, trad. esp., Buenos Aires, 1952, ps. 385 y 386).

(nota 3) Dice PUIG PEÑA con relación al Código español algo que muy bien puede aplicarse al nuestro: “En la planta del gran edificio del Código, destinada al contrato de arrendamiento, existe un compartimiento dedicado a disciplinar el arrendamiento de servicios, que por respeto a la tradición, todavía se distingue en la titulación por ese nombre. pero el visitante, al entrar en él se queda asombrado: no hay más que trastos viejos” (t. 4, vol. 2, p. 273).

(nota 4) Véase PARRY, Diferencias entre contrato de trabajo y locación de obra, E.D., t. 9, p. 8.

(nota 5) Han aplicado este criterio: C.Civil 1ª Cap., 4/12/1944, L.L., t. 37, p. 216; C. Civil 2ª Cap., 14/5/1941, J.A., t. 74, p. 492; C. Com. Cap., 30/12/1947, J.A., 1948-I, p. 175. De acuerdo: LAFAILLE, Contratos, t. 2, núms. 274 y sigs.; HUC, t. 10, nº 378. PLANIOL, que en su Traité elémentaire defendía este criterio (t. 2, nº 1827) cambió luego de opinión en la obra escrita en colaboración con RIPERT y ROUAST, t. 11, núms. 772 y 773.

(nota 6) CAPITANT y CUCHE, Cours de legislation industrielle, 2ª ed., nº 139.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 4/12/1944, J.A., 1945-I, p. 375; C. Civil 2ª Cap., 6/7/1943, J.A., 1943-III, p. 460; C. Com. Cap., Sala A, 1955-III, p. 265; C. Paz Let. Cap., Sala IV, 9/5/1941, L.L., t. 22, p. 762; C. Apel. Rosario, 20/9/1949, L.L., t. 57, p. 237. De acuerdo: SPOTA, Locación de obra, t. 1, nº 10 (quien por ello descarta el criterio de distinción fundado en la subordinación); ABELLO, Locazione, t. 3, ps. 285 y sigs.; ENNECCERUS - LEHMANN, Obligaciones, t. 2, vol. 2, § 142 y 147; MACHADO, t. 4, p. 412; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, p. 466.

(nota 8) Consciente de la impresión del concepto fundado en la voluntad de las partes, ABELLO brinda algunos elementos auxiliares para precisarla cuando no surge claramente de los términos del contrato; 1) Por regla general el locador está obligado a proveer los elementos de trabajo y cuanto es necesario para la realización de la obra. 2) Quien se encarga de cumplir un trabajo determinado por cuenta de otros, que trabajarán bajo su dependencia, es por lo general un locador de obra. 3) El locador de obra debe tener competencia o posibilidad en orden a la prestación de trabajo que ha prometido dirigir. 4) El obrero presta generalmente el trabajo a que se ha obligado en el lugar en que se encuentra el locatario; generalmente, aunque no siempre, locador de servicios es el obrero del establecimiento y locador de obra el que trabaja a domicilio. 5) La intención de las partes de concluir un contrato de trabajo resulta por lo general de haber querido que los trabajos se efectúen a riesgo del empleador (Locazione, t. 3, p. 286).

(nota 9) Han aplicado este criterio los siguientes fallos: C. Civil Cap., Sala G. 20/4/1982, E.D., fallo nº 36.023; C. Com. Cap., 5/12/1946, L.L., t. 45, p. 131; C. Paz Let. Cap., 29/7/1942, J.A., 1942-IV, p. 70; C. Trab. Cap., Sala IV, 31/8/1951, L.L., t. 74, p. 489; íd., Sala I, 14/6/1951, ll, t. 78, p. 445; Sup. Corte Buenos Aires, 15/10/1942, J.A., 1942-IV, p. 501; C. Apel. 1ª La Plata, 24/5/1955, L.L., t. 79, p. 741; Sup. Corte Mendoza, 18/12/1963, J.A., 1964-III, p. 195 (el fallo alude al poder de dirección que tiene el empresario y no tiene el obrero) etc. De acuerdo: SPOTA, Locación de obra, t. 1, núms. 3 y 13 y sigs.; íd., L.L., t. 26, p. 318; SALVAT, t. 2, nº 1194; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, núms. 1638 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, núms. 772 y sigs.; JOSSERAND, t. 2, nº 1313 (autores estos que señalan que éste es el criterio dominante en

la jurisprudencia francesa).

(nota 10) Es el criterio que ha predominado en la jurisprudencia francesa luego de un fallo de la Corte de Casación del 24 de abril de 1925 (cit. por PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 772, quienes adhieren a tal concepto); para la jurisprudencia francesa más reciente, coincidente con la nueva orientación, véase CAMPOAMOR, El elemento característico de la locación de servicios, J.A., 1943-I, sec. doct., p. 720. En igual sentido, SPOTA, Locación de obra, t. 2, nº 13, sin descartar, empero, que la subordinación económica sirva como subdirectiva de apreciación en los casos dudosos.

(nota 11) C. Com. Cap., 26/3/1941, J.A., t. 73, p. 1056.

(nota 12) C. Com. Cap., 22/4/1938, J.A., t. 62, p. 176; Sup. Corte San Juan, 10/6/1947, L.L., t. 47, p. 799. Y con mayor razón si la remuneración no se establece por mes sino de acuerdo al número de acarreos efectuados: C. Com. Cap., 9/10/1940, L.L., t. 20, p. 416; C. Apel. Trabajo Cap., Sala III, 16/12/1947, J.A., 1948-I, p. 120.

(nota 13) C. Civil 1ª Cap., 2/3/1942, L.L., t. 26, p. 317, con nota de SPOTA; C. Apel. 2ª La Plata, 20/10/1942, J.A., 1942-IV, p. 821, con nota de SPOTA.

(nota 14) Fallo de la C. Apel. 2ª La Plata, citado en nota anterior. Se inclinan definidamente por considerarlo como contrato de trabajo: PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 773; FERNÁNDEZ GRANOTTI, L.L., t. 26, sec. doct., p. 967, nota 26.

(nota 15) Así lo hace notar SPOTA, nota en J.A., 1942-IV, p. 821, nº 7, quien sostiene que se trata de una locación de obra.

(nota 16) De acuerdo: SPOTA, art. citado en nota anterior, nº 8.

(nota 17) Sólo en esta hipótesis debe admitirse como válida la doctrina sentada en este sentido por la C. Com. Cap., 24/8/1951, J.A., 1952-II, p. 134.

(nota 18) C. Paz Let. Cap., 3/12/1941, J.A., t. 76, p. 844.

(nota 19) De acuerdo: C. Civil 1ª Cap., 15/7/1935, J.A., t. 51, p. 107; C. Civil 2ª Cap., 16/7/1930, J.A., t. 33, p. 814; C. Com. Cap., 29/11/1948, L.L., t. 54, p. 174; SPOTA, El criterio distintivo entre la locación de servicios y el mandato, J.A., t. 48, p. 96; LEGÓN,

nota en J.A., t. 56, p. 431; SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1748; LAFAILLE, t. 3, nº 116; MACHADO, t. 4, p. 414; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 1639; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, nº 1429; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 774. Algunos autores han impugnado este criterio, haciendo notar que en algunos casos, como en el de los vendedores hay representación y sin embargo el contrato no es mandato (ANASTASI, L.L., t. 7, sec. jurisp. extranjera, ps. 24 y sigs.; TROPLONG, Louage, nº 167); objeción que no invalida este criterio de distinción, aunque revela la necesidad de recurrir a veces al de la subordinación.

(nota 20) En concordancia con esta doctrina, véase C. Civil 1ª Cap., 8/4/1942, J.A., 1942-II, p. 404 y L.L., t. 26, p. 271.

(nota 21) C. Civil 2ª Cap., 11/4/1942, G. F., t. 188, p. 300.

(nota 22) C. Fed. Bahía Blanca, 7/6/1956, J.A., 1956-IV, p. 168.

(nota 23) Sup. Corte Buenos Aires, 5/6/1949, J.A., 1949-III, p. 193 y L.L., t. 55, p. 612.

(nota 24) Véase PARRY, Diferencias entre contrato de trabajo y sociedad, E.D., t. 10, p. 132, nota al fallo 5339.

(nota 25) De acuerdo: REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 508; MACHADO, t. 4, p. 413; LAFAILLE, Contratos, t. 3, nº 431 bis. Nuestra jurisprudencia es constante en el sentido de que la participación en los beneficios no altera la naturaleza del contrato de trabajo: C. Civil 2ª Cap., 21/9/1925, J.A., t. 17, p. 598; C. Com. Cap., 18/7/1947, L.L., t. 48, p. 898; Sup. Corte Buenos Aires, 24/9/1946, J.A., 1946-IV, p. 566.

(nota 26) Este criterio es propugnado por BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du dépót, nº 1168; PONT, t. 1, nº 377; AUBRY y RAU, § 401.

(nota 27) Éste parece haber sido el fundamento de un fallo de la C. Com. Cap. en el que se decidió que la conservación de mercaderías en un frigorífico no constituye depósito sino locación de servicios, puesto que la guarda no es el principal objeto del contrato sino también su conservación por acción del frío (27/4/1940, J.A., t. 70, p. 630).

(nota 28) Sobre la naturaleza jurídica de este contrato, véase una completa reseña en el trabajo de KROTOSCHIN, Notas para una legislación sobre el contrato de aprendizaje, L.L., t. 28, p. 985.

(nota 29) De acuerdo: KROTOSCHIN, op. cit., en nota anterior; BARASSI, Il diritto del lavoro, t. 1, p. 244; DEVEALI, Lineamientos de derecho del trabajo, ps. 264 y sigs.

(nota 30) C.S.N., 23/10/1942, L.L., t. 28, p. 518; íd., 10/10/1942, L.L., t. 27, p. 874; Sup. Corte Mendoza, 23/4/1947, J.A., 1947-III, p. 137; REZZÓNICO, Contratos, t. 2, vol. 2, p. 550; BIELSA, Naturaleza contractual de la función y del empleo, Anuario de derecho público, Universidad de Santa Fe, t. 5, ps. 395 y sigs.; MACHADO, t. 4, p. 416.

§ 2.— Contratos de servicios

1110/1028

1028. NATURALEZA JURÍDICA.— La naturaleza jurídica de los servicios prestados por abogados, médicos, ingenieros, arquitectos, etcétera, ha dado lugar a una larga controversia jurídica. En el derecho romano la distinción con los trabajos manuales era tajante; sólo los primeros se consideraban propios del hombre libre y para éste era un deshonor hacerse pagar un trabajo intelectual, que tenía carácter esencialmente gratuito; sólo se pagaba el trabajo manual (ver nota 1). En nuestros días, las ideas han sufrido un cambio sustancial. El trabajo manual no es ya un desdoro sino que, por el contrario, hace honor al que lo cumple. Y si en el fondo de la conciencia de mucha gente subsiste aún la idea de que el trabajo intelectual es más apropiado para las personas pertenecientes a las clases elevadas y el manual para las inferiores, esta idea no tiene ninguna concreción legal. Todo trabajo, sea intelectual o material, merece igual respeto. Esto no significa que estén sometidos al mismo régimen jurídico. Hay entre ellos profundas diferencias de naturaleza que forzosamente deben traducirse en su regulación legal.

Con respecto a la naturaleza jurídica de los servicios prestados por los profesionales liberales, se han sostenido diversas opiniones.

a) Para algunos autores, la relación que vincula al profesional con su cliente, es de mandato (ver nota 2). Es una teoría que tiene su inspiración en la idea romana de que no era posible asimilar la actividad profesional a la locación de servicios; pero la idea no resiste el análisis y ha sido desechada en la moderna doctrina. El mandato supone siempre representación (ver nota 3) para la celebración de un acto jurídico; los médicos, arquitectos e ingenieros no representan a su cliente ni realizan actos jurídicos sino materiales. En cambio, no parece desacertada cuando se la aplica a a los procuradores y hasta podría verse una forma de mandato en el abogado que sin poder de su cliente, lo patrocina y defiende. Pero aun en este caso, esta teoría resulta insatisfactoria, porque pone el acento sobre la representación, cuando en verdad, lo más relevante de la relación jurídica es el trabajo. Ocurre algo similar con el vendedor de una casa de comercio, que a pesar de asumir constantemente la representación de su principal para realizar las ventas, no por ello deja de estar ligado a él por un contrato de trabajo.

b) Para otros, es una locación de servicios (ver nota 4). Se trataría simplemente de una forma de trabajo y como tal incluido en aquella figura. Nos parece una doctrina inaceptable; el contrato de trabajo implica la subordinación del trabajador al empleador y las profesiones liberales se caracterizan precisamente por su independencia; las leyes laborales no se aplican sino en contados aspectos a los profesionales liberales. Encajar a la fuerza la prestación de estos servicios dentro del esquema jurídico del contrato de trabajo, es a todas luces forzado y falso.

c) Otros autores sostienen que es una locación de obra (ver nota 5). Pero los profesionales nunca o casi nunca prometen un resultado; además, el régimen legal de ambos contratos acusa marcadas diferencias: el que contrata un profesional puede prescindir de sus servicios sin tener que pagarle todo lo que hubiera podido ganar de terminar su cometido (pleito, tratamiento médico, etc.), obligación que en cambio pesa sobre quien encarga a otro una obra; los plazos de prescripción de las acciones nacidas de ambos contratos son distintos, pues mientras la derivada de cobro de honorarios médicos y de abogados prescribe a los dos años (art. 4032) en la locación de obra rige la prescripción común de diez años (art. 4023).

d) Una importante corriente doctrinaria, sostiene que se trata de un contrato multiforme, que asume a veces el carácter de locación de servicios, otras de locación de obra, otras, en fin, de mandato (ver nota 6). Así, el servicio prestado por un abogado, médico, arquitecto o ingeniero a sueldo, será contrato de trabajo porque existe subordinación al principal cuyas instrucciones debe acatar; no se tiene en cuenta el resultado de su trabajo, sino el trabajo en sí mismo; y finalmente, la remuneración se paga en relación al tiempo de trabajo y no a la tarea efectuada. En cambio, los servicios que presta un abogado al cliente que le encarga un pleito, el médico que trata u opera a un enfermo particular, el arquitecto o ingeniero a quien se encargan los planos de un edificio, configurarán una locación de obra. Finalmente, cuando el profesional asume la representación de su cliente, como lo hace el procurador judicial, habrá mandato.

1110/1029

1029. NUESTRA OPINIÓN.— Aunque la teoría que hemos mencionado en último término es más flexible y pone de manifiesto un criterio más realista que las anteriores, no por ello es, nos parece, menos inexacta. Insiste en el error de encuadrar este contrato dentro de los moldes de los contratos típicos tradicionales. Es una idea que no resiste el análisis. La circunstancia de que el abogado o médico esté a sueldo, no lo convierte en dependiente del empleador, tal como esa dependencia se entiende en la relación laboral. Es verdad que a veces deben someterse a ciertas exigencias de horario y asistencia, pero de cualquier modo, dentro del ejercicio de su profesión de abogar o curar, ellos actúan en una completa independencia de criterio. El trabajo del abogado o médico que atiende su clientela en su propio bufete o consultorio, no es tampoco una locación de obra, como antes se ha demostrado. Resulta contra natura escindir una actividad sustancialmente idéntica, en tres contratos distintos. La labor de los profesionales es siempre la misma, sea que trabajen a sueldo o por cuenta propia; también son iguales sus responsabilidades morales, profesionales, civiles y penales.

Es necesario por lo tanto, apartarse de los esquemas tradicionales del contrato de trabajo, la locación de obra y el mandato; en verdad estamos en presencia de un contrato atípico, al cual no se puede aplicar con propiedad ninguna de aquellas denominaciones clásicas (ver nota 7). Esta opinión ha merecido la crítica de ABELLO, quien dice que la afirmación de que se trata de un contrato sui generis es un recurso para evitar las dificultades de la clasificación, pero nada explica ni decide (ver nota 8). El reproche es injusto. Lo que verdaderamente dejaría encubierto el problema, dice PUIG BRUTAU, sería buscar la equiparación a toda costa de este contrato con algunas de las figuras jurídicas nominales, para que luego pudieran resolverse de esa manera automáticamente todas las cuestiones que suscitaran; la calificación de contrato innominado significa que se trata de buscar la solución adecuada a cada uno de los problemas que se promueven cuando las soluciones adecuadas no puedan brotar de las reglas agrupadas en torno a una figura jurídica típica (ver nota 9).

En nuestro caso, carece de sentido llamar contrato de trabajo o de locación de obra o de mandato al que vincula al profesional con su cliente, porque no se aplican las reglas de dichos contratos. Así, por ejemplo, al abogado, médico o arquitecto a sueldo, no se le aplica la legislación laboral sino en reducida medida; su responsabilidad profesional es muy distinta a la del obrero; tampoco se aplican las reglas de la locación de obra a los profesionales que trabajan por su propia cuenta (el cliente tiene derecho a cambiar de abogado o de médico, sin deberle otra retribución que la correspondiente a los servicios prestados hasta ese momento y no la que le hubiera correspondido en caso de terminar el pleito o el tratamiento); los plazos de prescripción son distintos; tampoco se aplican al procurador todas las reglas del mandato (distinta regulación legal de la remuneración, de la prescripción, etc.). ¿Qué sentido tiene por lo tanto, afirmar que en tal circunstancia es contrato de trabajo o de obra o mandato, si en definitiva no se le aplicará su régimen legal? En suma, el contrato de que tratamos no configura ninguno de los nominados en nuestro Código; es un contrato sui generis, con una regulación jurídica propia.

Hay que agregar, sin embargo, que la tendencia contemporánea de proteger el trabajo en todas sus formas, tiende al acercamiento de este contrato con el de trabajo, particularmente cuando el profesional está a sueldo. Como expresiones importantes de esta tendencia puede citarse el decreto 22212/1945 relativo a los médicos y demás profesionales del arte de curar, cuyo art. 6º les hace extensivos los beneficios de la ley 11129 <>; de igual modo, numerosos fallos han declarado que los profesionales liberales que prestan sus servicios a sueldo, están amparados por dicha ley (ver nota 10); las leyes jubilatorias también los protegen, sea que estén a sueldo o ejerzan sus actividades por su propia cuenta (ver nota 11).

1110/1030

1030. CONVENIOS SOBRE PARTICIPACIÓN EN LOS HONORARIOS.— ¿Son válidos los convenios en los que los profesionales reconocen participación en sus honorarios a quien les ha traído el cliente? La jurisprudencia se inclina por reputarlos nulos (ver nota 12), solución que debe aprobarse. Resulta contrario a la moral que una persona haga valer

su influencia o sus relaciones particulares para quedarse con parte de los honorarios ganados con el trabajo de un profesional; y tanto más en el caso de aquellos cuyos honorarios están fijados por un arancel que tiene carácter de orden público, pues si es nulo el pacto por el cual un abogado promete a su cliente cobrar menos de lo que le corresponde, con igual razón lo será el compromiso de compartir su honorario con un tercero, pues en ambos casos se dará el resultado no querido por la ley: que el profesional cobre menos de lo justo.

Pero si hay una tarea común de profesionales, ellos pueden compartir el honorario como lo crean equitativos.

(nota 1) Véase IHERING, El fin del derecho, núms. 55 y sigs.

(nota 2) POTHIER, Du mandat, t. 3, nº 807.

(nota 3) A nuestro juicio la idea de representación está presente aun en el llamado mandato sin representación. Remitimos sobre el punto a lo que decimos en el número 1624.

(nota 4) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1749; BIELSA, La abogacía, p. 200; MACHADO, t. 5, p. 143; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 776; ABELLO, Locazione, t. 3, ps. 426 y sigs.

(nota 5) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Mandat, nº 378; LAURENT, t. 27, nº 334; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, nº 1287.

(nota 6) Dentro de esta corriente deben ubicarse: SPOTA, nota en J.A., t. 48, p. 100, nota 22; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 571; DEVEALI, Naturaleza de las relaciones entre los profesionales y sus clientes, L.L., t. 35, ps. 713 y sigs. Numerosos fallos han seguido esta orientación, principalmente con el fin de reconocerles a los profesionales a sueldo algunos beneficios de las leyes laborales (véase jurisprudencia citada en notas 1750 y sigs.).

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 14/12/1962, E.D., t. 4, p. 233, L.L., t. 110, p. 427 y J.A., 1963-III, p. 152; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 387; PONT, Du mandat, nº 825.

(nota 8) Cit. por PUIG BRUTAU, op. y loc. cit. en nota anterior.

(nota 9) PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 387.

(nota 10) C. Trab. Cap., 13/12/1947, J.A., 1948-I, p. 145 (ingeniero); C. Trab. Cap., Sala 3, 20/12/1946, L.L., t. 46, p. 349 (procurador); C. Trab. Quilmes, 17/7/1951, J.A., 1951-IV, p. 221 (médico, contador, abogado); Sup. Corte Buenos Aires, 28/7/1942, L.L., t. 27, p. 349 (farmacéutico); Sup. Corte Tucumán, 11/3/1941, L.L., t. 22, p. 574 (farmacéutico); C. Apel. 2ª La Plata, 28/8/1945, J.A., 1945-IV, p. 297 (contador); de acuerdo: RAMÍREZ GONDRA, Contrato de trabajo, nº 50; KROTOSCHIN, Instituciones de derecho del trabajo, nº 68; GARCÍA MARTÍNEZ, Contrato de trabajo, nº 92.

(nota 11) C. Trab. Cap., Sala 3, 20/12/1946, L.L., t. 46, p. 349; C. Trab. Quilmes, 17/7/1951, J.A., 1951-IV, p. 220.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 14/8/1931, J.A., t. 36, p. 545.

A.— SERVICIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES

1110/1031

1031-1035. REMUNERACIÓN.— Los servicios de abogados y procuradores se presumen onerosos, salvo en los casos en que pudieren o debieren actuar gratuitamente. Se presume gratuito el patrocinio o representación de los ascendientes, descendientes o cónyuge del profesional (art. 12 , ley 24432).

Los honorarios pueden ser fijados libremente por las partes, sin que esta facultad pueda ser afectada por las leyes locales (arts. 3º y 12 , ley 24432), disposición que ha venido a resolver el problema creado por algunas leyes locales sobre aranceles profesionales que establecían la nulidad de los convenios que fijaran honorarios inferiores a la escala legal.

Cuando los honorarios deban ser fijados por el juez (lo que ocurre cuando no hay convenio de partes o cuando las costas se imponen a la parte contraria), ellos se fijarán conforme a las leyes locales, pero el conjunto de los honorarios de los profesionales de todo tipo (abogados, peritos, etc.) no pueden exceder del 25% del monto de la sentencia (art. 1º , ley 24432), sin perjuicio del derecho de los profesionales a cobrar de su cliente los honorarios que hubieren convenido con él (art. 14 , ley 24432).

Si la aplicación del mínimo fijado por las leyes locales significare una evidente e injustificada desproporción entre el trabajo efectivo realizado y la suma que resultare de aplicar ese mínimo, los jueces pueden fijar los honorarios por debajo de él, debiendo en tal caso, bajo pena de nulidad, fundar en forma explícita y circunstanciada las razones en que se basa para hacerlo (art. 13 , ley 24432).

1036. RUPTURA DEL CONTRATO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL CLIENTE. — La ruptura del contrato por voluntad unilateral del cliente, debe ser analizada con relación a tres hipótesis posibles:

a) Si se trata de la relación ordinaria entre el cliente y el abogado que trabaja por su propia cuenta, aquél sólo deberá los honorarios correspondientes al trabajo ya efectuado y no responde por lo que el profesional esperaba legítimamente ganar con su restante actuación en el juicio (ver nota 1). Es la solución implícita en los arts. 37 y siguientes, ley 21839 (que establece la significación porcentual de cada una de las etapas del proceso en orden a la regulación de honorarios) y está consagrada por la práctica invariable de los tribunales. Está bien que así sea, porque la vinculación entre abogado y cliente es una relación de confianza y no puede exigirse a este que continúe bajo el patrocinio de una persona en quien ya no confía, por más que no esté en condiciones de probar la existencia de hechos suficientemente graves como para reclamar la resolución del contrato por culpa del profesional.

b) Si se hubiera convenido pacto de cuota litis, la situación es distinta porque el profesional ha adquirido contractualmente el derecho a una parte de lo que resulte del pleito. Por tanto, el cliente no podrá prescindir de sus servicios a menos que pague al profesional el máximo que le podía haber correspondido en caso de éxito (ver nota 2); claro está, que el cliente también podrá prescindir de los servicios del abogado, aunque hubiera pacto de cuota litis, en caso de evidente negligencia; en ese caso estaríamos en presencia de un incumplimiento del abogado que autoriza a rescindir el contrato, conforme con los principios generales (art. 1204 , Cód. Civ.).

c) Finalmente, si el abogado estuviera a sueldo del cliente y su labor se desenvolviera con las características de subordinación, habitualidad y profesionalidad, tendrá derecho a la indemnización de preaviso y despido (ver nota 3).

(nota 1) El Código italiano adopta expresamente esta solución para todos los trabajadores intelectuales (art. 2237). Véase también, de acuerdo con esa solución, MESSINEO, t. 5, § 147 bis, nº 4; ENNECCERUS - LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 3, b).

(nota 2) En contra: C. Civil Cap., Sala C, 30/3/1982, L.L., 1983-A, p. 546, que resolvió que sólo deben pagarse los trabajos efectivamente realizados, porque de lo contrario el riesgo de tener que pagar lo convenido por todo el trabajo obraría como cortapisa al derecho del cliente de prescindir de un abogado en quien ya no confía.

(nota 3) Véase jurisprudencia citada en nota 1750.

1036 bis. RESPONSABILIDAD POR NEGLIGENCIA.— Tanto los abogados como los procuradores son responsables de los daños que resulten a sus clientes por negligencia en el desempeño de su contrato profesional. Esto no es sino una simple aplicación de los

principios generales. Pero supongamos que un pleito se ha perdido como consecuencia de no haberse interpuesto un recurso o haberse dejado perimir la instancia. La responsabilidad del procurador está fuera de duda, pues ésa es su obligación directa. ¿Es también responsable el abogado? No cabe duda de que si el asunto se confió a un abogado, quien indicó al procurador, ambos son responsables (ver nota 1). Distinto sería el caso si el pleito se confió al procurador quien se hizo patrocinar por un abogado de su conocimiento o si el cliente encargó el asunto a un letrado pero se reservó el derecho de nombrar al procurador. En estos supuestos, el único culpable por la omisión de las obligaciones específicas del procurador, es éste.

¿Cómo se fija la indemnización en estos casos, puesto que de antemano no puede saberse si el pleito se ganará o perderá? Estamos en presencia de un caso típico de indemnización de la chance, que analizamos en el Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. I, nº 150.

(nota 1) C. Civ. Cap., Sala A, 31/8/1956, L.L., t. 84, p. 171; Sala C, 14/4/1981, L.L., 1982-A, p. 211; Sala D, 15/5/1962, J.A., 1962-VI, p. 503; DÍAZ DE GUIJARRO, J.A., 1945-I, p. 476; PODETTI, Tratado de los actos procesales, p. 89, nota 31.

(TRATADO DE DERECHO CIVIL - OBLIGACIONES - Tomo II)

1037. PRESCRIPCIÓN.— Los honorarios de abogados y procuradores prescriben a los dos años, contados desde que feneció el pleito por sentencia o transacción o desde la cesación de los poderes del procurador o desde que el abogado cesó en su ministerio (art. 4032). En cuanto al pleito no terminado y proseguido por el mismo abogado, el plazo será de cinco años contados desde que se devengaron los honorarios, si no hay convenio entre las partes sobre el tiempo del pago (art. citado). Pero si los honorarios han sido ya regulados (ver nota 1), o integran la condenación en costas a cargo de la otra parte (ver nota 2), prescriben por diez años (art. 4023).

La prescripción corta del art. 4032 sólo se refiere a los honorarios devengados judicialmente; la acción relativa a trabajos extrajudiciales se rige por el término ordinario del art. 4023 (ver nota 3).

(nota 1) C. Civil 1ª Cap., 22/3/1946, J.A., 1946-I, p. 759; C. Civil 2ª Cap., 7/6/1937, J.A., t. 58, p. 842; C. Paz Let. Cap., Sala 4, 7/8/1947, G.P., t. 75, p. 197; C. Com. Cap., 16/11/1936, L.L., t. 4, p. 847; Sup. Corte Buenos Aires, 7/5/1935, J.A., t. 51, p. 715.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala D, 16/12/1955, L.L., t. 81, p. 429; C. Com. Cap., 13/12/1948, J.A., 1949-I, p. 198.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 23/12/1957, L.L., t. 91, p. 531; Sup. Trib. Entre Ríos,

27/4/1942, J.A., 1943-I, p. 169; C. 1ª Apel. La Plata, 5/7/1949, J.A., 1949-III, p. 528.

B.— SERVICIOS MÉDICOS (ver nota 1)

1110/1038

1038. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL (ver nota 2).— La actuación culpable o dolosa del médico, puede dar origen a distintas sanciones: a) en primer término, de carácter estrictamente profesional, cuando se ha apartado de las reglas éticas que presiden el ejercicio de la medicina; b) en segundo lugar, de tipo penal, como son las sanciones previstas por los arts. 84 y 86 , Código Penal para quienes por imprudencia o impericia en el arte de curar causaren la muerte a una persona o para los médicos que colaboran en abortos; c) finalmente, hay también sanciones de carácter civil, que han dado origen a complejos problemas jurídicos y que son las que ocuparán nuestra atención.

1110/1039

1039. a) Naturaleza de la responsabilidad civil de los médicos.— Según una primera opinión, la responsabilidad civil de los médicos es de carácter contractual, porque hay un mutuo consentimiento para recibir y proporcionar el tratamiento médico; sólo habría responsabilidad delictual si el médico comete un acto ilícito penal o se violan disposiciones reglamentarias de la profesión (ver nota 3). Teoría a la cual puede hacerse una objeción elemental: que muchas veces no hay contrato alguno entre médico y enfermo o cuando se atiende a un enfermo por exigencias legales y con independencia del consentimiento del enfermo o cuando se atiende a un enfermo por cuenta de terceros (médico que está a sueldo de una compañía o empresa para la atención de su personal). Es precisamente esta observación la que ha llevado a otros autores y tribunales a sostener que si media contrato entre médico y enfermo la responsabilidad es contractual y, caso contrario cuasi delictual (ver nota 4). Pensamos que aceptar esta teoría significa juzgar a la luz de distintos conceptos y distintas reglas jurídicas, una responsabilidad idéntica. La que pesa sobre el médico que atiende a un enfermo en su consultorio o lo opera con su consentimiento, no difiere en absoluto de la que tiene el profesional que atiende al obrero de una compañía o que opera de urgencia a un accidentado que se encuentra en estado de inconsciencia. La responsabilidad es legalmente la misma. No surge ella de la celebración de un contrato, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, haya o no contrato. En otras palabras, es una responsabilidad extracontractual (ver nota 5). Por excepción puede admitirse que tienen carácter contractual los compromisos que el médico haya asumido y a los que no estaba obligado según la ética profesional: por ejemplo, si se compromete a acompañar a un paciente en un viaje a Europa y luego se niega a cumplir. Aunque de ello no resulte ningún daño a su salud, el paciente podría reclamarle los perjuicios derivados de haber tenido que consultar a médicos europeos más caros, de haber tenido que postergar el viaje para encontrar otro facultativo que lo acompañase, etcétera.

Es necesario agregar que el problema carece de relevancia en lo que atañe al concepto mismo de los hechos que configuran la culpa profesional; pues la obligación contractual

asumida por el médico no es otra que un deber de prudencia y diligencia, que es también el fundamento de la responsabilidad extracontractual (ver nota 6). En cambio, es importante la diferencia que deriva del plazo de prescripción, pues si se acepta que la responsabilidad deriva del contrato, se aplica el término común del art. 4023 , en tanto que si se admite su carácter extracontractual, la acción prescribe a los dos años (art. 4037). Es éste un argumento más en favor de la tesis que propugnamos; es bueno evitar que los médicos estén expuestos a acciones por reparación de daños intentadas después de largos años.

Por lo demás es necesario aceptar que las cláusulas de irresponsabilidad del médico por su culpa o negligencia carecen de validez (ver nota 7), solución que se aviene mejor con el carácter extracontractual de dicha responsabilidad.

1110/1040

1040. b) Gravedad de la culpa.— ¿Con qué criterio debe juzgarse la culpa del médico que comete un error de tratamiento, alguna negligencia en el desempeño de su profesión? El punto está erizado de dificultades, porque el progreso de la medicina está fundado esencialmente en la experimentación y aplicación de nuevas ideas y teorías, muchas de ellas controvertidas, otras de invención del propio médico que las aplica. Con frecuencia esas teorías o técnicas novedosas fracasan, con indudable perjuicio del enfermo que ha sido sometida a ellas. Hay, pues, una suerte de oposición entre el interés social de no dificultar el progreso de la ciencia médica y el interés individual del enfermo, que muchas veces sufre los efectos de estas experimentaciones.

Una importante corriente jurisprudencial, sostenía que la responsabilidad médica sólo debía admitirse en casos de faltas graves, de evidentes y groseras faltas al arte de curar (ver nota 8); pero esa posición extrema empezó a atenuarse hace algunos años; algunos fallos, distinguen entre la negligencia o impericia del clínico y la del cirujano, sosteniendo que ese criterio benévolo sólo puede sostenerse en el caso de los primeros, pero que en cambio la responsabilidad de los cirujanos debe ser considerada con criterio estricto, por lo que son responsables aun de la más leve falta (ver nota 9); con igual estrictez se ha juzgado la responsabilidad médica, cuando está en peligro la vida de una persona (ver nota 10); otros fallos han sido más rigurosos en la apreciación de la culpa médica, sosteniendo que en cualquier caso, la más leve culpa debe dar origen a la responsabilidad (ver nota 11); en una postura más prudente, otros tribunales han resuelto que el sentenciante no debe ser tan riguroso y exigente como para considerar que cualquier falla puede comprometer su responsabilidad, ni tampoco debe aplicarse un criterio excesivamente restringido en la apreciación de la responsabilidad del médico (ver nota 12).

Hoy tiende a predominar en la jurisprudencia el criterio de que la culpa médica debe juzgarse con el mismo criterio que la culpa común (ver nota 13), sin olvidar lo dispuesto en el art. 902 , Código Civil, según el cual mientras mayor sea el deber de obrar con prudencia y el pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que derive de las consecuencias posibles de los hechos (ver nota 14).

Por nuestra parte, creemos que el tribunal debe juzgar la culpa sin excesivo rigor, pero

también sin excesiva lenidad y teniendo en cuenta las circunstancias del caso. No es equiparable la conducta del eminente especialista rodeado de todos los elementos que proporciona un ambiente urbano, con la del médico rural que a veces se ve obligado a operar en condiciones precarias y de urgencia (ver nota 15). Tampoco hay que olvidar que la medicina no es una ciencia exacta. Los casos se presentan frecuentemente ante los médicos, con un aspecto confuso, desdibujado; a veces, una misma enfermedad se presenta con distintos síntomas, según la naturaleza del enfermo; del mismo modo, determinado tratamiento puede tener éxito o fracasar, según la idiosincracia física o aun psíquica de aquél.

Es este conjunto de circunstancias que debe tener en cuenta el tribunal al resolver un caso de responsabilidad médica.

Se ha resuelto, ha nuestro juicio con razón, que no cabe atribuir incumplimiento culposo, al médico que para tratar una determinada enfermedad utiliza un método determinado, estando divididas las opiniones científicas respecto de la posible utilización de otro método para resolver el mismo problema (ver nota 16).

1040-1. c) Carácter de la obligación que contraen los médicos.— La jurisprudencia ha declarado en forma unánime, que la obligación de los médicos es de medios y no de resultado; ellos cumplen poniendo toda su ciencia, diligencia y prudencia en el tratamiento del enfermo, pero no están obligados a curarlo (ver nota 17). Más aún: la ley 17132 sobre el ejercicio de la medicina en la Capital Federal prohíbe a los médicos anunciar la curación fijando plazos o prometer la conservación de la salud (arts. 1º <>y 2º).

Se ha resuelto por algunos tribunales que en algunos casos excepcionales se puede hablar de obligación de resultado, como ocurre en la cirugía estética (ver nota 18) o en la obstetricia. Por nuestra parte, pensamos que aun en esos casos debe reputarse de medios, pues suelen presentarse en ellos problemas imprevistos de muy compleja solución, de tal modo que la responsabilidad sólo puede surgir de la impericia con que se llevó a cabo el procedimiento (ver nota 19).

1040-2. d) Carga de la prueba.— La solución clásica en esta materia es que la carga de la prueba recae en quien invoca un hecho o una culpa. Era también la orientación seguida por nuestros tribunales en materia de culpa médica (ver nota 20). Pero hoy predomina en nuestra jurisprudencia y doctrina la opinión de que la carga recae tanto sobre el paciente como sobre el médico; y más aún, que el principal obligado a probar la no culpa es el médico, pues precisamente por sus conocimientos científicos y técnicos y por haber realizado él mismo el tratamiento o la intervención quirúrgica es quien mejor está en condiciones de probar que su actuación fue correcta y que no incurrió en culpa (ver nota 21).

En cuanto al actor, se ha admitido como válida cualquier prueba, inclusive la de simples presunciones (ver nota 22).

La historia clínica tiene gran importancia, en lo que atañe a estas presunciones, se ha resuelto que una historia clínica veraz y completa permite al médico ampararse en ella; en

tanto que debe soportar las consecuencias adversas si la misma tiene deficiencias u omisiones (ver nota 23).

1040-3. e) Uso de instrumentos riesgosos.— Con el propósito de ampliar la protección de los enfermos, se ha sostenido que cuando el daño se ha ocasionado con el empleo de cosas riesgosas o peligrosas, es aplicable el art. 1113 , Código Civil, y por lo tanto, la responsabilidad del médico es objetiva e independiente de la idea de culpa (ver nota 24). Nos parece una tesis insostenible. De aceptarla tendríamos que admitir que cualquier daño producido con el uso de un bisturí (cosa típicamente riesgosa) haría inevitable la responsabilidad de los cirujanos, aunque la operación se hubiera practicado conforme a la doctrina médica dominante o conforme lo aconsejado por una junta médica convocada para el caso, lo que no es justo ni aceptable. Nos parece prudente la opinión de Trigo Represas, quien sostiene que no existe responsabilidad objetiva del cirujano cuando la cosa ha sido un instrumento puramente pasivo y obediente en sus manos, porque en tal caso, la actividad humana absorbe a la acción de la cosa (ver nota 25); vale decir, el problema debe resolverse a la luz de la culpa profesional y no por el uso de una cosa riesgosa.

1040-4. f) El consentimiento del enfermo.— Otro problema delicado en el ejercicio de la medicina es la necesidad del consentimiento del enfermo para someterlo a un tratamiento o a una intervención quirúrgica. Más aún: el consentimiento debe ser informado, es decir, el médico debe informar al paciente cuál es su dolencia y cuáles son los riesgos que supone dicho tratamiento o cirugía. Claro está que dicho consentimiento no será necesario en caso de alienación mental, o del menor que carece de discernimiento, casos en los cuales se requeriría el consentimiento del representante legal; o bien, en caso de encontrarse la víctima en estado de inconsciencia (como puede ocurrir como consecuencia de un accidente) o, por último, en caso de tentativa de suicidio (art. 19 <>, ley 17137), porque casi siempre se llega a él como consecuencia de un agudo estado depresivo, generalmente transitorio. La intervención médica no sólo puede salvarle la vida, sino también ayudarlo a recuperar su normalidad psíquica y, con ello, recomponer una vida feliz. Pero ocurre a veces que la negativa del enfermo a someterse a determinados tratamientos, linda con el suicidio. Hemos tratado de este delicado tema en nuestro Tratado de Derecho Civil, Parte General, 11ª ed., t. I, núms. 312 y siguientes.

Normalmente, el consentimiento se da en forma verbal y puede probarse por cualquier medio. Más aún: el médico no tiene obligación de probar el consentimiento verbal; puesto que cuando el paciente acude a un profesional, debe presumirse que esa conducta implica un consentimiento al tratamiento seguido por éste. Lo que significa que la prueba de la falta de consentimiento quedará en la práctica a cargo del enfermo. Pero si se trata de operaciones mutilantes, debe darse por escrito (art. 19 <>, ley 17137); también debe darse en esa forma el consentimiento a la ablación de un órgano par de una persona viva a otra (art. 13 , ley 24193).

Cabe preguntarse si la obligación de informar al enfermo acerca de la gravedad de su mal y de todas las consecuencias posibles de un tratamiento o intervención quirúrgica, es inevitable. Ocurre a veces que la noticia cruda puede afectar duramente la psiquis del enfermo e implicar un agravamiento de su estado general. Aquí entra a jugar la conciencia del médico. Por ello y con carácter excepcional, debe admitirse la decisión médica de

ocultar al enfermo su mal.

1040-5. g) Responsabilidad de los sanatorios, clínicas, hospitales y obras sociales.— Con respecto a la responsabilidad de las clínicas, sanatorios y hospitales, por la culpa de los médicos que han trabajado en ellos, hay que distinguir dos situaciones distintas:

1) Si el enfermo ha ocurrido a la clínica, sanatorio u hospital para hacerse atender por los médicos de dichos institutos, la responsabilidad de éstos con el profesional, es solidaria (ver nota 26).

2) Si, en cambio, el paciente ha elegido su médico particular para el tratamiento de su enfermedad y el sanatorio o clínica se ha limitado a facilitar sus instalaciones, ámbito físico, equipos, etcétera, dicho instituto carecerá de toda responsabilidad, que recae solamente sobre el médico (ver nota 27). Va de suyo que si el daño se ha producido por el personal dependiente del establecimiento (por ej., anestesista, enfermeras, etc.), la responsabilidad recaerá no ya sobre el médico, sino exclusivamente sobre el establecimiento. Es una simple aplicación del art. 1113 , Código Civil.

En cuanto a las obras sociales, el régimen normal es que dicha obra tenga un elenco de médicos o sanatorios dentro de los cuales puede elegir el paciente; en esa hipótesis, la obra social será solidariamente responsable por la culpa médica o la deficiente atención sanatorial, porque ella asume una obligación tácita de seguridad (ver nota 28).

Si, en cambio, el contrato suscrito entre el que toma el seguro de salud y la obra social, permite al primero elegir libremente tanto el médico como el sanatorio en que puede asistirse, la obra social carecerá de responsabilidad por la culpa médica o por otras fallas en el servicio sanatorial.

1040-6. h) Negativa del médico a atender un enfermo.— Como principio es evidente que ningún médico puede ser obligado a atender a un enfermo y que la prestación médica debe ser voluntaria. Pero si se trata de un enfermo grave que requiere una atención urgente, la exigencia del médico a prestar su asistencia si no se le pagan sus honorarios previamente, hay culpa del médico porque su conducta es gravemente lesiva a la ética profesional (ver nota 29).

1110/1041

1041. HONORARIOS FIJADOS POR CONTRATO.— En materia de servicios médicos, no existen aranceles profesionales; el punto queda librado a la voluntad de las partes. El convenio será válido siempre que el acto no importe lesión o aprovechamiento del estado de necesidad del cliente (sobre el tema véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, núms. 867 y sigs., y 1170).

1110/1042

1042. DETERMINACIÓN DE HONORARIOS NO CONVENIDOS.— Pocas veces el médico o el enfermo pueden invocar en su favor un contrato relativo al monto de los honorarios. O bien el enfermo se ha sometido al tratamiento sin hablar de honorarios, o bien el punto ha sido tocado en una conversación privada, de la que no hay pruebas. Planteada la cuestión judicialmente, los jueces deben fijarlos según su prudente criterio y teniendo en cuenta: a) importancia de los servicios prestados, gravedad de la enfermedad, número de visitas; b) situación económica del enfermo o de quien está obligado a pagar el servicio (ver nota 30); c) relieve profesional del médico (ver nota 31). A veces se ha tomado en cuenta también el resultado feliz del tratamiento (ver nota 32).

Con frecuencia, el médico que demanda por cobro de honorarios ha pasado antes una cuenta por una cantidad menor. Antiguamente los tribunales tenían decidido que la cuenta pasada extrajudicialmente señalaba el límite máximo que el tribunal podía acordar (ver nota 33); pero hoy, sobre todo bajo la presión de la inflación, el criterio judicial se ha hecho más elástico. Se ha decidido que la estimación privada (generalmente hecha en mira a un pago inmediato) puede ser elevada posteriormente si tal pago inmediato no se produce y se hace indispensable el reclamo judicial (ver nota 34). Con todo, la estimación extrajudicial sigue siendo un elemento de juicio muy importante para decidir la cuestión (ver nota 35).

1110/1043

1043. QUIÉNES ESTÁN OBLIGADOS A PAGARLOS.— Desde luego, el principal obligado es el propio beneficiario; pero la jurisprudencia ha extendido subsidiariamente esta obligación a quienes tienen a su cargo el deber legal de asistencia del enfermo (esposo, padre de hijos menores) y a los obligados a prestar alimentos (ver nota 36), como que la atención médica integra dichos alimentos. Asimismo, se ha declarado que está obligado al pago el padre de hijos mayores que vivían a su cargo y bajo su amparo; el cónyuge supérstite por la atención prestada al prefallecido (ver nota 37); el concubino por la prestada a su concubina (ver nota 38).

El llamado del médico hecho por un tercero a simple título amistoso o humanitario, no lo obliga al pago de los honorarios si no se prueba que pesa sobre él una obligación alimentaria (ver nota 39).

A veces el médico no ha sido llamado ni por el enfermo, ni por sus familiares, sino por un tercero; incluso puede ocurrir que el médico haya asumido la atención por propia determinación, como puede suceder con un herido o accidentado en la vía pública. Si teniendo en cuenta las circunstancias del caso era razonable que se prestara la asistencia, el beneficiario de ella es responsable. Y con tanta mayor razón lo es si a pesar de no poderse consultar a los familiares por la urgencia del caso, ni al enfermo por no encontrarse en condiciones de serlo, el médico de cabecera recabó la colaboración de un colega (ver nota 40).

1110/1044

1044. RUPTURA DEL CONTRATO POR DECISIÓN UNILATERAL DE LAS PARTES. — El enfermo que ha convenido con un médico el tratamiento de una enfermedad, puede en cualquier momento prescindir de sus servicios, sin otra obligación que pagarle los que ya le hubiera prestado y no lo que el médico esperase ganar con el tratamiento completo. Es una solución impuesta por razones similares a las que pusimos de relieve con motivo de la ruptura del contrato entre los abogados y sus clientes: el tratamiento se funda en la confianza depositada por el enfermo en su médico; y no es concebible que se le imponga la obligación de continuar con sus servicios, cuando ya la ha perdido (ver nota 41).

Si el médico está remunerado a sueldo, en condiciones de subordinación, continuidad en la prestación del servicio, horario, etcétera, la ruptura unilateral por el empleador hace surgir en su favor el derecho a la indemnización de despido y preaviso (art. 6º, decreto 22212/1945).

1110/1045

1045.— También el médico puede en cualquier momento poner fin a la prestación de sus servicios, siempre que la interrupción no sea intempestiva ni pueda provocar perjuicios en la salud del enfermo que queda sin asistencia, en cuyo caso será responsable de los daños que ocasione.

1110/1046

1046-1047. PRESCRIPCIÓN.— La acción por cobro de los honorarios médicos prescribe por dos años; el plazo corre desde los actos que crearon la deuda (art. 4032).

Si se trata de una enfermedad breve o de una operación quirúrgica, el plazo se cuenta desde que concluyó el tratamiento, no desde el momento en que se prestaron cada uno de los servicios, pues ellos constituyen un todo indivisible (ver nota 42); en cambio, si la enfermedad es crónica, la prescripción corre a partir del 31 de diciembre de cada año durante el cual se va prestando la atención médica, pues la costumbre profesional es pasar la cuenta a fin de año (ver nota 43).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad civil del médico, Buenos Aires, 1979; BUERES, Responsabilidad civil del médico, Buenos Aires, 1979; LORENZETTI, Responsabilidad civil de los médicos, Santa Fe, 1986; TRIGO REPRESAS, Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de cosas inanimadas, L.L., 1981-B, p. 762; íd., nota en L.L., 1981-D, p. 133; TOBÍAS, En torno a la responsabilidad civil de los médicos, E.D., t. 84, p. 827; YUNGANO, LÓPEZ BOLADO, POGGI y BRUNO, Responsabilidad profesional de los médicos, Buenos Aires, 1986.

(nota 2) Además de la bibliografía citada en nota anterior, véase SALVAT, Responsabilidad

civil de los médicos, L.L., t. 8, sec. doct., p. 9; COLOMBO, En torno a la responsabilidad civil de los médicos, L.L., t. 36, p. 794; HALPERIN, Responsabilidad civil de los médicos, L.L., t. 1, p. 217; ACUÑA ANZORENA, Naturaleza de la responsabilidad médica y término de prescripción de la acción resarcitoria, J.A., t. 74, p. 525; VILLEGAS PULIDO, Responsabilidad de los médicos, J.A., t. 75, sec. doct., p. 56; nota sobre jurisprudencia francesa en J.A., t. 51, p. 887; MAZEAUD, Traité de la responsabilité civile, t. 1, núms. 508 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - ESMEIN, t. 6, núms. 524 y sigs.; VISINTINI, Trattato breve de la responsabilità civile, Padova, 1996, ps. 235 y sigs.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 29/7/1977, E.D., t. 74, p. 561; Sala B, 22/12/1964, J.A., 1965-III, p. 67; Sala C, 17/6/1964, E.D., t. 8, p. 295; Sala D, 20/4/1981, J.A., 1982-II, p. 482 ; Sala C, 10/12/1981, E.D., t. 98, p. 576; SALVAT, op. cit. en nota anterior y Contratos, t. 4, nº 2986; LALOU, La responsabilité civile, nº 170; MAZEAUD, Traité de la responsabilité civile, t. 1, núms. 148 y 508.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C. 6/4/1976, L.L., 1976-C, p. 67; C. Apel. San Martín, 28/9/1979, E.D., t. 87, p. 335; C. Apel. San Isidro, 18/11/1976, L.L., 1977-B, p. 419; C. Fed. Cap., 29/8/1977, L.L., 1978-A, p. 73; COLOMBO, L.L., t. 36, p. 794; MAZEN, Essai sur la responsabilité civile des médecins, p. 55; DEMOLOMBE, t. 31, nº 542; es también la doctrina de la actual jurisprudencia francesa; MAZEAUD, Traité de la responsabilité civile, t. 1, núms. 508 y sigs.

(nota 5) En sentido concordante, C. Fed. Cap., Sala III, 5/11/1981, J.A., 1983-I, p. 1181; NAST, nota en Dalloz, 2/5/1932; PEYTEL, nota en Gaz. Pal., 1940-2; chron. p. 48; RÍOS, nota en J.A., t. 5, p. 571; ATAZ LÓPEZ, Los médicos y la responsabilidad civil, p. 238; es también el criterio de la jurisprudencia italiana, VISINTINI, Trattato breve de la responsabilitá civile, ps. 235 y sigs.

(nota 6) MAZEAUD, Traité de la responsabilité civile, t. 1, nº 508.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 14/9/1976, E.D., t. 72, p. 525; declaración de las Primeras Jornadas Provinciales de Mercedes.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala A, 14/5/1975, E.D., t. 71, p. 189; Sala B, 22/12/1964, J.A., 1965-III, p. 67; íd. 11/3/1985, L.L., 1986-A, p. 413; Sala C, 20/10/1976; E.D., t. 73, p. 493; íd., 10/12/1981, L.L., t. 98, p. 576; Sala E, 19/12/1977, E.D., t. 77, p. 246; C. Esp. Cap., Sala IV, 11/11/1985, L.L., 1986-B, p. 76; C. Apel. La Plata, 5/8/1958, J.A., 1958-IV, p. 531.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala B, 31/5/1983, E.D., t. 106, p. 220; Sala C, 10/12/1981, E.D., t. 98, p. 576; íd., 17/6/1985, L.L., 1986-C, p. 39; Sala D, 11/9/1985, L.L., 1986-A, p. 413.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala A, 29/8/1989, E.D., nº 42.091; C. Civil Cap., Sala F, 24/8/1982, E.D., t. 102, p. 331; C. Fed. Cap., Sala I, 8/10/1982, E.D., t. 103, p. 578; íd. 10/8/1984, L.L., 1985-A, p. 612.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala A, 29/7/1977, E.D., t. 74, p. 561; Sala F, 28/4/1982, E.D., t. 102, p. 313; íd., 28/7/1981, J.A., 1982-IV, p. 227 ; Sup. Corte Buenos Aires, 3/9/1988, Rev. Tribunales, nº 10, p. 60.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala C, 10/12/1981, E.D., t. 98, p. 576.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala I, 25/10/1990, E.D., fallo nº 43.206; Sala E, 31/5/1996, L.L., fallo nº 94.753; íd., Sala F, 6/3/1995, L.L., fallo nº 94.218; C. Fed. Cap., Sala II, 16/4/1994, L.L., fallo nº 93.403; Sup. Corte Buenos Aires, 25/8/1988, L.L., 1989-C, p. 622.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala B, 11/9/1985, E.D., t. 116, p. 283; Sala I, fallo citado en nota anterior; Sala E, fallo citado en nota anterior.

(nota 15) LORENZETTI, Responsabilidad civil de los médicos, p. 211.

(nota 16) C. Esp. Cap., Sala IV, 11/11/1985, L.L., 1986-B, p. 76; S.T. La Rioja, 26/10/1981, J.A., 1982-IV, p. 116 .

(nota 17) C. Civil Cap., Sala B, 29/3/1979, E.D., t. 83, p. 431; íd., 11/9/1985, L.L., 1986-A, p. 413; Sala C, 17/6/1964, E.D., t. 8, p. 295; Sala D, 16/2/1984, L.L., 1984-C, p. 581, con nota de Trigo Represas; íd., 24/2/1981, J.A., 1982-II, p. 482; Sala E, 19/12/1977, E.D., t. 77, p. 246; Sala F, 5/12/1978, E.D., t. 82, p. 488; íd., 24/8/1982, E.D., t. 102, p. 331; íd., 27/7/1981, J.A., 1983-IV, p. 27; Sala G, 15/4/1985, L.L., 1985-C, p. 548; C. Fed. Cap., Sala II, 25/6/1982, E.D., t. 102, p. 446.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala C, 24/8/1982, E.D., t. 102, p. 203; Sala E, 20/9/1985, L.L., 1986-A, p. 469.

(nota 19) De acuerdo: VÁZQUEZ FERREYRA, Responsabilidad civil en la cirugía plástica y obstétrica, L.L., 1995-B, p. 1238 (prolijo estudio del problema); PATANE y PATANE VILLALONGA, Cirugía estética, diario de L.L. del 4/11/1996; CHABAS, Responsabilidad médica y seguro en el derecho francés, L.L., 1984-D, p. 932; SAGARNA, nota al fallo nº

94.756 de L.L.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala B, 11/9/1985, L.L., 1986-A, p. 413; Sala C, 10/12/1981, E.D., t. 98, p. 576; Sala D, 20/4/1981, L.L., 1982-C, p. 509; Sala F, 2/9/1983, E.D., t. 106, p. 484; Sala H, 12/3/1991, E.D., t. 143, p. 492.

(nota 21) C. Civil Cap., Sala D, 15/5/1992, L.L., 1992-D, p. 579, con nota concordante de Bustamante Alsina; Sala D, 9/8/1989, L.L., 1990-E, p. 416; Sala K, 7/9/1989, J.A., 1990-I, p. 222 ; BUERES, Responsabilidad civil de los médicos, t. 1, p. 84, 2ª ed.; VÁZQUEZ FERREYRA, La prueba de la culpa médica, p. 95; KEMELMAJER DE CARLUCCI, "La culpa profesional en las directivas de la Comunidad Económica Europea", en la obra Responsabilidades profesionales, p. 289; GESUALDI, Responsabilidades profesionales, p. 259; MORELLO, op. cit., ps. 21 y sigs.

(nota 22) C. C. Fed. Cap., Sala II, 17/7/1992, L.L., fallo nº 91.049.

(nota 23) C. Civil Cap., Sala J, 29/9/1994, L.L., 1995-D, p. 549.

(nota 24) MOSSET ITURRASPE, La cosa riesgosa en la responsabilidad contractual, E.D., 1993-A, p. 155, quien cita en su apoyo las declaraciones de las comisiones que se ocuparon de este tema en las Quintas Jornadas Rioplatenses de Derecho (1989) y en las Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1989).

(nota 25) TRIGO REPRESAS, Nuevamente sobre la responsabilidad civil por el empleo de cosas en el acto médico, L.L., 1994-D, p. 1007.

(nota 26) C. Civil de la Cap., Sala B, 17/9/1981, E.D., t. 96, p. 981; Sala C, 24/8/1982, E.D., t. 102, p. 206; Sala E, 9/11/1983, L.L., 1984-B, p. 145; C. Esp. Cap., Sala IV, 24/3/1983, E.D., t. 104, p. 209.

(nota 27) De acuerdo: BUERES, Responsabilidad civil de las clínicas, p. 30, MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad civil del médico, p. 112.

(nota 28) C. Civil Cap., Sala F, 24/8/1982, E.D., t. 182, p. 331.

(nota 29) Sup. Corte Buenos Aire, 15/12/1992, L.L., 1993-B, p. 249.

(nota 30) Dijo el doctor Llambías en un voto que se registra en L.L., t. 104, p. 470: “Es justo que se tenga en consideración la fortuna del enfermo, porque debiéndose prestar la asistencia médica sin fines de lucro y aun en favor de quienes carecen de medios pecuniarios por fuerza de la solidaridad que deben sentir los hombres entre sí, los que tienen posibilidades han de pagar por los que carecen de ellas”.

(nota 31) De acuerdo en que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias aludidas en este párrafo: C. Civil 1ª Cap., 8/8/1950, J.A., 1951-I, p. 488 y L.L., t. 59, p. 696; C. Civil Cap., Sala B, 29/3/1979, E.D., t. 83, p. 431; Sala A, 4/12/1980, E.D., t. 93, p. 183; C. Civil Cap., Sala C, 10/9/1951, J.A., 1952-I, p. 599.

(nota 32) C. Civil 1ª Cap., 4/4/1927, J.A., t. 24, p. 430; C. Civil 2ª Cap., 30/4/1920, J.A., t. 4, p. 201.

(nota 33) C. Civil 1ª Cap., 13/7/1918, J.A., t. 2, p. 50; íd., 3/12/1923, J.A., t. 11, p. 1232 y fallos citados en nota; civ 2ª Cap., 30/4/1920, J.A., t. 4, p. 201.

(nota 34) C. Civil Cap., Sala C, 19/9/1956, causa 35.222 (inédita); C. Com. Cap., 9/4/1947, J.A., 1947-II, p. 47.

(nota 35) C. Civil 2ª Cap., 24/7/1935, J.A., t. 51, p. 183; C. Paz Let. Cap., 25/31940, J.A., t. 70, p. 212.

(nota 36) C. Civil Cap., Sala A, 23/7/1963, causa 88.077 (inédita); C. Civil 1ª Cap., 10/11/1920, J.A., t. 5, p. 523; íd., 14/12/1937, L.L., t. 8, p. 1212; Sup. Corte Buenos Aires, 30/5/1950, J.A., 1950-III, p. 732.

(nota 37) C. Civil 1ª Cap., 23/8/1929, J.A., t. 30, p. 673; C. Civil 2ª Cap., 23/6/1933, J.A., t. 42, p. 824.

(nota 38) C.Civil 1ª Cap., 1/8/1921, J.A., t. 7, p. 115; 1ª Inst. Cap., 26/6/1942, L.L., t. 27, p. 190.

(nota 39) C. Civil 1ª Cap., 25/3/1919, J.A., t. 3, p. 145; C. Civil 2ª Cap., 27/8/1947, J.A., 1947-IV, p. 79; C. Fed. Mendoza, 29/7/1944, J.A., 1944-III, p. 688.

(nota 40) C. Apel. 1ª Bahía Blanca, 20/10/1961, L.L., t. 108, p. 388.

(nota 41) Es la solución del Código italiano, art. 2237; de acuerdo: ENNECCERUS - LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 145, 3 b).

(nota 42) C. Civil 2ª Cap., 11/10/1920, G. F., t. 28, p. 357; C. Paz Let. Cap., 6/8/1936, G. P., t. 10, p. 210; C. Apel. 2ª La Plata, 28/12/1951, J.A., 1952-II, p. 73.

(nota 43) C. Civil Cap., Sala C, 26/7/1957, L.L., t. 89, p. 428; C. Civil 1ª Cap., 25/4/1947, J.A., 1947-II, p. 143; C. 2ª Apel. La Plata, 28/12/1951, J.A., 1952-II, p. 73.

.— SERVICIOS DE ARQUITECTOS, INGENIEROS Y AGRIMENSORES

1110/1048

1048. NATURALEZA JURÍDICA.— La naturaleza jurídica de los servicios prestados por los arquitectos e ingenieros es una de las cuestiones más debatidas. Mientras algunos autores ven en ellos un mandato, otros lo conciben como una locación de obra, otros en fin como un contrato complejo. La dificultad se debe, sobre todo, a la variedad de tareas que tales profesiones imponen. Los arquitectos o ingenieros pueden limitarse a proyectar la obra o pueden también dirigirla; con frecuencia están autorizados por el dueño para aceptar o rechazar materiales y para verificar y aprobar las cuentas. A nuestro juicio, el problema no puede resolverse sino sobre la base de una discriminación de tareas:

a) En cuanto proyectista, el arquitecto o ingeniero realiza una creación intelectual específica de su profesión; en este aspecto, estamos en presencia de un contrato atípico, que según lo hemos sostenido anteriormente (nº 1029), no puede asimilarse a ningún otro de los legislados en el Código.

b) En cuanto director de obra sus funciones parecen encuadrar típicamente en el concepto de locación de obra y no de mandato, como se ha pretendido (ver nota 1), pues no tienen la representación del propietario para la celebración de actos jurídicos, sino que cumplen la tarea de vigilancia y dirección que éste les ha encomendado.

c) Si el arquitecto está, además, autorizado por el dueño a verificar y aprobar las cuentas presentadas por el constructor, hay indiscutiblemente mandato, pues se trata de actos jurídicos que obligan al dueño o mandante, a quien debe reconocérsele la potestad de revocar en cualquier momento dicha autorización (ver nota 2).

1110/1049

1049.— Agreguemos que la cuestión relativa a si la tarea que cumplen los arquitectos e

ingenieros configura una locación de obra, ha sido discutida sobre todo teniendo en mira el problema de si estos profesionales tienen o no el derecho a cobrar lo que hubieran podido ganar en caso de llevar a término sus trabajos, en caso de ruptura unilateral del contrato por el comitente. Pero para llegar a la conclusión afirmativa, no es necesario recurrir a los preceptos relativos al régimen jurídico de la locación de obra; basta con aplicar las reglas generales sobre obligaciones de hacer, como lo pondremos de manifiesto en seguida (nº 1052).

1110/1050

1050. REMUNERACIÓN.— La retribución de los servicios prestados por ingenieros, arquitectos y agrimensores está sujeta a arancel (decretos 7887/1995 y 16145/1957), que fija las retribuciones mínimas (art. 1º, decreto 16145/1957); todo convenio que estableciera una cantidad menor sería ineficaz, pues las disposiciones legales son de orden público (art. citado); pero nada se opone a que las partes convengan una retribución más elevada.

Para dar flexibilidad al sistema, los Consejos Profesionales quedan autorizados a disminuir los honorarios en la medida y oportunidad que el ejercicio profesional les aconseje (decreto 16145/1957).

Sin perjuicio de lo expuesto, deberá tenerse presente que el decreto 2284/1991 ha derogado toda norma que contraríe la desregulación económica arancelaria (arts. 8º y 118).

El arquitecto o ingeniero no pueden pretender remuneración si el proyecto no se ajusta a las instrucciones o adolece de deficiencias técnicas notorias (ver nota 3), pero en cambio tienen derecho a ella aunque la obra no se realice por decisión del dueño o fuerza mayor (ver nota 4).

1110/1051

1051. TRABAJOS PRESTADOS POR PERSONAS QUE CARECEN DE TÍTULO HABILITANTE; REMISIÓN.— Sobre el problema de si tienen derecho a remuneración las personas que sin tener título habilitante, realicen trabajos propios de arquitectos o ingenieros, véase número 1000.

1110/1052

1052. RUPTURA UNILATERAL DEL CONTRATO.— La persona que encarga a un ingeniero, arquitecto o agrimensor la confección de planos, proyectos o dirección de obra, no puede prescindir de sus servicios sin pagarle el trabajo ya realizado y las ganancias que hubiera podido obtener en caso de concluir los trabajos encomendados. En esta hipótesis no existen las razones específicas que en el caso de los médicos y abogados obligan a adoptar una solución restrictiva y recuperan plena vigencia los principios generales relativos a la indemnización por incumplimiento de las obligaciones contraídas, indemnización que debe

comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante (arts. 519 y sigs.) (ver nota 5). De igual modo, el profesional que sin justa causa legal interrumpe su trabajo y se niega a llevarlo a término, debe indemnizar a su cliente de todos los daños y perjuicios que tal actitud le signifique.

Los profesionales que trabajan a sueldo y en relación de dependencia, gozan de la protección de la ley de despido (véase nº 1029).

1110/1053

1053. PRESCRIPCIÓN.— No existe plazo especial para la prescripción de los honorarios de arquitectos, ingenieros y agrimensores; se aplica por consiguiente, el plazo común del art. 4023 (ver nota 6).

(nota 1) En este sentido: PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 910; COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 708. En contra y por la tesis sostenida en el texto: C. Civil Cap., Sala E, 5/8/1961, L.L., t. 104, p. 554; C. Com. Cap., 20/10/1949, L.L., t. 53, p. 121; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 79; SÁNCHEZ FONTANS, El contrato de construcción, t. 1, nº 25.

(nota 2) De acuerdo: SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 802. En contra, sosteniendo que hay locación de obra, SÁNCHEZ FONTANS, Contrato de construcción, t. 1, nº 25.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala D, 29/3/1960, J.A., 1960-VI, p. 20, con nota de RIVAROLA.

(nota 4) Fallo citado en nota anterior.

(nota 5) De acuerdo: C. Com. Cap., 20/10/1949, L.L., t. 53, p. 121; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. I, nota 172; ENNECCERUS - LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 145, 3, nota 16.

(nota 6) C. Civil Cap. en Pleno, 27/1/1937, L.L., t. 8, p. 389; C. Apel, 2ª La Plata, 24/10/1950, L.L., t. 61, p. 154.

§ 3.— Contratos deportivos (ver nota 1)

1110/1054

1054. NATURALEZA JURÍDICA.— La atracción que el deporte ejerce sobre el espíritu

del hombre moderno ha dado origen a un nuevo tipo de contrato, que vincula al deportista con los clubes, entidades promotoras de espectáculos, managers, etcétera. Se trata de una figura jurídica que no ha atraído hasta ahora la atención de los juristas; la literatura sobre el tema es pobrísima, no obstante su difusión e importancia.

El primer problema a dilucidar es el de su naturaleza jurídica. Algunos tribunales, movidos por la tendencia contemporánea a proteger toda forma lícita de actividad humana, han declarado que se trata de un contrato de trabajo (ver nota 2). Es, nos parece, una tesis insostenible. Las diferencias entre ambos contratos son notorias y sustanciales. Es verdad que el deportista profesional está muchas veces sometido a una disciplina rigurosa; pero esto es más bien una exigencia del entrenamiento, destinado a lograr una plenitud física, y poca semejanza tiene con la subordinación propia del contrato de trabajo. Por lo demás, la actividad del deportista no se vincula con la producción, ni con las relaciones entre el capital y el trabajo, puede ser objeto de sanciones disciplinarias no sólo por su empleador, sino también por entidades extrañas al contrato, que tienen la dirección general del deporte y que pueden aplicar penas inclusive contra la voluntad del empleador, lo que resultaría inconcebible en un contrato de trabajo; el deportista puede ser inhabilitado para actuar dentro y fuera del país, lo que es incompatible con el principio esencial de la libertad de trabajo (ver nota 3); el empleador puede hacer retenciones de sueldos o salarios en concepto de multas, cosa que no puede hacer el patrón (art. 131 , ley 20744); no se aplican a los deportistas las disposiciones relativas a los accidentes del trabajo, la indemnización de despido, el pago del aguinaldo (ver nota 4); ni se conciben respecto de ellos los contratos colectivos, puesto que el deportista notorio tiende a diferenciarse de sus compañeros y a crearse una situación de máximo privilegio, en tanto que el espíritu que impulsa los contratos colectivos es esencialmente igualitario. En suma, no se les aplica la legislación laboral. Sólo a martillazos, dice MOSSA, podría encajarse esta figura jurídica dentro del marco del contrato de trabajo (ver nota 5).

Es necesario admitir, por lo tanto, que se trata de un contrato atípico, que no encuadra dentro de las figuras clásicas legisladas en el Código y que debe llamarse contrato deportivo (ver nota 6).

Sin embargo, es indudable que algunas analogías presentan estos dos contratos, pues en definitiva en ambos hay una actividad sujeta a una relación de dependencia y destinada a ganarse la vida. Ello explica que la ley 20160, que regula el estatuto del fútbol profesional, declare aplicable en forma subsidiaria a esos contratos, la legislación laboral en cuanto resulte compatible con las características de la actividad deportiva (art. 1º <>). Y por razones análogas, consideramos aplicable al caso el nuevo art. 128 que autoriza a los menores que han cumplido 18 años a trabajar sin necesidad de consentimiento paterno (ver nota 7).

1110/1055

1055. REMUNERACIÓN.— La remuneración del deportista profesional asume las más variadas formas. Así, por ejemplo, los boxeadores de segunda categoría son pagados con una cantidad fija, en tanto que las figuras de primera magnitud tienen por lo común un

porcentaje sobre las entradas y frecuentemente se les garantiza una suma mínima.

Los jugadores de fútbol tiene sueldos fijos y además reciben premios por partidos ganados, por puntos logrados y por primas pagadas en el momento de la concertación o renovación del contrato. Estos pagos extraordinarios suelen tener mucha mayor importancia que el sueldo fijo y confieren al contrato un carácter aleatorio (ver nota 8).

A falta de disposiciones legales específicas, toda esta materia ha quedado librada al principio de la libertad contractual.

1110/1056

1056. TÉRMINO DEL CONTRATO.— Los contratos deportivos tienen generalmente un término prefijado (a diferencia de lo que ocurre con el contrato de trabajo, que generalmente carece de plazo); pero ocurre con frecuencia (y esto es particularmente notorio en el fútbol profesional) que no por haber terminado el contrato, queda libre el jugador para suscribir un nuevo contrato con la entidad que le convenga. Las entidades que dirigen el deporte celebran acuerdos entre ellas según los cuales ningún club puede contratar un jugador que ha pertenecido a otro, si éste no le da la autorización o pase.

La legitimidad de tal sistema es más que discutible, puesto que importa una restricción sustancial al principio de la libertad contractual, restricción que afecta nada menos que el derecho a ganarse el sustento valiéndose de la destreza peculiar con la que los deportistas están dotados. Pero en la práctica, el sistema funciona con todo rigor, pues nadie puede obligar a los clubes a que contraten un jugador; y estas entidades, por razones de elemental conveniencia económica, no contratan jamás un jugador si no tiene el pase de su club anterior. Es claro que si alguno lo hiciera, ese contrato sería legalmente inobjetable.

¿Podría la entidad que gobierna un deporte, imponer una sanción (multa, desafiliación) al club que contrata un deportista sin el pase del club al que pertenecía hasta entonces? Pensamos que tal sanción sería ilegal y que llevada la cuestión ante los tribunales, éstos, en ejercicio de su derecho de contralor de las sanciones impuestas por las asociaciones civiles (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, núms. 658 y sigs.), deberían dejarla sin efecto; de lo contrario se convalidaría un sistema cuya ilegalidad es notoria.

1110/1057

1057. CONTRATO DE BOXEO: SU VALIDEZ; CLÁUSULAS DE IRRESPONSABILIDAD.— Muchos son los deportes que entrañan riesgos físicos, a veces graves; pero el boxeo es el único en el cual los contendores se proponen golpear al otro hasta desvanecerlo si es posible. Las consecuencias no queridas suelen ser la desfiguración del rostro, la demencia traumática, la muerte. Cabe pues preguntarse si es legalmente válido el contrato para la celebración de una pelea entre profesionales. La opinión de los juristas es por lo común contraria a la validez (ver nota 9). Por nuestra parte, pensamos que no es posible pronunciarse lisa y llanamente por la nulidad. Un match suele originar gastos

importantes en preparación de los boxeadores, propaganda, organización, alquiler del estadio, etcétera. No es justo que uno de los combatientes, que quizás haya hecho su fortuna en el ring, pueda negarse caprichosamente a cumplir su compromiso; provocando así serios perjuicios al organizador y al contendiente. Como por otra parte es repugnante al sentimiento jurídico que una persona pueda ser constreñida a afrontar una pelea quizá sangrienta y que alguien se beneficie con ella, creemos que puede fundarse en razones de equidad esta solución: quien se niega a cumplir su compromiso estará obligado a indemnizar el daño emergente o interés negativo, no así el lucro cesante. En cambio reputamos válido el contrato con el entrenador o manager, pues si bien se vincula con el boxeo, su objeto es defender los intereses del pupilo y perfeccionar su capacidad combativa, lo que en sí no es inmoral.

1110/1058

1058.— Frecuentemente los contratos celebrados para la concertación de un combate, contienen una cláusula de irresponsabilidad, por la cual ambos contendientes renuncian a toda acción por daños y perjuicios. Estas cláusulas son en verdad inoperantes. Quien acepta celebrar un match de box (u otro deporte peligroso) se somete voluntariamente al riesgo y en forma implícita renuncia a la acción de daños (ver nota 10). Las lesiones que sufra serán en realidad más bien el resultado de su propia imprudencia. Es claro que aludimos a los riesgos normales del deporte; en cambio, siempre será indemnizable un daño derivado de una acción ilícita, de un golpe prohibido. Pero aun en este supuesto, es preciso hacer una salvedad: si el golpe prohibido se ha dado sin culpa, en el ardor del combate o como consecuencia de un movimiento defensivo del adversario, no hay responsabilidad; en cambio, si la infracción es reiterada o evidentemente intencional, el que incurra en ella será responsable no obstante la cláusula de exención, pues no puede reconocerse validez a una estipulación que excuse la comisión de un delito (ver nota 11).

1110/15150

1058 bis. CONTRATOS DE TRANSFERENCIA DE JUGADORES DE FÚTBOL.— La transferencia de un jugador de fútbol hecha por un club a otro por gruesas sumas ¿es lícita? La cuestión es dudosa, pero la Sala D de la Cámara Civil de la Capital ha declarado que tales contratos no son contrarios a la moral y buenas costumbres, dado que como se requiere la conformidad del jugador no hay ataque a la libertad (ver nota 12). Sin embargo, la duda no reside allí, sino en la circunstancia de que el club resulta beneficiario de enormes sumas pagadas por la habilidad del jugador, que sólo recibe una pequeña parte. Es decir, el club recibe un precio que en justicia corresponde al jugador. No obstante estas objeciones, el sistema se ha generalizado en el mundo entero impuesto al parecer, por razones de buen ordenamiento de las relaciones entre los clubes y entre éstos y sus jugadores. Y en nuestro país ha tenido acogida legal en la ley 20160 <>, que regula las transferencias de un jugador de un club a otro, estableciendo que corresponderá al jugador el 10% del monto total que se abone por la transferencia.

1110/1059

1059. PRESCRIPCIÓN.— A falta de plazos específicos, rige la prescripción común del art. 4023 .

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: MAJADA, Naturaleza jurídica del contrato deportivo, Barcelona, 1948; AGRICOL DE BIANCHETTI, El contrato deportivo, L.L., t. 100, p. 695; MONZÓN, Los futbolistas profesionales y el contrato de trabajo, Derecho del Trabajo, 1949, p. 629; DEVEALI, Jugadores profesionales de fútbol y el contrato de trabajo, Derecho del Trabajo, 1950, p. 603; PÉREZ, El contrato deportivo y sus derivaciones laborales, L.L., 1981-B, p. 869.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala D, 6/11/1953, L.L., t. 73, p. 100; C. Trab. Cap., en Pleno, 15/10/1969, L.L., t. 136, p. 440; E.D., t. 29, p. 425; J.A., t. 6-1970, p. 198 ; Sup. Corte Buenos Aires, 16/3/1954, J.A., 1954-II, p. 268; Trib. Trab. Avellaneda, 25/7/1952, L.L., t. 67, p. 515.

(nota 3) Así lo hizo notar el Dr. Valdovinos en su voto en el plenario de la C. Trab. Cap., 31/10/1952, L.L., t. 68, p. 585.

(nota 4) C. Trab. Cap., plenario cit. en nota anterior.

(nota 5) MOSSA, cit., por MAJADA, Naturaleza jurídica del contrato deportivo, p. 58.

(nota 6) De acuerdo: C. Trab. Cap., en Pleno, 31/10/1952, L.L., t. 68, p. 585 (el tribunal modificó posteriormente su jurisprudencia, véase nota 1810); MAJADA, Naturaleza jurídica del contrato deportivo, ps. 479 y sigs.; MESSINEO, t. 6, § 162, nº 14.

(nota 7) Antes de la sanción de la ley 17711 <>, la C. 1ª Apel. Santiago del Estero había resuelto con razón que el registro de un menor como jugador profesional no podrá hacerse sin autorización de los padres, siendo nulo el contrato en el que se había prescindido de tal requisito: 22/3/1962, L.L., t. 109, p. 304.

(nota 8) MAJADA, op. cit. en nota anterior, p. 72.

(nota 9) MAZEAUD, Los contratos sobre el cuerpo humano, Anuario de Derecho Civil, Madrid, en.-mar. 1953, p. 89; BORREL y MACIÁ, La persona humana, nº 28.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala B, 23/12/1976, E.D., t. 72, p. 334, con nota de GOLDSCHMIDT.

(nota 11) De acuerdo: MAJADA, Naturaleza jurídica del contrato deportivo, p. 92.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala D, 22/3/1963, L.L., t. 110, p. 644 y J.A., 1963-III, p. 371.

LOCACIÓN DE OBRA Y CONTRATOS AFINES

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111012920 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111012920

1110/12920

CAPÍTULO XIX - LOCACIÓN DE OBRA (ver nota 1) (CONTRATO DE OBRA)

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111012930 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111012930

1110/12930

§ 1.— Conceptos generales

1110/1060

1060. CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA.— Se llama locación de obra al contrato en virtud del cual una de las partes se compromete a realizar una obra y la otra a pagar por esa obra un precio en dinero (art. 1493). En la terminología de nuestro Código se llama locador o arrendador al que ejecuta la obra, y locatario o arrendatario al que la paga (art. 1493 , último ap.).

Hemos explicado en otro lugar, el origen de esta denominación adoptada por Vélez Sarsfield (véase nº 974). Obedece a ideas y conceptos perimidos. Tan inactual es la idea de alquilar el trabajo, que las designaciones de locador y locatario, aplicadas a este contrato, carecen ya de vigencia y sólo sirven para confundir los conceptos. Así se explica que algunos autores, entre ellos nada menos que POTHIER (ver nota 2), llamen locador al que paga la obra, en tanto que otros, a cuya terminología adhirió VÉLEZ, lo llamen locatario.

En el derecho moderno se lo denomina contrato de obra o de empresa; (ver nota 3) el que ejecuta la obra se llama empresario y el que la paga, dueño de la obra o comitente. Es la terminología que seguiremos en nuestro estudio.

1110/1061

1061. CARACTERES.— El contrato de obra presenta los siguientes caracteres:

a) Es bilateral, pues origina obligaciones a cargo de ambas partes; y por lo tanto, oneroso;

b) Es consensual porque no requiere para su celebración ninguna formalidad, salvo casos de excepción a que aludimos más adelante (nº 1073);

c) Es de tracto sucesivo, porque sus efectos se prolongan en el tiempo;

d) Finalmente, es conmutativo, pues se supone que las contraprestaciones recíprocas son aproximadamente equivalentes.

1110/1062

1062. PARALELO CON OTROS CONTRATOS.— a) Con la compraventa; remitimos sobre el punto a los números 14 y siguientes.

1110/1063

1063. b) Con el contrato de trabajo.— Hemos tratado el tema en los números 978 y siguientes.

1110/1064

1064. c) Con el mandato.— Cuando el mandato es gratuito, la distinción entre ambas figuras es nítida, puesto que el contrato de obra siempre es oneroso; pero en la práctica, la mayor parte de las veces el mandato es también oneroso y, más aún, la ley presume esa onerosidad si consiste en atribuciones o funciones conferidas por la ley al mandatario o en trabajos de su profesión o modo de vivir (art. 1871). Es en esta zona en la que ambos contratos suelen confundirse. La distinción ha de establecerse sobre la base de los siguientes criterios:

1) En el mandato hay representación, que en cambio falta en el contrato de obra. Se ha hecho notar que este criterio no es infalible, puesto que a veces hay mandato sin representación, como ocurre en el mandato oculto; pero salvo este caso de excepción (ver nota 4), el mandatario actúa siempre a nombre del mandante; es éste un elemento característico del contrato que falta en la empresa y en el cual, por lo tanto, se puede

ordinariamente fundar la distinción.

2) El mandato tiene por objeto la realización de actos jurídicos por cuenta del mandante (art. 1869), en tanto que el empresario realiza actos materiales u obras, sean materiales o intelectuales, pero no actos jurídicos (ver nota 5).

La discusión sobre el punto se ha planteado sobre todo en torno a la naturaleza jurídica de los trabajos del arquitecto o ingeniero, tema que hemos tratado en otro lugar (nº 1048).

1110/1065

1065.— La dilucidación de la cuestión tiene una gran importancia práctica: 1) El mandatario obliga directamente al mandante por los actos que realiza a su nombre (art. 1946), quedando él eximido de toda responsabilidad; por el contrario, el empresario no obliga con sus actos al dueño de la obra, salvo la acción directa que tienen contra él los obreros y los proveedores de materiales (art. 1645). 2) El mandante puede revocar en cualquier momento el mandato sin incurrir por ello en ninguna responsabilidad (art. 1970), en tanto que el dueño de la obra que desiste debe pagar al empresario todas las utilidades que éste esperaba obtener de ella (art. 1638). 3) El mandato concluye por fallecimiento del mandante o del mandatario (art. 1963), en tanto que el contrato de obra se resuelve por fallecimiento del empresario pero no del dueño (art. 1640). 4) El empresario asume los riesgos de su empresa, en tanto que el mandatario debe ser indemnizado de todas las pérdidas que sufra con motivo de su gestión, siempre que no le fueren imputables (art. 1953).

1110/1066

1066. d) Con la locación de cosas.— Remitimos a lo dicho sobre el tema en el número 602.

1110/1067

1067. OBJETO.— Aunque las reglas de nuestro Código han sido pensadas teniendo en mira fundamentalmente la realización de una construcción u obra material, lo cierto es que el contrato de obra es mucho más amplio y alude a las obras más diversas, tales como la construcción de un edificio, puente, camino, etcétera, su modificación o refacción, y aun su demolición; la fabricación de una máquina o motor, su reparación, su desarme; la realización de obras intelectuales, tales como escribir un libro, una obra de teatro, una partitura, pintar un retrato, hacer una escultura, etcétera. Es más bien una familia de contratos, reunidos en torno a una prolífica madre, que es la locación de obra, para emplear la imagen de RUBINO (ver nota 6).

De acuerdo con las reglas generales relativas a los actos jurídicos (art. 953), ese objeto debe ser posible, lícito, concorde con la moral y las buenas costumbres y, finalmente, determinado.

Sobre este último punto, dispone el art. 1632 que a falta de ajuste sobre el modo de hacer la obra, y no habiendo medida, plano o instrucciones, el empresario debe hacer la obra según la costumbre del lugar o ser decidida la diferencia entre el locador y el locatario en consideración al precio estipulado. Ya volveremos más adelante sobre esta disposición; por ahora nos limitamos a hacer notar que el requisito de la determinación del objeto no es riguroso; siempre que existan en el contrato o en las costumbres del lugar elementos de juicio suficiente para establecer la intención de las partes, el contrato será válido. Entre esos dos elementos adquiere una relevancia particular el precio pactado, pues él da una pauta bastante elocuente de la extensión e importancia de las obligaciones contraídas. Es claro que si la indeterminación del objeto fuera completa, el contrato será nulo por más que el precio sea cierto.

1110/1068

1068. LOS MATERIALES; QUIÉN DEBE APORTARLOS Y A QUIÉN PERTENECEN. — La obligación de poner los materiales puede recaer sobre el empresario o el dueño; a falta de previsión sobre el punto, debe aportarlos el primero, salvo que lo contrario resulte de la costumbre del lugar para esa obra o surja de otros elementos de juicio, particularmente el precio (ver nota 7). Si han sido aportados por el empresario, le pertenecen hasta el momento de la entrega; el comitente no podrá reivindicarlos y sólo tendrá derecho a reclamar su entrega por vía de acción por cumplimiento de contrato, a menos que se trate de cosas muebles incorporadas como accesorios a otras de propiedad del comitente, en cuyo caso éste adquiere la propiedad desde el momento de la incorporación (ver nota 8). Si han sido aprobados por el comitente, éste conserva la propiedad sobre ellos, a menos que se trate de cosas fungibles (ver nota 9).

1110/1069

1069.— La calidad de los materiales debe ajustarse a la costumbre del lugar (véase núms. 1086 y sigs.). No sólo el dueño tiene derecho a rechazar materiales de mala calidad; también puede hacerlo el empresario cuando el dueño es quien debe proveerlos, puesto que está en juego no sólo su prestigio profesional sino su eventual responsabilidad frente al comitente y terceros.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: En esta materia son capitales las obras de SPOTA, Locación de obra, Buenos Aires, 1952 y la de RUBINO, L'appalto, Turín, 1946; además, véase: NÚÑEZ, Contrato de locación de obra, Buenos Aires, 1973, SALVAT, Contratos, t. 2, núms. 319 y sigs.; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, ps. 665 y sigs.; MACHADO, t. 4; SÁNCHEZ FONTANS, El contrato de construcción, Montevideo, 1953; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, núms. 906 y sigs.; COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, núms. 705 y sigs.; BAUDRY, LACANTINERIE y WAHL, Du louage, t. 2, 2ª parte; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, núms. 1287 y sigs.; DELVAUX, Droits et

obligations des entrepriseurs de travaux, París, 1934; ENNECCERUS - LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 147 y sigs.; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, ps. 298 y sigs.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 2, ps. 390 y sigs.

(nota 2) Oéuvres, t. 4, nº 393.

(nota 3) Así lo califican los autores franceses y españoles modernos (JOSSERAND, PLANIOL - RIPERT - ROUAST, BOULANGER, PUIG PEÑA, CASTÁN TOBEÑAS, PUIG BRUTAU), el Código alemán, art. 631; el suizo, arts. 363 y sigs.; el brasileño, arts. 1237 y sigs.; el mexicano, arts. 2616 y sigs.; el venezolano, arts. 1630 y sigs.

(nota 4) Más adelante volveremos con más detenimiento sobre este supuesto caso de mandato sin representación (nº 1624).

(nota 5) En la doctrina actual puede considerarse que hay unanimidad de opiniones acerca de que éstas son las dos directivas fundamentales para trazar la distinción entre ambos contratos: SPOTA, Locación de obra, t. 1, núms. 72 y sigs., especialmente nº 85; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, ps. 678 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, nº 909; SÁNCHEZ FONTANS, Contrato de construcción, t. 1, nº 23.

(nota 6) RUBINO, L'appalto, nº 10.

(nota 7) RUBINO, L'appalto, nº 92.

(nota 8) RUBINO, L'appalto, nº 95.

(nota 9) De acuerdo: RUBINO, L'appalto, nº 95; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 925.

A.— FORMACIÓN DEL CONTRATO

1110/1070

1070. CONCURSOS O LICITACIONES.— Ordinariamente, el contrato entre el empresario y el dueño de la obra se concluye después de tratativas directas; pero es también frecuente, sobre todo en obras importantes, el llamado a concurso o licitación. Ese concurso puede referirse bien a la calidad técnica o artística de la obra, en cuyo caso va normalmente acompañado de la designación de un jurado encargado de discernir el premio; o bien puede

el dueño fijar de antemano con precisión todas las características de la obra, licitando solamente su precio. Por lo común estos concursos llevan aparejada la obligación de adjudicar la obra al vencedor; pero también puede ocurrir que el dueño se reserve el derecho de no encargar la obra a ninguno y aun el de pasar sobre la oferta mejor y adjudicarla a otro que le merezca mayor confianza por su solvencia o capacidad técnica. También es frecuente la reserva del derecho de declarar desierto el concurso. La ley nacional de obras públicas establece expresamente que la presentación de las propuestas no da derecho alguno a los proponentes para la aceptación de aquéllas (art. 18 <>, ley 13064). Pero tratándose de un concurso realizado por un particular, sin salvedad alguna del derecho de prescindir de los servicios del ganador, debe entenderse que el triunfo en la competencia da derecho a que se le adjudiquen los trabajos o a reclamar los daños y perjuicios consiguientes (ver nota 1).

También es frecuente que, independientemente de la obra, se ofrezca un premio al vencedor. Algunos autores piensan que el dueño de la obra no queda liberado de su obligación de contratar pagando el premio, a menos que se hubiera reservado expresamente ese derecho (ver nota 2). Disentimos de ese punto de vista. El premio es esencialmente una garantía ofrecida a los eventuales proponentes, de que el esfuerzo del ganador se verá compensado de alguna manera; en otras palabras, es un modo implícito de reservarse el derecho de no adjudicar la obra, pues si el dueño estuviere obligado a hacerlo, el premio carecería de objeto, ya que la adjudicación es puramente académica, pues los concursos importantes en los que se ofrecen premios, dejan siempre a salvo el derecho del dueño de encargar o no la obra.

1110/1071

1071.— ¿Puede el ofertante retirarse en cualquier momento del concurso? En materia de licitaciones públicas, dispone la ley 13604 que los proponentes deben mantener sus ofertas por el plazo fijado en las bases de la licitación; si antes de resolverse la adjudicación dentro de ese plazo, la propuesta fuere retirada o si, invitado a firmar el contrato, no se presentara en forma y tiempo, perderá el depósito de garantía, sin perjuicio de la suspensión en el Registro de Constructores de Obras Públicas (art. 20 <>).

En lo que atañe a obras sacadas a concurso por un particular, pensamos que los proponentes tienen derecho a retirar sus propuestas hasta el momento en que la obra ha sido adjudicada (ver nota 3). Desde ese momento, el contrato se ha perfeccionado y no habrá ya derecho de arrepentimiento.

1110/1072

1072. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.— Con frecuencia las tratativas entre las partes (particularmente en la construcción de edificios) se llevan a cabo sobre la base de dibujos, anteproyectos, etcétera, sobre los que no ha mediado acuerdo ni se puede probar tampoco que hayan sido encomendados por el interesado, pero resulta indudable que éste por lo menos ha autorizado a que se le presenten como base de las discusiones. En

principio, tales trabajos y gastos corren por cuenta de la parte que los ha hecho, pues actúa en su propio interés y asume por propia determinación el riesgo del fracaso de las tratativas, ya que la otra parte no ha dado su consentimiento. Pero a veces las tratativas avanzan más de lo corriente; las conversaciones previas hacen concebir a una de las partes, legítimas esperanzas de que el contrato será concluido y la inducen a realizar gastos importantes. En ese momento, la otra desiste intempestivamente y sin ninguna razón vinculada con el desarrollo mismo de las negociaciones. La buena fe que debe presidir la negociación no permite una ruptura irrazonable, sin causa o arbitraria de las tratativas y, si esto sucede, es justo indemnizar a quien se ha perjudicado (ver nota 4). En el fondo, es una aplicación de la idea del abuso del derecho, pues se reconoce que la conducta del que rompió las tratativas, ha sido abusiva.

1110/1073

1073. FORMA.— La ley no prescribe forma alguna para el contrato de obra, que queda concluido por el simple consentimiento, sea verbal o escrito (ver nota 5). Sólo por excepción, algunos contratos de obra deben llenar exigencias formales: a) El contrato de obras públicas nacionales debe celebrarse por escrito (art. 21 <>, ley 13604), aunque no es necesaria la escritura pública. Forman parte del contrato, según la misma disposición legal, las bases de la licitación, el pliego de condiciones, las especificaciones técnicas y demás documentos de la licitación. b) El contrato de construcción de un buque de más de diez toneladas debe hacerse constar por escrito e inscribirse en el Registro Nacional de Buques, para que el dueño pueda hacer valer su derecho de dominio respecto de terceros (arts. 148 y 149, ley 20094). c) La construcción y venta de un edificio de propiedad horizontal, debe estar precedida por la afectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal, hecha por escritura pública, que debe inscribirse en el Registro de la Propiedad; los contratos de venta de las unidades (que referidos a los edificios a construir configuran una locación de obra) tienen prolijas exigencias formales establecidas en la ley 19274 <>(véase el estudio del tema en nuestro Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dLnkZ5fDJZ5fnivelZ5fdeZ5fKorte07699Z2ehtmZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_D11101074
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dLnkZ5fDJZ5fnivelZ5fdeZ5fKorte07699Z2ehtmZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_D11101074
1110/1074

1074. PRUEBA.— A falta de disposiciones especiales sobre el punto, rigen las reglas generales de los arts. 1191 y siguientes. El contrato de obra puede probarse por cualquier medio con excepción de testigos, si su valor fuera superior a diez mil pesos (art. 1193); pero los testigos serán útiles, cualquiera sea el valor del contrato, si hay principio de prueba por escrito o si una de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato (art. 1191).

Es preciso no confundir el contrato en sí mismo, con los hechos vinculados con su incumplimiento y ejecución: éstos pueden probarse incluso por testigos (ver nota 6).

Un problema de prueba muy frecuente se presenta respecto de los llamados adicionales ordenados verbalmente por el dueño, que no figuran en el contrato originario. La jurisprudencia ha resuelto que en estos casos basta con el acuerdo tácito y que ese acuerdo se presume cuando el dueño recibe la obra sin reservas (ver nota 7).

1110/1075

1075. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA; HIPÓTESIS DE CONTRADICCIÓN ENTRE DISTINTAS CLÁUSULAS.— Los contratos de obras materiales —particularmente si son importantes— suelen acompañarse de una documentación complementaria (pliegos de condiciones generales y particulares, presupuestos, planos generales y de detalle, etc.); todos ellos forman parte del contrato. Así lo establece específicamente la ley 13064 (art. 21 <>) respecto de las obras públicas y evidentemente la misma solución debe aplicarse en las particulares, pues tal documentación integra el acuerdo de voluntades (ver nota 8).

Como estos documentos son extensos y numerosos, no es difícil encontrar contradicciones entre sus cláusulas. El problema debe ser resuelto por el juez, de acuerdo con las circunstancias propias de cada caso, y según las normas interpretativas que hemos estudiado en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, núms. 888 y sigs.). Sólo deseamos considerar aquí un supuesto específico referido a este contrato. Los pliegos de condiciones suelen incluir numerosas cláusulas-tipo habituales en todos los contratos análogos. Si luego resulta una contradicción entre ellas y otras disposiciones del contrato, en principio hay que admitir que son éstas las que expresan la verdadera voluntad de las partes, pues es lógico pensar que la cláusula-tipo ha sido incorporada mecánica e irreflexivamente al acuerdo (ver nota 9). Sin perjuicio de que del contexto del contrato, interpretado en su conjunto, pueda resultar una conclusión diferente.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111012950
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111012950

1110/12950

B.— DISTINTOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN DE OBRAS

1110/1076

1076. SISTEMAS MÁS COMUNES EN LA EJECUCIÓN DE OBRAS MATERIALES.— El Código Civil, que tan pobremente ha reglamentado este contrato, no prevé los distintos sistemas a que puede ajustarse la ejecución de una obra material; en cambio, la ley de obras públicas establece que ellas pueden ser ejecutadas por unidad de medidas, por coste y costas, y por ajuste alzado, sin perjuicio de otros sistemas de excepción que se establezcan (art. 5º <>, ley 13064). Son éstos los sistemas más frecuentes también en las contrataciones

privadas y, no obstante la falta de reglamentación legal, tienen plena validez de acuerdo al principio de la libertad de las convenciones (art. 1197).

1110/1077

1077. a) Ajuste alzado.— La obra se contrata por ajuste alzado cuando las partes fijan desde el comienzo un precio fijo e invariable. Las modificaciones en el precio de los materiales o de la mano de obra, benefician o perjudican al contratista y no alteran el precio. A veces el propietario se compromete a reconocer ciertas alteraciones en el precio, dentro de límites topes; es lo que se llama ajuste alzado relativo, por oposición al común o absoluto, en el que no hay variación de ninguna naturaleza.

1110/1078

1078. b) Por unidad de medida.— El precio se fija por medida o por unidades técnicas; por ejemplo, por kilómetro de camino. Aquí no se fija el precio total, que, empero, es también invariable como en el caso anterior, pues resulta de multiplicar el número de unidades encargadas por el precio fijado a cada una de ellas. Así, por ejemplo, se contrata la construcción de un camino de cincuenta kilómetros, fijándose el precio de un millón de pesos el kilómetro. Estos contratos dejan la puerta abierta para que las partes puedan continuar la obra emprendida en las mismas condiciones, si el contrato sigue siendo conveniente para ambas. Basta en tal caso una simple orden del comitente, sin que sea necesario formalizar un nuevo contrato con nuevas y completas estipulaciones.

1110/1079

1079. c) Por coste y costas.— El precio de la obra se fija teniendo en cuenta lo que ella costaría de mantenerse los actuales precios de los materiales y salarios; pero se reconoce al contratista el derecho de reajustarlo de acuerdo con las variaciones de aquéllos. Esta contratación admite dos modalidades: o bien el aumento se limita estrictamente a los rubros indicados (materiales y mano de obra) sin afectar la retribución reconocida al empresario que se mantiene invariable, o bien se reconoce también un aumento de gastos generales y retribución proporcional al aumento que en su conjunto han experimentado los materiales y la mano de obra. Agreguemos todavía, que el contratista no podrá pretender aumentos que se han producido después de vencido el plazo en que debió terminar la obra, pues en esta hipótesis, el perjuicio se ha originado en su incumplimiento; salvo, naturalmente, que pruebe que la demora se ha originado en un caso fortuito o fuerza mayor.

1110/1080

1080.— Se comprende que, desde el punto de vista del dueño, el sistema más conveniente es el de ajuste alzado o por unidad de medida, pues así queda a cubierto de sorpresas; inclusive, no deja de tener sus ventajas desde el punto de vista del empresario, pues como el

sistema inspira mayor confianza, le será más fácil contratar con un margen mayor de beneficio. Pero la inflación ha impuesto hoy en toda obra importante y de duración prolongada, el sistema de coste y costas. Si no es sobre la base del reconocimiento del aumento de los materiales y la mano de obra, los empresarios no pueden afrontar un contrato que para ellos se haría muy aleatorio; y a los dueños les asegura que el contratista sólo tendrá una ganancia razonable calculada en función del valor real de la obra. En suma, la construcción por ajuste alzado es más conveniente en épocas de estabilidad económica; el de coste y costas en períodos de inflación.

1110/1081

1081. d) Contratos separados.— También puede el dueño de la obra suscribir contratos separados para la realización de las distintas partes de una misma obra; así, por ejemplo, a una empresa encarga la demolición, a otra la estructura de hormigón, a otra la obra de albañilería, a otra los sanitarios, etcétera. Se trata de contratos independientes unos de otros.

1110/1082

1082. e) Subcontratos.— Es también posible que la obra se haya encargado a una sola empresa y que ésta subcontrate por su cuenta los distintos aspectos de las construcción. En este caso, el contratista principal pasa a ser dueño de la obra respecto de los subcontratistas que están vinculados con él.

1110/1083

1083.— Finalmente, y para completar este cuadro, agregaremos que los dueños de la obra (sea el Estado o los particulares) suelen ejecutarla también por administración (o por economía); en tal caso, prescinden del empresario y ellos realizan la obra con personal propio y comprando directamente los materiales. Es decir, no hay contrato de obra.

1110/1084

1084.— Todos estos sistemas pueden combinarse; el dueño de la obra puede realizar por administración una parte y contratar con un empresario la otra; o puede contratar parcialmente a coste y costas y por ajuste alzado. Toda suerte de combinaciones caben dentro del principio de la libertad de contratación.

(nota 1) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 114; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 922; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du louage, t. 2, 2ª parte, nº 3883.

(nota 2) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 115; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 922.

(nota 3) SPOTA piensa, en cambio, que luego de terminadas las pruebas del concurso ya no podrá retirarse (Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 112); pero si no se ha comprometido a mantener la oferta durante cierto tiempo ni está aceptada dicha oferta, no vemos la razón jurídica por la cual el proponente no pueda retirarse del concurso.

(nota 4) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 30/8/1960, causa 64.210; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, núms. 143 y sigs.; COLMO, Obligaciones, nº 105; ORGAZ, nota en L.L., t. 75, p. 239; REZZÓNICO, Obligaciones, 7ª ed., p. 93; JOSSERAND, De l'esprit des droits et de leur relativité, núms. 86 y sigs.; SALEILLES, De la responsabilité precontractuelle, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1907, t. 6, ps. 697 y sigs.

(nota 5) C. Apel. 1ª Mar del Plata, 9/4/1963, J.A., 1963-IV, p. 249.

(nota 6) De acuerdo: SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 159; SALVAT, t. 1, nº 1200.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 21/9/89, L.L., fallo nº 88.350; C. Civil 1ª Cap., 20/8/1947, L.L., t. 48, p. 89 y J.A., 1947-IV, p. 323; Sup. Corte Buenos Aires, 18/7/1947, L.L., t. 49, p. 534; solución que ha merecido la aprobación de SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 165.

(nota 8) De acuerdo: SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 187.

(nota 9) De acuerdo: SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 193.

CAPÍTULO XX - OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO Y DEL DUEÑO

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111012970
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111012970

1110/12970

§ 1.— Obligaciones del empresario

1110/1085

1085. ENUMERACIÓN.— Pesan sobre el empresario las siguientes obligaciones: 1) Ejecutar la obra en la forma debida. 2) Entregarla en el tiempo pactado. 3) Permitir el contralor de la marcha de los trabajos por el dueño. 4) Responder ante el dueño por la solidez de la obra. Estas obligaciones derivan de todo contrato de obra; algunos importan otras obligaciones peculiares; así, si el dueño ha hecho entrega de materiales, el empresario debe custodiarlos hasta su devolución; si le ha entregado planos u otra documentación, debe devolverlos al tiempo de la conclusión del contrato.

Finalmente, el empresario responde ante terceros por los daños que les resulten de la inobservancia de leyes y reglamentos o de otros hechos ilícitos. Esta responsabilidad no surge del contrato sino de la ley y será tratada juntamente con la del dueño.

A.— OBLIGACIÓN DE EJECUTAR LA OBRA

1110/1086

1086. MODO DE EJECUCIÓN: PRINCIPIO GENERAL.— La obra encargada debe ejecutarse con cuidado y diligencia y llevarse a cabo de acuerdo a las reglas del arte, es decir, de acuerdo a lo que se acostumbra para esa obra y en ese lugar. Estas llamadas reglas del arte no sólo se refieren a la calidad de la obra, su seguridad, estabilidad y aptitud para servir a su destino, sino también a su forma y estética (ver nota 1). Es claro que si en el contrato se ha especificado detalladamente la forma en que se ha de cumplir el trabajo, la calidad de los materiales, etcétera, habrá que estar a lo que allí se indique; las dificultades suelen presentarse cuando no se ha previsto el punto o se lo ha previsto deficientemente.

1110/1087

1087. a) Falta de estipulación.— A falta de ajuste sobre el modo de hacer la obra y no habiendo medida, plano o instrucciones, el empresario debe hacer la obra según la costumbre del lugar, o ser decidida la diferencia entre el locador y locatario en consideración al precio estipulado (art. 1632). El precio será en estos casos un elemento de juicio esencial para apreciar la justicia de las exigencias del dueño; pues si sólo ha pagado, por ejemplo, lo que puede ganar un albañil, no es justo que exija la prolijidad y perfección que cabría exigir de la obra dirigida por un arquitecto (ver nota 2).

Es frecuente la cláusula por la que el empresario se obliga a realizar la obra de acuerdo a las reglas del arte; es una estipulación inútil, pues ya se ha dicho que toda construcción debe ajustarse a ellas. A veces los contratos dicen “de acuerdo a la mejor regla del arte”. La jurisprudencia tiene decidido que tal cláusula implica la obligación de hacer la obra de acuerdo a las costumbres del lugar y que el material y la mano de obra deben ser de la calidad corriente en el lugar para que aquélla se considere bien ejecutada (ver nota 3). Es decir, no habría diferencia con la obligación normal de todo empresario. Pensamos, empero, que la palabra mejor pone el acento sobre la calidad de los materiales y realización, que habrá de apreciarse con criterio exigente.

Las diferencias sobre este punto deben ser decididas sobre la base de la buena fe; las deficiencias que puedan ser reparadas mediante reembolsos insignificantes con relación al monto total de la obra, no autorizan al dueño a rechazar la obra (ver nota 4) aunque sí tendrá derecho a que el contratista las repare.

(nota 1) RUBINO, L'appalto, nº 116.

(nota 2) Sobre la importancia del precio en la decisión del punto, véase RUBINO, L'appalto, nº 117.

(nota 3) C. Apel. 2ª La Plata, 23/4/1948, J.A., 1948-II, p. 95.

(nota 4) C. Civil 2ª Cap., 1/10/1934, J.A., t. 48, p. 180.

1088. b) Obra que debe realizarse a satisfacción del dueño.— A veces los contratos de obra incluyen una cláusula según la cual los trabajos deben realizarse a satisfacción del dueño o de un tercero; tal estipulación no autoriza al dueño (o, en su caso, al tercero) a rechazar arbitrariamente la obra, ni a tener exigencias excesivas. El art. 1634 dice que, en dicho supuesto, la obra se entiende reservada a la aprobación de peritos. En verdad, quien tiene la decisión definitiva es el juez, pues los peritos no hacen sino dictaminar sobre el punto. Al pronunciarse, deberán tener muy en cuenta la directiva del art. 1632 , esto es, el precio estipulado. Es razonable que el propietario que ha pagado un precio alto no se satisfaga con una realización aceptable quizá para una obra modesta, actitud que, en cambio, es irrazonable en quien ha pactado un precio bajo.

1110/1089

1089.— En cualquier caso, la obra debe realizarse con diligencia y pericia y ajustándose a las normas legales o reglamentarias, emanadas por lo común, las últimas, de las autoridades municipales, que las establecen por motivos estéticos, higiénicos, urbanísticos, etcétera (ver nota 1).

(nota 1) RUBINO, L'appalto, núms. 118 y 119.

1090. EJECUCIÓN DE LA OBRA POR INTERMEDIO DE TERCEROS.— Salvo que el comitente haya tenido en mira las condiciones personales del empresario, éste está autorizado a realizarla, ya sea personalmente, ya por intermedio de obreros dependientes de él, ya sea en fin, por subcontratistas. Remitimos sobre el punto a los números 1178 y siguientes.

1091. SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE ESTA OBLIGACIÓN.— El dueño de la obra está protegido contra el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de la obligación de ejecutar la obra, con los siguientes derechos y acciones:

1110/1092

1092. a) Derecho a no pagar el precio.— Ante todo, el dueño puede rehusarse a pagar el precio, invocando el principio del art. 1201 . Es claro que no todo defecto, por pequeño que sea, autoriza al dueño a no pagar. No lo está si los defectos son de detalle o si son susceptibles de reparación por una suma insignificante con relación al monto total de la obras (ver nota 1). Ello, sin perjuicio del derecho a exigir la reparación de las deficiencias y de retener las sumas necesarias para ese objeto (ver nota 2).

1110/1093

1093. b) Acción por cumplimiento del contrato y daños y perjuicios.— Es, desde luego, la acción propia y primera derivada de todo incumplimiento. Los daños y perjuicios deben comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante (art. 519).

1110/1094

1094-1096. c) Acción por resolución del contrato.— Antes de la sanción de la ley 17711 <>era tema debatido en nuestra doctrina y jurisprudencia, si el dueño de la obra podría pedir la resolución del contrato en caso de incumplimiento del empresario (ver nota 3). El art. 1204 en su nueva redacción, resuelve expresamente la cuestión al reconocer a cualquier contratante el derecho a tener por resuelto el contrato si requerida a cumplir la otra parte, no lo hiciera dentro del plazo de quince días, salvo que los usos y costumbres fijen uno menor.

Es oportuno recordar que no obstante estas ventajas del pacto comisorio legal, el establecerlo expresamente en el contrato tiene la ventaja de que en tal caso no es necesario el requerimiento ni se concede al otro contratante la oportunidad de cumplir: el mero vencimiento del plazo produce la resolución del contrato de pleno derecho (art. 1204).

Pero es necesario agregar que no cualquier incumplimiento, por mínimo que sea, permite tener por resuelto el contrato; el incumplimiento debe ser grave. En cuanto al incumplimiento no grave, véase números 1092 y 1098.

1110/1097

1097. d) Derecho a hacer ejecutar la cosa (o repararla) por un tercero.— Si el empresario falta definitivamente a su obligación de hacer la obra el dueño podrá hacerla ejecutar (o repararla) por un tercero a costa del empresario (ver nota 4); es ésta una simple aplicación

de la norma general del art. 630 . Es claro que si la obra está en poder del empresario, el dueño no puede hacer justicia por su propia mano y debe reclamar previamente la entrega por la vía judicial (véase número anterior). Pero este recurso no podrá autorizarse si la obra ha sido encargada teniendo en mira las cualidades personales del empresario; tal como ocurriría con el retrato encargado a un pintor.

El empresario no sólo estará obligado a indemnizar el justo precio pagado al tercero, sino también los otros daños y perjuicios derivados del incumplimiento, tal como los trastornos y gastos derivados del retardo en la ejecución, etcétera.

1110/1098

1098. e) Derecho a destruir la obra mal ejecutada.— Cuando la obra se ha realizado deficientemente, el dueño podrá tenerla por no hecha y destruir lo que se hubiere hecho mal (art. 625). Es una sanción dura, que la ley establece como poderoso acicate para que los contratantes cumplan cabalmente sus obligaciones. Pero no cualquier deficiencia permite al dueño tener por no hecha la obra y destruirla. Si los defectos no son sustanciales, tal conducta sería abusiva y conduciría a una destrucción de bienes que a la sociedad le interesa evitar. Sólo una deficiencia esencial y no reparable, autoriza al dueño a seguir este procedimiento extremo (ver nota 5). Si no tuviera esa gravedad, el dueño deberá apelar a otros recursos: negativa a pagar el precio proporcional a esas deficiencias (ver nota 6), hacer ejecutar las reparaciones por un tercero por cuenta del empresario o demandar a éste por daños y perjuicios.

La Cámara Comercial de la Capital ha resuelto que el dueño no puede resolver por sí solo la destrucción de la obra que juzga defectuosa; y que ante la oposición del empresario debe recabar una decisión judicial (ver nota 7). No participamos de ese criterio que convierte el derecho de destruir la cosa en un recurso ineficaz. A nuestro juicio, el dueño tiene derecho a destruir lo que se ha hecho mal sin necesidad de venia judicial. Es claro que ese procedimiento lo expone a perder la mejor prueba de la justicia de su actitud, que es la obra defectuosa. Luego, el empresario podrá pretender que no tenía tales defectos y si el dueño no los prueba acabadamente, no sólo no podrá reclamar indemnización alguna, sino que tendrá que pagarle todo lo que el empresario pudo ganar en la obra. Si en cambio, prueba de modo fehaciente la construcción defectuosa, habrá demostrado que su conducta se ajustó a derecho; y tanto más si había urgencia en la destrucción.

Agreguemos que en los contratos de obras importantes, es de práctica incluir una cláusula imponiendo multas al empresario por mala ejecución o retardo.

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 1/10/1934, J.A., t. 48, p. 180; íd., C. Civil 2ª, 13/12/1934, J.A., t. 56, p. 519; C. Com. Cap., Sala B, 7/10/1964, E.D., t. 10, p. 362; C. Apel. 2ª La Plata, 1/9/1933, L.L., t. 17, p. 216, con nota aprobatoria de SPOTA; C. 1ª Apel. La Plata, Sala II, 8/9/1938, L.L., t. 12, p. 87.

(nota 2) C. Paz Let. Cap., Sala II, 25/4/1949, L.L., t. 54, p. 728; íd., 6/5/1949, L.L., t. 55, p. 569; Sup. Trib. Santa Fe, 20/4/1948, J.A., 1948-II, p. 348; C. 1ª Apel. La Plata, Sala II, 8/9/1938, L.L., t. 12, p. 87; C. Apel. 2ª La Plata, 1/9/1939, L.L., t. 17, p. 219, con nota de SPOTA.

(nota 3) La doctrina según la cual el dueño sólo tenía acción de cumplimiento debe considerarse implícita en los siguientes fallos: en caso de que el dueño no entregara oportunamente los planos, el empresario no puede demandar la resolución del contrato, sino solamente su cumplimiento (C.S.N., 9/9/1931, J.A., t. 36, p. 822); es decir, que el Alto Tribunal consideró que la norma del art. 1644 , como excepción que es al principio general del art. 1204 , debe interpretarse restrictivamente y aplicarse en forma ceñida a las dos únicas hipótesis en que procedería la resolución: negativa a suministrar los materiales y a pagar el precio. A su vez, la C. Civil Capital declaró que a falta de pacto comisorio expreso, el empresario sólo puede pedir la resolución del contrato cuando el incumplimiento de sus obligaciones por el dueño, hace imposible el cumplimiento de las propias (Sala A, 29/6/1955, L.L., t. 80, p. 683). Reconocieron la acción de resolución: C. Civil 2ª Cap., 3/9/1947, L.L., t. 48, p. 142; C. Paz Cap., 16/5/1949, L.L., t. 55, p. 569. La C. Com. Cap., reconoció ampliamente en un fallo el derecho de resolución por vicios en la obra (28/9/1940, G.F., t. 148, p. 229).
SALVAT se ha expedido confusamente sobre el punto, pues mientras en el nº 1210 (Contratos, t. 2) parece aprobar la jurisprudencia que mencionamos, en la nota siguiente, en el nº 1212 afirma que la simple demora no autoriza a pedir la rescisión. SPOTA reconoce el derecho del dueño de desistir, pero indemnizando al empresario (Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 197). En cambio, REZZÓNICO se pronuncia lisa y llanamente por reconocer el pacto comisorio tácito en favor de ambas partes (Contratos, t. 2, ps. 703 y sigs.).

(nota 4) C. Com. Cap., Sala B, 7/9/1955, J.A., 1956-II, p. 121; C. 1ª Apel. La Plata, 28/12/1948, J.A., 1949-I, p. 260. La opinión de los autores es unánime: SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 196; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, ps. 697 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 924; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Loauge, t. 2, 2ª parte, nº 3091; GUILLOUARD, Louage, t. 2, nº 816.

(nota 5) C. Civil 2ª Cap., 1/10/1934, J.A., t. 48, p. 180; C. Com. Cap., 14/5/1945, G.F., t. 176, p. 26; C. Com. Cap., 7/10/1964, E.D., t. 10, p. 362; C. Paz Let. Cap., Sala II, 16/5/1949, L.L., t. 55, p. 569; C. Apel. 1ª La Plata, 27/11/1945, L.L., t. 39, p. 186; REZZÓNICO, Contratos, t. 2, p. 700; COLMO, Obligaciones, nº 354.

(nota 6) C. Civil 2ª Cap., 1/10/1934, J.A., t. 48, p. 180; C. Paz Let. Cap., Sala II, 25/4/1949, L.L., t. 54, p. 728; íd., 6/5/1949, L.L., t. 55, p. 569; C. 2ª Apel. La Plata, 1/9/1939, L.L., t. 17, p. 218.

(nota 7) C. Com. Cap., Sala B, 10/2/1961, L.L., t. 103, p. 149.

B.— OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LA COSA EN EL PLAZO CONVENIDO

1110/1099

1099. PLAZO PACTADO Y NO PACTADO.— Cuando el contrato fija el plazo de entrega, el empresario debe atenerse a él y es responsable de los daños y perjuicios causados por su demora.

El plazo puede ser expreso o tácito; habrá plazo tácito cuando esté sobreentendido por las circunstancias, como si se contrata la construcción de palcos o gradas para ser utilizados en una ceremonia de fecha determinada.

La mora resultará del solo vencimiento del plazo expreso, en tanto que la interpelación es indispensable en el supuesto del plazo tácito (art. 509 , nueva redacción).

1110/1100

1100.— Puede ocurrir también que no exista plazo expreso ni haya más elemento para fijar el plazo tácito que el tiempo razonable para concluir la obra. Siendo así, entiéndese que el empresario debe concluirla en el tiempo razonablemente necesario, pudiendo en tal caso el locatario (dueño) exigir que este tiempo se designe por el juez (art. 1635). FREITAS, de quien esta disposición fue tomada (Esboço, art. 2751), agregaba “previo informe de peritos”. Con buen criterio, VÉLEZ suprimió este agregado, pues si bien el informe de técnicos será normalmente necesario en obras complejas e importantes, muchas veces el juez podrá prescindir de él, teniendo en cuenta la circunstancia del caso.

Adviértase que el texto dice “pudiendo” el dueño pedir en tal caso que lo fije el juez. En verdad, éste es también un plazo tácito, de modo que el dueño puede interpelar directamente al locador o bien pedir la fijación judicial del plazo, si no quiere exponerse a que se repute que la interpelación ha sido prematura. En otras palabras, el dueño tiene una opción entre esas dos vías.

1110/1101

1101. PLAZO INICIAL.— Frecuentemente los contratos de obras establecen un plazo para la iniciación de los trabajos y para la terminación de las distintas etapas de la obra. En caso de que el contrato no contuviera tales cláusulas, debe entenderse que el empresario está obligado a iniciar la obra de inmediato o tan pronto se lo permita la adquisición de los materiales (ver nota 1); sin embargo, si el contrato fija un plazo obviamente excesivo para la terminación de la obra, el empresario cumple iniciándolos en tiempo oportuno y adecuado para que pueda terminarse normalmente dentro del término previsto (ver nota 2). Igualmente, tiene la obligación de continuar los trabajos con una actividad razonable,

enderezada al cumplimiento del plazo final (ver nota 3).

1110/1102

1102.— Supongamos que el empresario no haya cumplido con el plazo fijado para iniciar los trabajos, pero en cambio los entrega en término, ¿hay responsabilidad de su parte? Si la obra ha sido contratada a coste y costas y a causa de la demora han sufrido un encarecimiento los materiales y la mano de obra, esa diferencia debe pesar sobre el empresario y no sobre el dueño. Fuera de esta hipótesis, difícilmente habrá otra en la que dueño pueda alegar daños y perjuicios si la obra se le entrega en el plazo pactado. Véase, sin embargo, lo que se dice en el número 1103 sobre multas.

1110/1103

1103. MULTAS POR INCUMPLIMIENTO DE PLAZOS.— Con frecuencia los contratos de obra incluyen cláusulas penales para el caso de incumplimiento de los plazos. Estas multas fijan el monto de la indemnización debida por tal concepto, de modo que el dueño no puede pretender un aumento aduciendo que sus daños fueron mayores, ni el empresario una disminución, so color de que fueron menores (arts. 655 y 656), salvo cuando la pena sea desproporcionada con la gravedad de la falta y su aplicación rigurosa configure un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor (art. 656).

La recepción de la obra sin reservas, hace caducar el derecho a exigir la multa (ver nota 4), pues se supone que el silencio del dueño implica admitir implícitamente que la demora no le ha producido daños. Antes de la reforma del art. 509 por la ley 17711 <>, prevalecía la opinión de que el cobro de la multa requiere previa constitución en mora (ver nota 5); luego de la reforma citada, la interpelación es innecesaria.

Supongamos que habiéndose pactado una multa por demora en la iniciación de las obras o en la terminación de las etapas, el empresario que ha incurrido en tal demora, concluye luego la obra en el tiempo pactado. Si el empresario ha sido interpelado oportunamente y el dueño se ha cobrado la multa o le ha hecho saber al empresario que la descontará del precio, no puede dudarse de su derecho a hacerlo. Pero si luego de la interpelación, el dueño ha guardado una conducta pasiva y recién al entregársele en término la obra pretende cobrar la multa, pensamos —no sin admitir que la solución es dudosa— que su pretensión debe ser desestimada porque en verdad lo que las partes tienen en mira es el término final y no el inicial ni los parciales (ver nota 6). Sin embargo, su derecho se mantendrá vivo si se demuestra que con motivo de la demora se produjo un encarecimiento de los materiales o de la mano de obra con la cuales ha debido cargar el dueño o si se trata de obras susceptibles de habilitaciones parciales, como por ejemplo, un camino.

1110/1104

1104. MODIFICACIÓN DEL PLAZO; TRABAJOS ADICIONALES.— Nada se opone a

que las partes modifiquen en el curso del contrato, el plazo fijado originariamente. El plazo debe considerarse tácitamente prorrogado en el caso de que el dueño ordene trabajos adicionales, a menos que se demuestre que para llevarlos a cabo no era necesaria ninguna prórroga (ver nota 7); si luego sobreviene alguna controversia sobre el punto en lo que atañe a la extensión del plazo, éste debe ser fijado judicialmente (art. 1635) (ver nota 8).

Igualmente, se ha declarado que la recepción de la obra sin salvedad alguna, importa la concesión tácita de una prórroga (ver nota 9).

1110/1105

1105. TÉRMINO SUPLETORIO NO CONTRACTUAL.— Se vincula estrechamente con el tema tratado en el número precedente, el del plazo supletorio. Se llama así al que goza el empresario por un hecho que no le es imputable: como ocurre si ha debido suspender las obras por caso fortuito o fuerza mayor o por un hecho del propio dueño; así sucede cuando el comitente demora la entrega de planos (ver nota 10) o de materiales (ver nota 11) o se retrasa en los pagos parciales prometidos (ver nota 12). En tales casos, el plazo debe considerarse prorrogado por todo el tiempo que duró el impedimiento para continuar los trabajos (ver nota 13), y no será necesaria la fijación por el juez. Todo ello sin perjuicio del derecho del comitente de demostrar que su demora no justifica la paralización de las obras ni la concesión de un plazo supletorio (ver nota 14).

La prórroga surgida de cualquiera de estas causales, no hace perder al empresario ninguno de sus derechos, ni siquiera la prima que se hubiera pactado por terminación anticipada (ver nota 15); más aún, si la prórroga se originara en un hecho culpable del dueño, podrá exigirle el pago de los daños y perjuicios, además del derecho de tener por resuelto el contrato, que le reconoce el art. 1644 .

1110/1106

1106. TÉRMINO INSUFICIENTE.— Puede ocurrir que se haya fijado un término en el cual sea imposible cumplir la obra. Esa sola circunstancia no anula el contrato, pues el plazo no es generalmente determinante de la obligación. Ninguna de las partes podría desligarse del contrato aduciendo la imposibilidad de cumplir con el objeto en el tiempo fijado; y en caso de divergencia, habrá que pedir la fijación judicial de una prórroga (ver nota 16). Pero el dueño podrá pedir la nulidad si demuestra que el plazo ha sido determinante de su consentimiento (ver nota 17), como ocurriría si vencido aquél, deja de tener interés para él la obra; y con tanta mayor razón habrá nulidad si a esa circunstancia se añade el dolo del empresario, quien engañó al dueño acerca del plazo para inducirlo a contratar.

Cabe agregar que para que el empresario tenga derecho a una prórroga del plazo o para que el dueño pueda demandar la nulidad del contrato, debe tratarse de una imposibilidad objetiva y absoluta; la imposibilidad subjetiva del empresario carece de relevancia (ver nota 18) y no lo autoriza a eximirse de sus responsabilidades por incumplimiento.

1110/1107

1107. SANCIONES PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO.— En caso de incumplimiento del plazo, el dueño tiene a su disposición los siguientes recursos y acciones:

1110/1108

1108. a) Acción de daños y perjuicios.— El dueño podrá reclamar del empresario todos los perjuicios ocasionados por la demora, particularmente los que resulten del mayor costo de la obra (ver nota 19).

1110/1109

1109. b) Abandono de la obra.— Si la demora en realizar los trabajos es tal que resulta evidente que no se podrá concluirlos sino con gran retraso, el dueño tiene derecho a considerar que hay un abandono de la obra y puede reclamar la resolución del contrato (ver nota 20) y, como consecuencia, la devolución de las cosas que son de su propiedad, además de los daños y perjuicios; igualmente, tiene derecho a hacer ejecutar la obra por un tercero a costa del empresario, de acuerdo al principio del art. 630 .

Es claro que el mero incumplimiento de los plazos parciales o la presunción razonable de que la demora hará imposible la conclusión en término, no autoriza a tener por abandonada la obra y a resolver el contrato. Esto sería una sanción excesiva y abusiva. Es necesario un retraso grave. El abandono es pues, un concepto flexible, que los jueces deben utilizar prudentemente.

1110/1110

1110.— Frecuentemente, los contratos de obra prevén multas para el caso de incumplimiento de los plazos iniciales, de terminación de etapas y finales. Salvo pacto en contrario, estas multas no deben considerarse excluyentes de las otras sanciones legales de que se hace pasible el dueño. Nos ocupamos en otro lugar de esta sanción convencional (nº 1103).

1110/1111

1111. OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LA COSA; RECURSOS DEL DUEÑO.— El empresario no sólo debe concluir la obra en el plazo pactado; está también obligado a entregarla y, en verdad, esto es lo que al comitente esencialmente le interesa.

Supuesto que el empresario no entregare la obra, el dueño tiene los siguientes recursos:

a) Si los materiales son de propiedad del empresario (véase sobre el punto nº 1068), el dueño puede reclamar la cosa por vía de cumplimiento de contrato. Pero supuesto que el empresario se negara a hacerlo, ¿puede reclamarse el embargo de la cosa y su entrega compulsiva al comitente? La doctrina y jurisprudencia francesas parecen inclinarse en el sentido de negar tal recurso, fundándose en que la entrega es una obligación de hacer y como tal, no puede usarse de la compulsión para lograr su cumplimiento; cuanto más se autoriza la aplicación de astreintes al empresario que no entrega (ver nota 21). Estamos de acuerdo con tal solución si la obra estuviera inconclusa, pero desde el instante en que ella ha sido concluida, ya no hay propiamente una obligación de hacer sino una de dar. Y ningún obstáculo hay para que se fuerce compulsivamente el cumplimiento de éstas. El desapoderamiento de bienes que pertenecen al deudor es un hecho diario en la vida de los tribunales; nuestra jurisprudencia admite, inclusive, que el vendedor que no cumple con su obligación de escriturar sea sustituido por el juez en la firma de la escritura (ver nota 22), luego de lo cual se produce también el desapoderamiento de la cosa. Pensamos pues, que concluida la obra, el comitente puede pedir el uso de la fuerza pública para obligar al empresario a entregarla (ver nota 23). Sólo debe hacerse la excepción de la obra artística, porque una obra de esta naturaleza nunca puede considerarse concluida si no lo estima así su creador y porque el respeto debido a la creación artística no es compatible con la idea de obligar compulsivamente al autor que no está satisfecho de ella a entregarla (ver nota 24). Sin perjuicio, claro está, de la acción por daños y perjuicios a que se hace pasible.

b) Si los materiales pertenecen al dueño (véase nº 1068), éste tiene además de la acción por cumplimiento, la reivindicatoria (ver nota 25), esté o no concluida la obra.

1110/1112

1112.— Si al encargar la obra el dueño hubiera hecho entrega de planos, dibujos, descripciones u otros documentos análogos, el empresario está obligado a devolverlos al tiempo de la entrega de la obra (ver nota 26).

1110/1113

1113. LUGAR DE LA ENTREGA.— Puesto que no hay reglas específicas sobre el punto, se aplican los principios generales del art. 747 ; a falta de lugar designado en el contrato, la entrega de la obra hecha sobre un cuerpo cierto y determinado, se hará en el lugar en que éste existía al tiempo de contraerse la obligación y en su defecto, en el domicilio del deudor al tiempo de cumplimiento de la obligación. Va de suyo que si la obra se realiza sobre un inmueble, la entrega se hará en el lugar en que éste se encuentre ubicado, aunque nada se hubiera indicado en el contrato.

(nota 1) RUBINO, L'appalto, nº 128.

(nota 2) SÁNCHEZ FONTANS, El contrato de construcción, nº 125; ABELLO, Locazione, t. 4, p. 412.

(nota 3) Autores citados en nota anterior; SPOTA, Locación de obra, núms. 209 y sigs.; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 713.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 10/12/1923, J.A., t. 11, p. 1243; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 233.

(nota 5) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 236. Se trataba de una simple aplicación de la regla entonces vigente con relación a las cláusulas penales en general: COLMO, Obligaciones, nº 179; SALVAT, Obligaciones, nº 221.

(nota 6) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 211.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala B, 27/12/1961, J.A., 1962-IV, p. 37: C. Civil 2ª Cap., 1/7/1941, L.L., t. 23, p. 440; C. Com. Cap., 29/11/1950, J.A., 1951-I, p. 218: C. 1ª Apel. La Plata, 18/7/1947, J.A., 1947-III, p. 45: la doctrina es unánime sobre el punto.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala A, 22/8/1963, causa 78.058 (inédita): RUBINO, L'appalto, nº 138.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala C, 29/7/1973, E.D., t. 58, p. 359; Sala F, 24/2/1970, L.L., t. 141, p. 67; C. Com. Cap., 22/9/1931, J.A., t. 36, p. 1107.

(nota 10) C. Paz Let. Cap., G.P., t. 77, p. 91.

(nota 11) C. Com. Cap., 27/12/1940, G.F., t. 159, p. 148.

(nota 12) C. Com. Cap., Sala B, 7/5/1954, J.A., 1955-III, p. 31.

(nota 13) Fallos citados en notas anteriores y C. Civil Cap., Sala B, 27/12/1961, L.L., t. 106, p. 424.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala B, 27/12/1961, L.L., t. 106, p. 424.

(nota 15) RUBINO, L'appalto, nº 138.

(nota 16) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 212; SÁNCHEZ FONTANS, El contrato de construcción, nº 125; RUBINO, L'appalto, núms. 135 y sigs.

(nota 17) SPOTA, loc. cit. en nota anterior; RUBINO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 18) RUBINO, L'appalto, nº 135.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 5/8/1931, J.A., t. 36, p. 502; C. Com. Cap., 26/9/1951, L.L., t. 64, p. 504. La doctrina es unánime.

(nota 20) C. Civil 2ª Cap., 26/8/1947, L.L., t. 48, p. 142; C. Paz Let. Cap., 19/5/1949, L.L., t. 55; SPOTA, Locación de obra, nº 211; REZZÓNICO, Contratos, t. 2, p. 713.

(nota 21) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 925 y jurisprudencia allí citada.

(nota 22) Véase nº 461.

(nota 23) De acuerdo: RUBINO, L'appalto, nº 306.

(nota 24) De acuerdo que en este caso no sería posible ni siquiera aplicar astreintes: PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 925.

(nota 25) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 925.

(nota 26) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1213; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 925 in fine; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, nº 2966; HUC, t. 10, nº 418.

C.— OBLIGACIÓN DE PERMITIR EL CONTRALOR DEL DESARROLLO DE LA OBRA POR EL DUEÑO

1110/1114

1114. EL DERECHO DE CONTRALOR.— Se ha dicho ya que el empresario tiene la obligación de realizar la obra de acuerdo a las reglas del arte; debe además, cumplir los trabajos de manera continua y siguiendo un ritmo que normalmente permita concluir la obra en el término pactado; a veces suelen fijarse plazos de comienzo y de finalización de etapas. Todo ello pone de relieve la necesidad de reconocer al dueño el derecho a verificar cómo se va desenvolviendo la ejecución de la obra. Pues si sólo tuviere tal derecho en el momento de la entrega, los perjuicios serían muchas veces irreparables.

La verificación de los materiales y trabajos es un derecho y no una obligación del comitente: por lo tanto, ha de admitirse que si bien el empresario no puede oponerse al contralor, no tiene la obligación de avisar al dueño que los materiales están prontos para la verificación ni a esperar que éste la lleve a cabo (ver nota 1), a menos que lo contrario se haya pactado expresamente.

Los gastos de la verificación corren por cuenta del dueño (ver nota 2).

Ordinariamente, la verificación de los materiales se lleva a cabo por intermedio del director de obra.

1110/1115

1115. CONSECUENCIAS DE LA ACEPTACIÓN O RECHAZO DE LOS MATERIALES Y TRABAJOS.— Si durante la realización de la obra, el dueño ha dado su aceptación expresa a los materiales empleados y a la forma como se han desarrollado los trabajos, no podrá en adelante aducir que la realización de la obra no se ajusta a las reglas del arte, ni pretender que se empleen otros materiales de mejor calidad; pero subsiste siempre la responsabilidad del empresario por ruina de la obra (art. 1646).

Puede ocurrir también que el comitente rechace los materiales. Si en el contrato se ha previsto tal supuesto, habrá que estar a lo pactado; pero toda divergencia acerca de si los materiales empleados tienen o no la calidad prevista en el contrato, debe ser decidida judicialmente y no podría quedar librada al arbitrio del dueño. Si el contrato nada ha previsto sobre el punto, el dueño disconforme con la calidad de los materiales empleados o la mala ejecución de la obra, puede demandar judicialmente la resolución del contrato (véase nº 1094). El Código italiano, ha establecido un recurso expeditivo y muy útil desde el punto de vista de la dinámica del contrato: si durante el curso de la ejecución el dueño considera que aquella no se ajusta a las condiciones establecidas en el contrato, tiene derecho a fijar un término prudencial; transcurrido infructuosamente tal término, el contrato queda resuelto, salvo el derecho del comitente al resarcimiento de los daños (art. 1662). Es claro que si luego el empresario demostrara que la actitud del dueño fue injusta, es éste quien le deberá daños y perjuicios.

Los pagos parciales hechos por el comitente, no implican aceptación tácita de la forma

como se van ejecutando los trabajos, aunque se hagan sin reserva alguna (ver nota 3).

(nota 1) RUBINO, L'appalto, nº 102.

(nota 2) Así lo dispone expresamente el art. 1662, Código Civil italiano.

(nota 3) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 389.

D.— RESPONSABILIDAD FRENTE AL DUEÑO (ver nota 1)

1.— Responsabilidad por destrucción o deterioro de la cosa durante la ejecución

1110/1116

1116. CASO EN QUE EL DUEÑO PONE LOS MATERIALES.— La responsabilidad del empresario frente al dueño o comitente que ha puesto los materiales, debe analizarse en relación a distintos supuestos:

1110/1117

1117. a) Destrucción o deterioro por caso fortuito.— Si la cosa se destruye antes de ser entregada, el empresario no puede reclamar ninguna retribución (art. 1630). Es decir, el dueño pierde la cosa y el empresario su trabajo (ver nota 2).

Por excepción, el empresario conserva su derecho a la remuneración, si la cosa sigue en su poder por morosidad del dueño en recibirla (art. 1630). Debe considerarse que el dueño está en mora no sólo cuando ha sido interpelado por el empresario, sino cuando estando la obra terminada y a su disposición, declara aceptarla (ver nota 3), salvo que la demora posterior en hacer efectiva la entrega sea imputable al empresario.

1110/1118

1118. b) Destrucción por mala calidad de los materiales.— Si la destrucción se ha originado en la mala calidad de los materiales o en que eran inapropiados para el empleo que se les dio, el empresario responde ante el dueño, por más que sea éste quien los ha proveído (art. 1630). Este principio se explica fácilmente, pues siendo el empresario el experto, tenía la obligación de advertir al dueño y sólo así conserva su derecho a la retribución, no obstante haberse destruido la cosa (art. 1630).

El sistema seguido por nuestro Código en este punto es confuso. Por una parte el art. 1630 dice que el empresario conserva su derecho a la retribución, si antes de entregada la obra, se

destruyera por mala calidad de los materiales entregados por el dueño, cuando aquél lo advirtiera de ese defecto; y luego agrega, generalizando más, que si el material no era a propósito para el empleo que se le destinaba, el obrero es responsable, si no advirtió de ello al propietario, lo que a contrario sensu significa que si lo advirtió, carece de responsabilidad. Por la otra, el art. 1646 dispone que el empresario es responsable por la ruina parcial o total, haya puesto o no el constructor los materiales.

Para armonizar estos textos hay que aceptar una de estas soluciones: 1) El empresario queda exento de toda responsabilidad siempre que haya advertido la mala calidad de los materiales, sea que se trate de la ruina producida durante la ejecución o una vez concluida ésta. 2) El empresario responde siempre por los daños producidos por el empleo de materiales de mala calidad (sea que la destrucción se haya producido durante la ejecución de los trabajos o una vez terminados), pero conserva su derecho a la retribución si advirtió al dueño que eran defectuosos: con esta salvedad, debe los restantes daños y perjuicios.

Nos inclinamos decididamente por la última solución. No es posible admitir que el empresario quede liberado de toda responsabilidad por haber advertido al dueño acerca de la mala calidad de los materiales; él es el experto, la persona en quien ha confiado el dueño, el responsable frente a terceros. Si un arquitecto acepta ladrillo o cemento de mala calidad, no puede excusarse más tarde del derrumbe del edificio, aduciendo que había prevenido al comitente. Su responsabilidad profesional tiene un fundamento de orden público (véase nº 1131). Además, el comitente tiene derecho a pensar que si a pesar de sus objeciones, el empresario aceptó en definitiva los materiales, es porque a su juicio ese riesgo de ruina o destrucción no era de mayor magnitud. Aceptada esta solución (por imperio de lo dispuesto por el art. 1646) para el caso de las obras concluidas (ver nota 4), es obvio que también debe admitirse para las obras en ejecución, pues no sería razonable aplicar una solución distinta a situaciones que son idénticas. En suma, la disposición del art. 1630 debe limitarse estrictamente al pago de la remuneración, que es debida al empresario tanto cuando la obra estaba en ejecución, como cuando estaba concluida; los restantes perjuicios pesan sobre el empresario aunque haya advertido al dueño de la mala calidad.

1110/1119

1119.— Corre por cuenta del empresario la prueba de que advirtió al dueño acerca de la mala calidad de los materiales o de que eran inadecuados para el destino en que se los empleó (ver nota 5).

1110/1120

1120.— Supuesto que la obra se destruya durante el curso de la ejecución y que el empresario haya advertido al dueño sobre la mala calidad de los materiales, ¿tiene derecho a la retribución que le hubiera correspondido por la obra terminada o sólo la correspondiente a los trabajos realizados? Pensamos que como hay culpa de su parte en la aceptación de materiales inadecuados, el art. 1630 debe interpretarse restrictivamente y sólo debe reconocérsele el derecho a la retribución de los trabajos realizados.

1110/1121

1121. c) Destrucción por vicios ocultos.— Si la destrucción o deterioro de la cosa se debe a los vicios ocultos de los materiales proveídos por el dueño, el empresario carece de toda responsabilidad y conserva su derecho a la retribución (ver nota 6). Es justo que así sea porque en ese caso no hay culpa de su parte.

1110/1122

1122. CASO EN QUE EL EMPRESARIO PONE LOS MATERIALES.— En este caso la solución es más simple; como hasta la entrega, los materiales pertenecen al empresario (véase nº 1068), los riesgos corren íntegramente por su cuenta; si la cosa se destruye —sea por caso fortuito o por mala calidad de los materiales empleados— perderá tanto los materiales como el trabajo (ver nota 7). Sin embargo, hay que hacer la salvedad del caso en que los materiales puestos por el empresario se hayan incorporado por accesión a una cosa del comitente (por ej., los materiales de una casa en construcción); desde el momento de la incorporación, ellos pertenecen al comitente y por lo tanto es éste quien sufre los riesgos y debe pagar el valor de los que se hayan destruido por fuerza mayor (ver nota 8).

Si la cosa perdida por caso fortuito no es susceptible de reemplazo o sustitución, el empresario queda definitivamente liberado de sus obligaciones (ver nota 9); en cambio, si la pérdida se debiera a la mala calidad de los materiales usados, deberá indemnizar al dueño de todos los daños y perjuicios que le resulten del incumplimiento de la obligación.

1110/1123

1123.— Supongamos ahora que aunque los materiales hayan sido comprados por el empresario, lo sean por instrucciones dadas por el comitente y no obstante la advertencia del empresario de que son inadecuados para esa obra. Si la destrucción se produce por caso fortuito, ninguna duda hay de que las cosas se pierden para su dueño; esta solución no pude variar por la circunstancia de que el dueño haya indicado cuáles son los materiales que debe aportar el empresario. Más delicado es el problema si la destrucción se origina en la mala calidad. Aunque la cuestión es dudosa y está controvertida (ver nota 10), pensamos que la solución debe ser siempre la misma. Si hay culpa en el dueño al desoír la advertencia del empresario, también la hay en éste al adquirir materiales que sabía inapropiados para la obra. Ante ese equilibrio de culpas, la solución está dada por la regla de que las cosas se deterioran o perecen para su dueño. Y en el caso no es posible argumentar por analogía con el art. 1630 , que se refiere al supuesto en que los materiales pertenecen al dueño.

Tampoco convierte en responsable al dueño la circunstancia de que la obra se haya realizado bajo su vigilancia o la de un tercero (llamado generalmente director de obra), por más que el empresario se haya comprometido a seguir sus instrucciones: los riesgos siguen pesando sobre el empresario (ver nota 11).

1110/1124

1124.— Distinto sería el caso de que la cosa se pierda por un hecho culpable del dueño; por ejemplo, si rompe la tela en que se está pintando un cuadro o destruye el mármol de una estatua. En tal caso, es obvio decirlo, será responsable de todos los daños y perjuicios que resulten para el empresario.

1110/1125

1125.— Si la obra se ha destruido por una causa de fuerza mayor después de haber sido puesto en mora el dueño para recibirla, el empresario tiene derecho a percibir íntegramente la remuneración pactada (arts. 513 y 1630) (ver nota 12).

1110/15160

1125 bis. RUINA POR VICIOS DEL SUELO.— La circunstancia de que la ruina se haya originado en vicios del suelo no exime de responsabilidad al arquitecto proyectista, ni al constructor, ni al director de obra (ver nota 13), todos los cuales son responsables indistintos (es decir, cada uno de ellos por el total) frente al dueño, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieran caber entre ellos (art. 1646 , ref. por la ley 17711 <>).

En caso de ruina por esta causa, la responsabilidad primaria corresponde al proyectista, cuyo deber es estudiar la calidad del suelo para calcular una estructura suficientemente segura (ver nota 14). Por consiguiente, el director de obra o el constructor que hubiere indemnizado al dueño, podrán ejercer contra él la acción de regreso a menos que los vicios sean tan notorios que no pudieran escapar a la atención de un constructor diligente (ver nota 15). Estas reglas se aplican tanto a la ruina ocurrida durante la ejecución, como después de cumplida.

(nota 1) Véase Responsabilidad por los vicios ocultos y aparentes de la cosa, L.L., t. 6, p. 431.

(nota 2) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1218; SPOTA, Locación de obra, t. 1, nº 240; MACHADO, t. 4, p. 422; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 2906; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 926.

(nota 3) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 335; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 241; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 926; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 3904.

(nota 4) De acuerdo con esta solución para el caso de obras terminadas: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1226, nota 534; MACHADO, t. 4, p. 434; AUBRY y RAU, § 374; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 3950; LAURENT, t. 26, nº 51. En contra: LLERENA, t. 5, p. 404; SEGOVIA, t. 1, art. 1648 de su numeración, nota 179.

(nota 5) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 241, nota 292; LLERENA, t. 5, p. 380, nº 2.

(nota 6) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 241; ABELLO, Locazione, t. 4, p. 647.

(nota 7) La doctrina es unánime: SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1221; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 1926; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 3903.

(nota 8) COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 1091 y jurisprudencia allí citada; RUBINO, L'appalto, nº 304.

(nota 9) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, loc. cit. en nota anterior.

(nota 10) De acuerdo con la solución que propugnamos en el texto: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 3903; LAURENT, t. 26, nº 6. Piensan, en cambio, que el dueño es responsable ante el empresario por el valor de los materiales, de su trabajo y de los demás daños que experimente, SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1221 y su anotador ACUÑA ANZORENA.

(nota 11) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 926; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, nº 3903. En contra: HUC, t. 10, nº 415.

(nota 12) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, loc. cit. en nota anterior.

(nota 13) C. 1ª Apel. La Plata, 26/7/1970, L.L., t. 138, p. 676.

(nota 14) SÁNCHEZ FONTANS, El contrato de construcción, t. 2, nº 396.

(nota 15) Autor citado en nota anterior.

2.— Responsabilidad después de entregada la obra

1126. REGLA LEGAL.— Las responsabilidades del empresario no terminan con la entrega de la obra. La buena fe exige que garantice la bondad del trabajo realizado y de los materiales empleados (ver nota 1). A ello se debe la disposición del art. 1646 según el cual tratándose de edificios u obras en inmuebles destinados a larga duración, recibidos por el que los encargó, el constructor es responsable por su ruina total o parcial si ésta procede de vicio de construcción o de vicio del suelo o de mala calidad de los materiales, haya o no el constructor proveído éstos o hecho la obra en terreno del locatario (dueño).

Adviértase que el cambio de redacción del artículo que comentamos introducido por la ley 17711 <>, ha traído importantes consecuencias. Antes se aplicaba a toda obra, cualquiera fuera su importancia y naturaleza (ver nota 2). se llevará a cabo en inmuebles o muebles (ver nota 3). Era excesivo, pues todo el texto indicaba que se había tenido en cuenta los edificios realizados en inmuebles. Ahora esto surge expresamente del texto legal.

1110/1127

1127. RUINA DE LA COSA.— ¿Qué debe entenderse por ruina total o parcial de la cosa? No es necesario un derrumbe o destrucción de la cosa; basta con un deterioro importante. Más aún, no es indispensable que la ruina se haya producido, siendo suficiente con que exista un peligro cierto e inmediato de que se produzca (ver nota 4). En la jurisprudencia se advierte una tendencia a conferir al concepto de ruina una acepción cada vez más lata. Así, se ha resuelto que no es necesario que las fallas comprometan la estabilidad del edificio, bastando los deterioros que impidan el aprovechamiento, como es el hundimiento de los pisos (ver nota 5) o las rajaduras aparecidas en los tabiques divisorios (ver nota 6).

Tampoco importa que la ruina provenga de vicios de la construcción o de mala calidad de los materiales o de los vicios del suelo. En cualquier caso, la ley hace responsable al empresario. Si se trata de vicios de la construcción, porque su culpa es directa e inexcusable. Si de los vicios del suelo perteneciente al comitente, porque el empresario tiene obligación de cerciorarse de la calidad del suelo y de su aptitud para recibir la carga del edificio. (Para el supuesto de que haya arquitecto proyectista y constructor, véase nº 1125 bis). Si la ruina se ha originado en la mala calidad de los materiales, el empresario responde porque debió cuidar que fueran adecuados a la obra; no lo exime la circunstancia de que los haya aportado el dueño, pues él tenía la obligación de rechazarlos. Tampoco queda el empresario excusado de responsabilidad por la circunstancia de haber prevenido al dueño acerca de la mala calidad de los materiales o del suelo; hemos tratado este punto en el número 1118, al que remitimos.

Igual solución cabe aplicar a la ruina originada en defecto de planos, como puede ocurrir si se calcula mal la estructura de hormigón. En tal caso el responsable será sólo el profesional proyectista y no la empresa constructora, a menos que ésta haya tomado también a su cargo la confección de los planos (ver nota 7) (véase nº 1140).

La demolición total o parcial de la construcción ordenada por la Municipalidad por no ajustarse los planos a las reglamentaciones vigentes, equivale a la ruina de la obra (ver nota 8). Pero la aprobación de la obra por la Municipalidad no excluye la responsabilidad del constructor (ver nota 9).

1110/1128

1128. ACCIONES DE QUE DISPONE EL DUEÑO EN CASO DE RUINA.— En caso de ruina imputable al empresario, el dueño puede demandarlo por daños y perjuicios. Si sobre este punto no pueden caber dudas, en cambio se ha discutido acerca de otras acciones y recursos. ¿Puede el dueño accionar contra el empresario para obligarlo a reconstruir la cosa? ¿Puede hacer reconstruir la cosa por un tercero a costa del empresario? En principio, no cabe duda de que tales acciones son procedentes en virtud de lo dispuesto por los arts. 625 y 630 (ver nota 10); pero lo cierto es que el derecho del dueño, en definitiva, se reduce a una acción para que se le indemnicen los daños sufridos. En efecto, si acciona por reconstrucción, y el empresario, no obstante la sentencia que lo condena, se niega a cumplirla, no puede ser obligado compulsivamente, puesto que se trata de una obligación de hacer; la condena se resolverá en la reparación de los daños sufridos. Si el dueño hace ejecutar la obra por un tercero, luego podrá demandar al empresario primitivo para que le reintegre lo que ha tenido que pagarle al tercero, lo que no es sino una reparación de los daños sufridos. Por ello, lo más directo y lo que siempre se hace en la práctica, es accionar por daños y perjuicios (ver nota 11).

Va de suyo que no es posible pedir la resolución del contrato, desde que por hipótesis, la obra está concluida y entregada (ver nota 12).

1110/15170

1128 bis. PLAZO DE GARANTÍA.— El Código no establecía plazo durante el cual pudiera ejercerse la acción por el dueño, de lo que derivaba una situación injusta desde el punto de vista del constructor, director de obra y proyectista, quienes podían ser demandados por una ruina producida muchos años después. La ley 17711 <>, al modificar el art. 1646 , ha dispuesto que la responsabilidad cesa si la ruina se produce después de diez años de recibida la obra.

Este plazo puede ser ampliado por convención de las partes; pero no puede ser disminuido porque la responsabilidad del empresario es de orden público y no se admite dispensa contractual de ella (art. 1646 in fine). Si se admitiera que el plazo pueda ser abreviado por contrato, podría llegarse por esa vía a una dispensa disimulada.

1110/1129

1129. GARANTÍA DE DURACIÓN.— En muchos contratos de obras relativos a cosas

muebles (particularmente construcción y reparación de máquinas) es habitual garantizar el buen funcionamiento durante un cierto término. Esta garantía supone un uso o empleo normal por parte del comitente; no protege los deterioros derivados de un empleo anormal o de causas externas o accidentales (ver nota 13).

(nota 1) C. 1ª Apel. La Plata, 26/2/1970, L.L., t. 138, p. 676.

(nota 2) De acuerdo: SPOTA, Locación de obra, t. 1, nº 280; SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1223; MACHADO, t. 4, p. 435; LLERENA, t. 5, p. 402, nº 6; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 952; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 3918.

(nota 3) De acuerdo, autores citados en nota anterior. En contra: ACUÑA ANZORENA, (en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1223, nota 530 b]), quien piensa que el art. 1646 sólo se aplica a las obras realizadas sobre inmuebles.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala E, 1/9/1976, L.L., t. 1977-B, p. 132; Sala F, 25/11/1977, L.L., t. 1978-B, p. 516; Sala L, 22/3/1990, L.L., fallo nº 90.620; C. Civil 1ª Cap., 20/8/1947, L.L., t. 48, p. 89 y J.A., 1947-IV, p. 323; C. 1ª Apel. La Plata, 9/2/1943, J.A., 1943-II, p. 535; C. 2ª Apel. La Plata, 16/5/1944, J.A., 1944-II, p. 553; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 282; SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1225.

(nota 5) C. Com. Cap., Sala B, 28/8/1959, L.L., t. 96, p. 648; íd., 8/11/1962, Doct. Jud., 16/2/1963.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala E, 12/12/1963, E.D., t. 7, p. 242. El tribunal dijo que el concepto de ruina debe ser interpretado con amplitud, bastando con que exista peligro o amenaza más o menos inmediata de que la cosa pueda llegar a arruinarse o deteriorarse paulatinamente o que los vicios comprometan su existencia o solidez; en el mismo sentido, C. Apel. 1ª La Plata, 27/3/1951, J.A., 1951-III, p. 112.

(nota 7) C. Apel. 1ª La Plata, 9/2/1943, J.A., 1943-II, p. 535; íd., 27/3/1951, J.A., 1951-III, p. 111.

(nota 8) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 284.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 3/3/1936, J.A., t. 53, p. 597; C. Com. Cap., Sala A, 5/12/1956, J.A., 1957-II, p. 40; Sala B, 28/7/1961, E.D., t. 3, p. 347; C. Paz Cap., 16/10/1956, J.A.,

1957-II, p. 430; C. Apel. 1ª La Plata, 20/4/1951, J.A., 1951-III, p. 282; C. Apel. 3ª Rosario, 28/5/1954, Juris, t. 6, p. 91.

(nota 10) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1227 y su anotador ACUÑA ANZORENA; REZZÓNICO, Contratos, t. 2, p. 741. En cambio, sostiene que no es admisible otra acción que la de daños y perjuicios, RUBINO, L'appalto, nº 229. Nos parece que la argumentación que desarrolla este autor no demuestra tanto la importancia de la acción por reconstrucción y del derecho de hacer reconstruir la cosa por un tercero, como la inutilidad de hacer uso de estas vías legales. Es lo que sostenemos en el texto.

(nota 11) Véase la opinión coincidente de SALVAT y REZZÓNICO, citados en nota anterior.

(nota 12) De acuerdo: RUBINO, L'appalto, nº 229; GUILLOUARD, Louage, t. 2, nº 859.

(nota 13) RUBINO, L'appalto, nº 214.

3.— Reglas comunes a la ruina anterior o posterior a la entrega

1130. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO ES CONTRACTUAL.— Aunque alguna vez la cuestión fue discutida, hoy hay acuerdo general en que la responsabilidad derivada de la ruina de la cosa tiene carácter contractual, como que nace de una deficiencia en la manera de cumplir las obligaciones contraídas en el contrato de obra (ver nota 1).

1110/1131

1131. LA RESPONSABILIDAD ES DE ORDEN PÚBLICO.— Antes de la sanción de la ley 17711 <>se discutía si la responsabilidad derivada de la ruina era o no de orden público, aunque predominaba la opinión de que lo era (ver nota 2). Este punto de vista ha sido consagrado expresamente por el nuevo art. 1646 cuyo último párrafo establece que no será admisible la dispensa contractual de responsabilidad por una ruina total o parcial. Es la buena solución. Una cláusula contractual que eximiese al empresario de toda responsabilidad por la ruina de un edificio, puente, camino, dique, etcétera, sería notoriamente contraria a la seguridad pública; importaría liberarlo de obligaciones profesionales que se fundan en razones de orden público y allanarle el camino para cumplir su cometido desaprensivamente, con negligencia o mala fe antisociales.

En consecuencia, las cláusulas que eximen o disminuyen la responsabilidad del empresario, son nulas; pero no hay inconveniente en agravar contractualmente dicha responsabilidad.

Bien entendido que esta disposición sólo es aplicable a los edificios y otras construcciones hechas sobre inmuebles; si en cambio, se trata de obras realizadas en cosa muebles

(escultura hecha sobre mármol, piedra, bronce; pintura sobre tela, cartón, hard-board, etc.) no juega en el contrato ningún interés de orden público y, por tanto, nada se opone a la validez de las cláusulas de exención de responsabilidad por deterioro o pérdida.

1110/1132

1132. QUIÉN PUEDE EJERCER LA ACCIÓN POR RESPONSABILIDAD.— La acción surgida de la ruina o deterioro de la cosa, puede ser ejercida desde luego por el comitente y sus sucesores universales. ¿Pueden también ejercerla los adquirentes a título singular de la cosa? A primera vista, la cuestión se presenta dudosa. Los adquirentes de la cosa son terceros respecto del contrato y extraños a sus efectos. Parecería que siendo esta acción de naturaleza contractual, no pueden ellos intentarla. Pero el sentido común indica la necesidad de reconocerles derecho a ejercer la acción; sea que se la funde en que la venta de la cosa importa una cesión tácita de la acción por responsabilidad (ver nota 3) o en el principio de que la acción pertenece a aquel que sufre las consecuencias de la culpa cometida (ver nota 4), no pude dudarse de que los adquirentes de la cosa a título singular pueden demandar al empresario por reparación de los daños sufridos por la ruina de la cosa.

Ante las dudas que se habían originado en el derecho italiano, el nuevo Código ha establecido expresamente esta solución (art. 1669).

Observa RUBINO que el fenómeno de esta transmisión de la acción, es análogo a las obligaciones llamadas ambulatorias o propter rem: se trata de una obligación que por su íntima conexión con una cosa se inserta en ella, en el sentido de que uno de los sujetos está individualizado no personalmente, sino a través de su relación de propiedad con la cosa y cambia junto con el cambio de dueño; la diferencia con las obligaciones propter rem consiste en que en ellas, el sujeto ambulatorio es el deudor, en tanto que en nuestro caso es el acreedor (ver nota 5).

1110/1133

1133.— ¿Pueden los causahabientes a título singular ejercer la acción aun en el caso de que hayan adquirido el inmueble después de ocurrida la ruina? La cuestión es dudosa. Si se admite que la acción de los causahabientes se funda en una cesión tácita hecha por el vendedor-comitente, la respuesta debe ser afirmativa; si se la funda en el daño, habrá que reconocer la acción al vendedor y no al adquirente, pues evidentemente cuando alguien compra una casa en ruina, paga el precio del terreno y no el del edificio. Por razones de equidad nos inclinamos por esta solución. Concederla al comprador importaría reconocerle un beneficio que no se funda en ninguna causa jurídica, y negarle al vendedor la posibilidad de que se le repare un daño efectivamente sufrido, desde que al vender el inmueble, ha debido soportar la depreciación derivada de la ruina (ver nota 6).

1110/1134

1134.— La acción que se reconoce a los sucesores en el dominio de la cosa, debe ser negada a los que sólo adquieren sobre ella un derecho real limitado, tal como el de hipoteca, usufructo, etcétera (ver nota 7), porque por más que éstos puedan alegar perjuicio, sin duda el principal damnificado es el dueño; y sobre todo, que siendo él quien contrató, es a él a quien corresponde el ejercicio de la acción derivada del contrato en tanto no se desprenda por entero del interés que dicha acción protege.

1110/1135

1135. CARGA DE LA PRUEBA.— Producida la ruina de la cosa, se presume que ella se ha originado en defectos de construcción o de mala calidad de los materiales; si el empresario pretende liberarse de la responsabilidad, debe demostrar que se ha producido por caso fortuito o por culpa del dueño (uso inadecuado, excesivo, peligroso, etc.) (ver nota 8). Esta solución se impone por las siguientes consideraciones: 1) Ante todo, el empresario de una obra promete un resultado; si ese resultado falla, es en principio responsable, a menos que demuestre que el siniestro ocurrió por un hecho que no le es imputable. 2) Ordinariamente, la ruina de un edificio se produce por defectos en los materiales o la construcción; y, cuando se ha originado en un hecho fortuito (fenómenos de la naturaleza, guerra, incendio, etc.), éste tiene generalmente un carácter público que hace sencilla su prueba. En cambio, probar que ha habido un error en los cálculos de la estructura de hormigón, o que los materiales tenían vicios ocultos, etcétera, es mucho más difícil. Por todo ello resulta razonable invertir el cargo de la prueba.

1110/1136

1136. RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO.— El arquitecto o ingeniero que hace los planos o dirige la obra, tiene una responsabilidad distinta de la del constructor, que debe considerarse en relación a tres hipótesis distintas:

1110/1137

1137. a) El arquitecto sólo hizo los planos.— En tal caso responde por los errores o vicios de los planos, por los errores de cálculo en la resistencia de las estructuras de hormigón u otro material, por no haber previsto las fallas o falta de solidez del suelo por falta de cumplimiento de las reglamentaciones municipales; pero no por defectos de ejecución y mala calidad de los materiales empleados.

1110/1138

1138. b) Hizo los planos y dirigió la obra.— Además de la responsabilidad que le compete como autor de los planos, responde también por los vicios de ejecución y por la calidad de los materiales. Para el supuesto de que los materiales hayan sido provistos por el dueño de la obra, véase número 1118.

1110/1139

1139. c) Dirigió la obra según planos ajenos.— Como principio, debe admitirse que tiene la misma responsabilidad que en el supuesto anterior. Con respecto a la calidad de los trabajos y materiales, ninguna duda cabe, pues ésta es la responsabilidad específica del director de obra. Pero también responde por los vicios o defectos de los planos, pues por su carácter de profesional, no debían pasarle inadvertidos; su obligación era ponerlos en conocimiento del proyectista y del dueño. Por excepción, debe considerarse que carece de responsabilidad cuando los planos cuya ejecución se le ha encomendado implican una alta especialización que no debe esperarse en cualquier profesional; tal, por ejemplo, si se trata del cálculo de resistencia de una estructura audaz, como puede ser un puente colgante, una bóveda de gran abertura, etcétera (ver nota 9).

1110/1140

1140. RESPONSABILIDAD COMÚN DEL ARQUITECTO Y DEL CONSTRUCTOR.— De lo dicho anteriormente resulta que muchas veces la responsabilidad del constructor se superpone con la del arquitecto, sea que actúe como proyectista o como director de obra.

a) Cuando la responsabilidad deriva de la deficiente realización de los trabajos, de la errónea interpretación de los planos o de la mala calidad de los materiales, la responsabilidad del constructor y del arquitecto director de obra siempre se superponen, puesto que la falla recae precisamente sobre la tarea específica que se les ha encomendado a uno realizar, al otro vigilar que se realice bien (ver nota 10).

b) En cambio, la superposición de la responsabilidad del proyectista con la del constructor, es más bien excepcional. El proyectista no responde nunca por la mala ejecución de los trabajos y las fallas de los materiales empleados. El constructor a su vez, no responde por los errores de los planos, salvo que sean tan groseros que no debían pasar inadvertidos a un experto como se supone que lo sea el constructor (ver nota 11). O, para decirlo de manera más precisa, el constructor queda liberado de responsabilidad cuando el defecto no podía ser advertido o evitado con el grado de pericia que se podía pretender de él (ver nota 12). Así, por ejemplo, el constructor sería responsable de que la construcción no se ajuste a lo dispuesto por las reglamentaciones municipales, de haberse apegado a los planos no obstante tratarse de errores groseros y evidentes; en cambio, los errores de cálculos sobre resistencia de las estructuras y materiales, escapan a su competencia. En cuanto a la responsabilidad por ruinas derivadas de vicios del suelo, véase número 1125 bis.

1110/1141

1141.— Con frecuencia se ha afirmado que la responsabilidad conjunta del arquitecto director de obra y el constructor tiene carácter solidario (ver nota 13). Pero en rigor no se trata de solidaridad, pues no hay ninguna disposición legal que le atribuya ese carácter, ni

surge tampoco de un contrato, ya que la relación entre ellos y el dueño se establece a través de contratos distintos. Es una responsabilidad que el dueño puede hacer valer indistintamente contra cualquiera de ellos y por el total (ver nota 14). Esta solución ha sido establecida expresamente por el art. 1646 en su nueva redacción. Sólo habrá solidaridad propiamente dicha en caso de colusión dolosa entre el proyectista o director de obras y el empresario, pues dicha colusión configura un hecho ilícito (ver nota 15).

1110/1142

1142. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA INDEMNIZACIÓN.— Si frente al dueño el proyectista, el director de obras y el constructor son responsables cada uno por el todo, ¿cómo se distribuye luego entre ellos la carga de la indemnización? El problema es delicado porque la culpa respectiva puede asumir muchos matices de gravedad. En la doctrina no se ha logrado encontrar una directiva satisfactoria sobre este punto; los jueces habrán de resolver el problema de acuerdo con las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la gravedad de las culpas respectivas (ver nota 16). Y si éstas fueran equivalentes o si no se probara la medida de la culpabilidad de cada uno habrá que distribuir el peso de la indemnización por partes iguales (ver nota 17). Va de suyo que si el contrato de obra ha sido suscripto por un empresario que se ha encargado al propio tiempo de la confección de los planos y de la dirección de obra, el único responsable ante el dueño es el empresario; si éste ha subcontratado la confección de los planos o la dirección de obra o la construcción, los subcontratistas serán a su vez responsables ante él (ver nota 18).

1110/1143

1143. PRESCRIPCIÓN.— El art. 1646 establece para el caso de ruinas de un edificio u obras en inmuebles de larga duración, una prescripción de un año a contar del tiempo en que se produjo la ruina. La ley ha querido que la responsabilidad del empresario no se prolongue indefinidamente. Cabe preguntarse si este plazo ha de hacerse extensivo a todo otro supuesto de locación de obra y todo deterioro o perjuicio resultante del cumplimiento indebido por parte del empresario. La cuestión es dudosa. Pero lo cierto es que el art. 1646 se refiere específicamente al caso de ruina producida en edificios u obras de larga duración. Por ello pensamos que en los demás casos son aplicables los principios generales relativos a la prescripción de las acciones contractuales, para las cuales rige el término común del art. 4023 (ver nota 19).

En cuanto al momento en que empieza a correr la prescripción, pensamos que hay que distinguir entre la responsabilidad derivada de vicios aparentes, en cuyo caso el término debe correr desde el momento de la entrega y la originada en vicios ocultos, en cuya hipótesis no es razonable tomar otro punto de partida que aquel en que el vicio se ha exteriorizado, lo cual ocurre por lo común cuando se produce el daño o deterioro (ver nota 20). Es lo que dispone el art. 1646 para los edificios u obras de larga duración.

1110/1144

1144. RESPONSABILIDAD DEL TERCERO VENDEDOR DE LOS MATERIALES.— La responsabilidad del tercero que ha proveído los materiales que se emplearon en la obra y cuya mala calidad originó la ruina, se rige por los principios relativos a la compraventa (ver nota 21). Es decir, si se trata de vicios ocultos el vendedor es responsable; pero no lo es si la mala calidad era aparente.

(nota 1) De acuerdo: C. Com. Cap., 23/6/1950, J.A., 1950-IV, p. 6; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 269; SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1222 y su anotador ACUÑA ANZORENA; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 731; MACHADO, t. 4, p. 435; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 947; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 3943; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, nº 1300; RUBINO, L'appalto, nº 218; ABELLO, Locazione, t. 4, nº 666. Antiguamente sostuvieron la opinión contraria: AUBRY y RAU, § 374; LAURENT, t. 26, nº 33; PACIFICI - MAZZONI, Locazione, nº 333.

(nota 2) En el sentido de que es de orden público: C. Civil 2ª Cap., 5/11/1931, J.A., t. 37, p. 1601; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 273; MACHADO, t. 4, p. 434; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 957 (con atenuaciones al principio); AUBRY y RAU, § 374; LAURENT, t. 26, nº 33. En contra: LLERENA, t. 5, p. 404; RUBINO, L'appalto, nº 219 (quien reconoce sin embargo, que la tesis contraria prevalece en la jurisprudencia de su país).

(nota 3) Así lo sostienen PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 961.

(nota 4) Como lo sostiene SPOTA, Locación de obra, t. 2, nº 276.

(nota 5) RUBINO, L'appalto, nº 226.

(nota 6) Aunque SPOTA no se refiere concretamente a ese punto, como fundamenta el traspaso de la acción en la circunstancia de que ésta debe reconocerse a quien sufre el daño, es obvio que coincide con nuestra conclusión (Locación de obra, t. 1, nº 276). En cambio, RUBINO sostiene que aún en la hipótesis considerada en el texto, debe concederse la acción al comprador (L'appalto, nº 226).

(nota 7) RUBINO, L'appalto, nº 227.

(nota 8) De acuerdo: SPOTA, Locación de obra, t. 1, nº 272; RUBINO, L'appalto, núms. 201 y 224. El Código italiano establece expresamente esta presunción de culpa (art. 1669).

En contra: MACHADO, t. 4, p. 435; LLERENA, t. 5, p. 400; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 742.

(nota 9) De acuerdo sobre todos los puntos tratados en este número: SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, núms. 285 y sigs.; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, ps. 746 y sigs.; RUBINO, L'appalto, núms. 202 y sigs.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala E, 31/12/1976, L.L., t. 1977-C, p. 181; C. Com. Cap., Sala C, 8/2/1963, E.D., t 4, p. 269 y L.L., t. 111, p. 442.

(nota 11) De acuerdo: SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 1, nº 289; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 747, nota 133; ABELLO, Locazione, t. 4, nº 696; RUBINO, L'appalto, nº 202; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 956; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 3930; SÁNCHEZ FONTANS, El contrato de construcción, t. 2, nº 395.

(nota 12) RUBINO, L'appalto, nº 202.

(nota 13) C. Civil 1ª Cap., 30/6/1920, J.A., t. 4, p. 364; C. Civil Cap., Sala B, 3/9/1957, J.A., 1958-I, p. 26; REZZÓNICO, Contratos, t. 2, p. 749. Así lo califica también la jurisprudencia francesa (COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 1105). La C. Civil Cap., Sala E declaró que la responsabilidad del director de obra y del constructor es mancomunada frente a terceros: 6/1/1962, L.L., t. 111, p. 88.

(nota 14) C. Com. Cap., Sala C, 8/2/1963, E.D., t. 4, p. 269 y L.L., t. 111, p. 442. SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 290; RUBINO, L'appalto, nº 149. SÁNCHEZ FONTANS opina que frente al dueño debe presumirse, salvo prueba en contrario, que cada uno de ellos es responsable de la totalidad del daño (El contrato de construcción, t. 2, nº 389).

(nota 15) RUBINO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 16) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 290; SÁNCHEZ FONTANS, t. 2, nº 389.

(nota 17) RUBINO se pronuncia en el sentido de negar una acción de regreso en favor del que pagó, sosteniendo que no hay entre los distintos obligados ningún vínculo jurídico que permita fundar dicha pretensión (L'appalto, nº 149). La solución no carece de lógica en derecho estricto, pero es muy injusta. Si hay culpa de ambos ¿por qué no distribuir entre

ambos el peso de la responsabilidad? Los responsables quedan así librados al capricho del dueño, que eligiendo a uno para dirigir contra él la acción de daños, librará de toda responsabilidad al otro. RUBINO incluso sostiene que dirigida la acción contra ambos, puede luego el dueño ejecutar la sentencia contra uno solo. Aparte de ser injusta, esta solución tiene otro grave inconveniente práctico: hace imposible la solución extrajudicial del problema por acuerdo directo entre uno de los responsables y el dueño. Nadie se allanará a pagar pues sabe que no podrá reclamar su coparticipación del otro responsable. Habrá que ir a juicio con pérdida de tiempo y dinero. Agreguemos que la jurisprudencia francesa admite la acción de regreso (véase la citada por COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, º 1105).

(nota 18) RUBINO, L'appalto, nº 225.

(nota 19) Antes de la sanción de la ley 17711, se aplicaba a todo supuesto la prescripción decenal; C. Civil 1ª Cap., 20/8/1947, J.A., 1947-IV, p. 323 y L.L., t. 48, p. 89; C. Civil 2ª Cap., 5/2/1931, J.A., t. 37, p. 1601, con nota de SPOTA; C. Civil 2ª Cap., 30/5/1944, J.A., 1944-III, p. 195; C. Paz Let. Cap., G.P., t. 37, p. 97, la doctrina es unánime.

(nota 20) En este sentido, véase RUBINO, L'appalto, nº 209.

(nota 21) RUBINO, L'appalto, 211.

4.— Responsabilidad por el hecho de las personas ocupadas en la obra

1144 bis. DISPOSICIÓN LEGAL.— Establece el art. 1631 que el empresario es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra. En realidad era innecesario decirlo, pues el empresario asume la responsabilidad de realizar la obra conforme a las reglas del arte; responde por el resultado, y si éste no se logra o se logra defectuosamente, debe indemnizar al dueño sea que los defectos deban atribuirse a su propia culpa o a la de sus empleados. Por personas que ocupan en la obra debe entenderse tanto los obreros directamente dependientes de él como los subcontratistas y personas que éstos emplean (ver nota 1).

1110/1145

1145.— Pero hay que distinguir entre los defectos resultantes de la mala ejecución del trabajo y los que resulten de la comisión de hechos ilícitos por el personal (ver nota 2). En el primer caso, la responsabilidad del empresario es contractual y la acción del dueño para hacerla efectiva prescribe a los diez años; en el segundo, deriva del art. 1113 (responsabilidad por el hecho de los dependientes) y prescribe a los dos años (art. 4037).

(nota 1) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1215.

(nota 2) SALVAT, loc. cit. en nota anterior y su anotador ACUÑA ANZORENA (nota 518).

E.— OBLIGACIÓN DE CUSTODIA

1110/1146

1146. CONTENIDO.— Cuando los materiales han sido proporcionados por el dueño, el empresario está obligado a custodiarlos hasta el momento en que son empleados en la obra. Su obligación de custodiar se extiende también a la obra que está construyendo, pero en este caso no se trata de una obligación independiente, sino que está contenida dentro de la de entregar la obra en el estado y condiciones previstas.

Igual deber existe respecto de los instrumentos de trabajo proporcionados por el dueño. En cuanto a la cosa entregada para su reparación o los materiales proporcionados por el dueño, el empresario se encuentra en calidad de depositario, careciendo del derecho de usarlos en provecho propio (ver nota 1). Respecto a los instrumentos de trabajo, tiene las obligaciones que resultan del préstamo de uso.

§ 2.— Obligaciones del dueño o comitente

1110/1147

1147. ENUMERACIÓN.— Las obligaciones del dueño o comitente son las siguientes: a) Cooperar lealmente con el empresario para facilitarle la realización de la obra. b) Pagar el precio. c) Recibir la cosa. d) Pagar a las personas que han trabajado en la obra o suministrado los materiales, si no les pagara el empresario que los empleó o adquirió, hasta la suma que adeude al empresario.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala D, 17/2/1952, L.L., t. 69, p. 393.

A.— OBLIGACIÓN DE COOPERACIÓN

1110/1148

1148. CONTENIDO.— El comitente tiene la obligación de poner al empresario en condiciones de cumplir la obra. Es una obligación de contenido elástico: si se trata de una

construcción sobre suelo, debe ponerlo en posesión de éste, proporcionarle los planos y los materiales e instrumentos de trabajo que hubiere prometido en el contrato; si para empezar la obra es necesario el consentimiento de un tercero o del Estado, debe gestionarlo y obtenerlo; tal ocurre por ejemplo, con la aprobación de los planos por la Municipalidad (ver nota 1). Todo ello debe hacerlo en tiempo propio. Debe cumplir los actos de verificación sin demora; si de acuerdo con el contrato fuera necesaria su aprobación para los materiales o las distintas etapas de la obra, debe hacerlo en su momento. Está obligado a pagar puntualmente las cuotas pactadas. Debe también hacer cesar los eventuales procedimientos de hecho o de derecho provenientes de un tercero; pero es necesario hacer entre ambos supuestos una distinción fundamental: el dueño no está obligado a resarcir al empresario por las perturbaciones de hecho de un tercero, a menos que pudiendo haberle puesto fin no lo haya hecho; en cambio, está obligado a indemnizar al empresario por las turbaciones de derecho que se demostraran fundadas o se hubieran originado en la culpa del comitente (ver nota 2). Si, en cambio, esas pretensiones fueran infundadas, los daños sufridos por el empresario están a cargo del tercero y no del dueño (ver nota 3).

Esta obligación tiene también un contenido negativo: el dueño debe abstenerse de todo acto personal que obstaculice o perturbe el normal desarrollo de los trabajos (ver nota 4), como podría ser una fiscalización excesiva, que dificultara el normal desenvolvimiento de la obra.

1110/1149

1149. SANCIONES NACIDAS DEL INCUMPLIMIENTO DE ESTA OBLIGACIÓN.— De lo dicho en el número anterior se desprende que el deber de cooperación no es una obligación única, sino una denominación que abraza obligaciones de distinta naturaleza e importancia. Por lo mismo, las sanciones no pueden ser en todos los casos las mismas sino que deben adecuarse a su gravedad. Sin embargo, hay un recurso que sirve de común denominador y que puede ser siempre esgrimido por el empresario para obligar al dueño a cumplir: la exceptio non adimpleti contractus (art. 1201). Sólo debe exceptuarse el caso de que la inejecución del dueño fuere de tan escasa importancia, que el empresario no podría negarse a cumplir con las obligaciones a su cargo sin manifiesta violación del principio de la buena fe que debe regir las relaciones contractuales (ver nota 5). En consecuencia, y salvo la situación de excepción antedicha, cuando el dueño incurre en algún incumplimiento de sus deberes de cooperación, el empresario puede suspender la continuación de la obra (ver nota 6) (véase nº 1155).

En casos de incumplimientos graves, puede incluso pedir la resolución del contrato por culpa del dueño (art. 1204). El art. 1644 prevé expresamente ese derecho para el caso de demora en la entrega de los materiales o de las prestaciones prometidas; por prestaciones no sólo debe entenderse el pago de las cuotas del precio, sino también la entrega de planos, la obtención de la aprobación de éstos por la Municipalidad, la aprobación de las etapas del trabajo si ésta hubiera sido declarada imprescindible en el contrato, la eliminación de la perturbación de derechos de un tercero. Sin embargo, una pequeña demora que no perjudica al empresario, no justificaría la acción de resolución.

1110/1150

1150.— Supongamos que una vez entregados el terreno y los instrumentos de trabajo por el dueño, éste pretenda privar al empresario de su tenencia. ¿Qué recursos tiene éste para defenderse? Si los elementos de que fuera privado hacen imposible o dificultan notoriamente la prosecución de la obra, el empresario tiene derecho a tener al dueño por desistido de ella, con todas las consecuencias de tal actitud (véase nº 1201). Si, en cambio, la privación fuera de menor cuantía y no creara dificultades importantes a la continuación del trabajo, sólo podrá oponerse a la entrega de las cosas reclamadas por el dueño, en ejercicio del derecho de retención (ver nota 7) (véase nº 1157).

(nota 1) De acuerdo: SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 300; RUBINO, L'appalto, nº 123; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 3970.

(nota 2) RUBINO, L'appalto, 123.

(nota 3) RUBINO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 4) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 300; RUBINO, L'appalto, nº 123.

(nota 5) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 320.

(nota 6) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala C, 12/8/1976, L.L., t. 1977-A, p. 292.

(nota 7) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 301.

B.— PAGO DEL PRECIO

1.— Modo de fijar el precio

1110/1151

1151. DISTINTOS MODOS DE FIJARLO.— El precio de la obra puede ser fijado en una cantidad fija e invariable (ajuste alzado) o por unidad de medida, o puede fijarse una suma básica que variará según se modifiquen los precios de los materiales y de la mano de obra (coste y costos). Sobre estas modalidades hemos tratado en los números 1076 y siguientes, a los que remitimos.

1110/1152

1152. CASO EN QUE NO SE HAYA ESTABLECIDO EL PRECIO.— Si en el contrato no se hubiera fijado precio, se entenderá que las partes ajustaron el precio de costumbre (art. 1627). Ésta es una norma común para el contrato de trabajo y la locación de obra (ver nota 1), cuyo estudio hemos hecho en los números 1009 y siguientes.

2.— Momento del pago

1110/1153

1153. CASO EN QUE EL CONTRATO NO LO ESTABLECE.— Si no hay tiempo estipulado, el pago del precio debe hacerse al tiempo de la entrega de la cosa (art. 1636). Por entrega no sólo debe entenderse la que se realiza de común acuerdo entre las partes, sino también la consignación judicial. En cambio, no basa la simple puesta en mora del dueño, pues este acto supone un ofrecimiento de entrega, pero ésta no se ha consumado. Equivale a la entrega la aceptación expresa de la obra por el dueño que, por factores ajenos a la voluntad del empresario, la deja en su poder en calidad de depositario, custodio, etcétera (ver nota 2).

1110/1154

1154. CASO EN QUE EL CONTRATO LO ESTABLECE.— Si el contrato establece el momento del pago, el dueño debe hacerlo en el término convenido (art. 1636). Puede ocurrir que el contrato establezca: a) el pago anticipado, en cuyo caso el dueño no podría pretender que el empresario dé comienzo a los trabajos si antes no paga íntegramente la obra; b) el pago por cuotas: se conviene el pago de cierta parte del precio a medida que se van cumpliendo las distintas etapas de la construcción; también puede convenirse que el precio se pagará por cuotas periódicas, sin relación con el cumplimiento de las distintas etapas de la obra, pero esta modalidad es menos frecuente; c) finalmente, puede acordarse el pago al vencimiento. El comitente puede negarse a pagar el precio mientras la obra no se le entregue de acuerdo a lo convenido; es ésta una mera aplicación de la exceptio non adimpleti contractus. Sin embargo, la jurisprudencia ha decidido con razón que las pequeñas deficiencias o defectos no autorizan al comitente a no pagar el precio, limitándose su derecho a deducir del precio pactado la suma necesaria para hacer las reparaciones (ver nota 3). De lo contrario se incurriría en un evidente abuso de derecho.

1110/1155

1155. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE PAGO OPORTUNO DEL PRECIO.— Si se hubiera convenido el pago por anticipado, el empresario puede abstenerse de dar comienzo a la obra y rechazar mediante la exceptio non adimpleti contractus toda pretensión del dueño para lograr el cumplimiento de la obra prometida. Puede también resolver el contrato

por culpa del dueño, con la obligación de éste de repararle los daños sufridos por el incumplimiento, para cuya estimación debe computarse no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante; es decir, toda la ganancia que esperaba de la obra.

Si se tratara de pagos periódicos, además de los derechos antedichos, el empresario puede suspender los trabajos (ver nota 4), dado que el oportuno cumplimiento de los pagos parciales es esencial para la realización de la obra, pues el contratista cuenta con esos fondos para hacerla; y el plazo se considerará prorrogado por el tiempo que dure la demora del comitente (véase nº 1105). Pero no hay derecho a suspender la obra si se trata de falta de pago de trabajos adicionales cuyo costo no está determinado, por lo que no constituyen créditos líquidos y exigibles (ver nota 5).

Si se trata de pago al vencimiento, el empresario puede negarse a entregar la obra hasta que le sea pagada, haya o no provisto el comitente los materiales y sea o no dueño del suelo (véase nº 1157); a la inversa, el comitente puede negarse a pagar el precio mientras la cosa no sea entregada u ofrecida.

Si la cosa es recibida a prueba o con reservas, la recepción no implica todavía aceptación, y por tanto el dueño está obligado a pagar el precio; habrá que esperar que se establezca si la obra era o no defectuosa; a falta de acuerdo de partes deberá recurrirse a la decisión judicial (ver nota 6). Si la obra estuviera libre de defectos, el comitente deberá el precio con los intereses devengados a partir del momento en que se le hizo la entrega provisional; si era defectuosa, el dueño no estará obligado a pagar el precio sino cuando los defectos han sido eliminados o el empresario se ha avenido a reducir proporcionalmente el precio (ver nota 7), salvo lo dicho en el número anterior de los pequeños vicios o deficiencias.

1110/1156

1156.— A las consecuencias estudiadas precedentemente, hay que agregar que el comitente moroso debe intereses sobre el precio (o la parte impaga de él) desde el momento en que quedó en mora (ver nota 8).

¿Es necesario que exista suma líquida para que proceda el pago de los intereses? La jurisprudencia se inclinó primeramente por la solución afirmativa (ver nota 9), de donde resultaba que si el precio debía ser fijado por árbitros o por el juez (lo que es frecuente sobre todo respecto de los trabajos adicionales) no procedían intereses. Hoy los jueces han abandonado este criterio excesivamente formalista; basta la existencia de una deuda cierta, aunque no sea líquida, para que se adeuden intereses desde el día de la mora (ver nota 10).

1110/1157

1157. DERECHO DE RETENCIÓN.— El empresario no pagado tiene derecho a retener la cosa sobre la cual ha realizado su obra (arts. 3939 y 3940).

En cuanto a los subcontratistas, sólo pueden hacer uso de este derecho en caso que tengan

contra el dueño la acción del art. 1645 , para lo cual es necesario que el dueño deba todo o parte del precio al empresario principal (ver nota 11).

1110/1158

1158.— ¿Se extiende el derecho de retención a los documentos, planos e instrumentos de trabajo proporcionados por el dueño? Prevalece la solución afirmativa (ver nota 12). En el fondo, se trata de fortificar los recursos compulsivos que tiene a su disposición el empresario para obligar al comitente a cumplir con sus obligaciones.

1110/1159

1159.— Los requisitos legales para hacer valer el derecho de retención y la forma de sustituirlo, son problemas de orden general cuyo estudio debe hacerse en el Tratado de Derecho Civil, Obligaciones.

3.— Lugar de pago

1110/1160

1160. APLICACIÓN DE LAS REGLAS GENERALES.— El Código no contiene normas especiales sobre este punto respecto de la locación de obra. La solución del problema se encuentra en las reglas generales sobre pago. Dispone el art. 749 que si el pago consistiese en una suma de dinero, como precio de alguna cosa enajenada por el acreedor, debe ser hecho en el lugar de la tradición de la cosa, no habiendo lugar designado, salvo si el pago fuese a plazos.

Aunque esta norma alude en particular al caso de la compraventa, es obvio que sólo se trata de un ejemplo y que debe aplicarse a todo contrato en que una de las partes tiene la obligación de entregar una cosa y la otra pagar un precio (ver nota 13). Por consiguiente, cuando no hay lugar designado en el contrato y el precio debe pagarse en el momento de la entrega, el dueño tiene que hacerlo efectivo en el lugar en que la obligación se hubiere contraído (art. 618); finalmente, si no hubiera prueba suficiente acerca del lugar en que se contrajo, debe hacerse en el domicilio del deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación (arts. 618 y 747 in fine). Hay que agregar que para el deudor, es optativo hacer el pago en el lugar donde se hubiere contraído la obligación o en el domicilio del deudor; si lo hiciere en este último, el empresario no podrá rechazarlo y pretender que se lo haga en el lugar de celebración del contrato, puesto que no tiene ningún interés jurídico en tal defensa. En suma, él no puede exigir que el pago se le haga en su domicilio, cuando corresponde le sea hecho en otro lugar; pero no puede tampoco oponerse a que se le haga allí, si el dueño lo prefiere.

4.— Revisión del precio (ver nota 14)

1110/1161

1161. EL PROBLEMA.— El contrato de obra se desenvuelve y cumple a través de un período de tiempo que a veces suele ser prolongado. Y no es difícil que durante él se produzca un encarecimiento de los materiales y de la mano de obra; el empresario ve modificados así los valores en base a los cuales fijó el precio. No es difícil que pierda toda su ganancia y aun que sufra quebranto. Como tales variaciones se han hecho crónicas con motivo del estado de inflación en que se desenvuelve la economía contemporánea, los empresarios de obras importantes y de larga duración los celebran bajo el sistema de coste y costas, que les asegura el reconocimiento de los aumentos que se produzcan durante la realización de la obra (ver nota 15) siempre que no estuvieren en mora en la ejecución de los trabajos.

Pero supongamos que el contrato no previere tales aumentos y que se hubiere acordado una suma fija (ajuste alzado). ¿Tiene derecho el empresario a pedir un aumento del precio fundado en la variación de los valores de los materiales y mano de obra? El Código resolvía el problema con un texto expreso y categórico: bajo ningún pretexto puede pedir aumento (art. 1633). El propósito de la ley era dar estabilidad y seguridad a los derechos adquiridos por contrato; si las partes no previeron, como podían haberlo hecho, ninguna variación, es porque quisieron establecer desde el primer momento una suma fija y asumieron a designio el riesgo de una variación de precios. Si ellos disminuyen, el precio fijo favorecerá al empresario que de cualquier modo podrá cobrar la suma pactada (ver nota 16); si aumentan, el precio contractual beneficiará al dueño.

1110/1162

1162.— Como principio, la solución del Código era sin duda alguna razonable. Pero ocurre a veces que durante el curso del contrato se producen alteraciones verdaderamente imprevisibles del costo de la obra. ¿También en estos casos debía aplicarse rígidamente el art. 1633 ? Así parecía indicarlo la forma enérgica en que la disposición había sido redactada: el empresario bajo ningún pretexto puede pedir aumento en el precio. Sin embargo, en los años que precedieron a la sanción de la ley 17711 <>, la jurisprudencia y doctrina se inclinaron definidamente en el sentido de que si se trataba de aumentos determinados por circunstancias extraordinarias, imposibles de prever, el empresario tenía derecho a una revisión del precio fijado en el contrato; así ocurriría si hubo necesidad de realizar trabajos importantes por el vicio del suelo que se desconocía, si se ha producido un aumento sustancial de los precios en razón de medidas de gobierno, relativo al valor de la moneda (devaluación) o por la declaración de una guerra civil o internacional, o por la sanción de leyes que importan nuevas y pesadas cargas para el empleador empresario (ver nota 17). Esta solución ha tenido expresa recepción legal; el nuevo art. 1633 , luego de reproducir la regla del texto originario agrega: “salvo lo dispuesto en el art. 1198 ”. Este último es la norma que consagra la teoría de la imprevisión. En otras palabras, cuando la variación del valor de la obra ha sobrevenido como consecuencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, hay derecho a reajuste.

Bien entendido que debe tratarse de acontecimientos imprevisibles como a los que se ha aludido en el párrafo anterior; no tiene ese carácter, en una época de inflación, el aumento de la mano de obra originado en un nuevo contrato colectivo de trabajo ni el de los materiales, producido como consecuencia del aumento general de los valores, pues todo ello es perfectamente previsible. A menos, claro está, que la inflación que ha seguido un curso más o menos constante, se desencadene de pronto a un ritmo acelerado y desquiciante (ver nota 18). En tal supuesto juega también la teoría de la imprevisión.

El Código italiano ha resuelto el problema con un texto a todas luces acertado: cuando por efecto de circunstancias imprevisibles se han verificado aumentos o disminuciones en el costo de los materiales o de la mano de obra, que determinen un aumento o disminución superior al décimo del precio convenido, el empresario o el comitente pueden pedir una revisión del precio; la revisión puede ser otorgada solamente por aquella diferencia que exceda del décimo; si en el curso de la obra se manifiestan dificultades de ejecución derivadas de causas geológicas, hidráulicas o similares, no previstas por las partes, que hagan notablemente más onerosa la prestación del empresario, éste tiene derecho a una recompensa equitativa (art. 1664, Cód. Civ. italiano).

1110/1163

1163.— Va de suyo que si el encarecimiento se ha producido por culpa del comitente, éste es responsable ante el empresario y no podría invocar a su favor el art. 1633 (ver nota 19). Así ocurriría si el aumento de los materiales o la mano de obra se ha producido después del plazo estipulado, que no pudo cumplirse porque el dueño demoró en proveer materiales o mano de obra o no pagó en término las cuotas prometidas o dio orden de suspender los trabajos.

1110/1164

1164. TRABAJOS ADICIONALES.— Se vincula estrechamente con este problema el de los llamados trabajos adicionales. Es frecuente que durante la realización de la obra el dueño ordene modificaciones o añadidos respecto de los planos originarios. Está fuera de toda duda que tales trabajos deben ser remunerados con independencia del precio fijado para toda la obra, aunque ésta se haya hecho por ajuste alzado. Los problemas que en la práctica se presentan son generalmente de prueba, pues muchas veces esos trabajos se ordenan verbalmente, en la confianza que suele originarse en un trato contractual prolongado. Luego, a la terminación de la obra, surgen las desavenencias.

El principio general es que todos los trabajos adicionales realizados fuera de las previsiones del contrato, se encuentran comprendidos dentro del precio total pactado, a menos que el empresario pruebe que fueron ordenados por el dueño (ver nota 20). Es necesario decidirlo así, porque de lo contrario, el empresario podría hacer modificaciones o agregados por propia decisión y con el propósito de recargar el precio. Para evitar esta burla, el art. 1793 del Código Civil francés, luego de disponer que el empresario no puede pedir aumento del precio bajo el pretexto de aumento de la mano de obra o de los materiales, agrega que

tampoco podrá hacerlo bajo el pretexto de cambios o agregaciones hechos en el plan primitivo si esos cambios no han sido autorizados por escrito y al precio convenido con el propietario. Al servirse de esta disposición como fuente, VÉLEZ reprodujo en el art. 1633 la primera parte, pero suprimió prudentemente la segunda. En nuestro derecho, no cabe exigir al empresario la prueba formal y escrita de las órdenes recibidas del comitente; el juez tiene libre facultad de apreciación de las pruebas producidas (ver nota 21). Inclusive se ha admitido que la recepción sin reservas de la obra importa un reconocimiento tácito de que los adicionales fueron ordenados por el comitente (ver nota 22); igual efecto tiene el silencio guardado por el propietario mientras se hacían los adicionales, si ellos se realizaban con su conocimiento (ver nota 23). Pero si en el contrato se ha establecido que no se reconocerían trabajos que no se hubieran ordenado por escrito, sólo podrán probarse de esta forma (ver nota 24), a menos que tácitamente los autorizara el comitente al recibir la obra sin reserva alguna (ver nota 25).

Según veremos en el párrafo siguiente, el art. 1633 bis dispone que el empresario no podrá variar la obra sin permiso por escrito del dueño; pero pensamos que esa disposición se refiere a las variaciones dispuestas por el empresario y no a las ordenadas por el dueño.

No tienen carácter de adicionales los trabajos que, aunque no previstos en la documentación que sirvió de base al contrato, eran necesarios para la realización de la obra según las reglas del arte y debían por tanto considerarse implícitamente comprendidos en ella (ver nota 26).

1110/15190

1164 bis.— Hasta aquí hemos hablado de los adicionales ordenados por el dueño. Pero hay que suponer también las variaciones o adicionales dispuestos por el empresario. Es natural que como principio, carece de tal derecho: la ley dispone que el empresario no puede variar la obra sin permiso por escrito del dueño. Pero si el cumplimiento del contrato exigiera esas alteraciones y ellas no pudieron preverse al tiempo en que se concertó, deberá comunicarlo inmediatamente al propietario, expresando la modificación que importe sobre el precio fijado (art. 1633 bis).

La ley ha previsto así el caso de adicionales cuya realización es impuesta por circunstancias que no se conocían al contratar. El caso más frecuente es que al hacer los cimientos de un edificio, el empresario se encuentre con obstáculos imprevistos que hacen necesarios trabajos adicionales. Así puede ocurrir si al hacer la excavación se encuentra con agua o con roca, que exigen trabajos de cimentación costosos.

Si las partes no se pusieren de acuerdo, sea sobre la necesidad de los adicionales, sea sobre su precio, el juez resolverá la cuestión sumariamente (art. 1633 bis in fine). La rapidez del procedimiento es de capital importancia para evitar la paralización de la obra, con los consiguientes perjuicios para ambas partes.

1110/1165

1165. ¿TIENE DERECHO EL DUEÑO A ORDENAR TRABAJOS ADICIONALES?— El problema se plantea en el supuesto de que el contrato no le conceda expresamente ese derecho. Mientras las modificaciones o alteraciones a la obra proyectada no hagan más onerosa la obligación del empresario, debe reconocerse la facultad del dueño de disponerlas y la obligación del empresario de acatar las órdenes recibidas (ver nota 27); pero hay que hacer la excepción de la modificación de planos que a juicio del arquitecto no podría ejecutar sin desmedro de su reputación profesional o artística; él no puede ser obligado a aceptar modificaciones que violenten su criterio estético o arquitectónico. Si las obras suponen una carga mayor para el constructor, el dueño no pude ordenarlas por acto unilateral; se requerirá, pues, la aquiescencia del empresario (ver nota 28). Hubiera sido preferible un régimen más elástico que permitiese al dueño ordenar cambios dentro de límites prudentes (por ej., adicionales cuyo costo no exceda del décimo o del vigésimo del valor de la obra). Así es el sistema imperante en materia de obras públicas (art. 29 <>, ley 13064) y el del Código Civil italiano (art. 1661).

5.— Privilegio del empresario

1110/1166

1166. NOCIONES GENERALES Y REMISIÓN.— Según el art. 3891 , el crédito del obrero o artesano tiene privilegio por el precio de la mano de obra sobre la cosa mueble que ha reparado o fabricado, mientras la cosa permanezca en su poder. Respecto de las obras ejecutadas sobre inmuebles, dispone el art. 3931 que los arquitectos, empresarios, albañiles y otros obreros que han sido empleados por el propietario para edificar, reconstruir o reparar los edificios u otras obras, gozan por las sumas que les son debidas, de privilegio sobre el valor del inmueble en que sus trabajos fueron ejecutados. Los subempresarios y los obreros empleados no por propietarios sino por el empresario que ha contratado con ellos, no gozan de este privilegio.

Para el supuesto de colisión de éste con otros privilegios, dispone el art. 3916 que si los muebles del deudor están afectados al privilegio del vendedor, o si se trata de una casa o de otra obra que éste afecta al privilegio de los obreros que la han construido o reparado, o al de los individuos que han suministrado los materiales, el vendedor, los obreros y los que han suministrado los materiales serán pagados sobre el precio del objeto que les está afectado con preferencia a los otros acreedores privilegiados, con excepción de los acreedores hipotecarios en el inmueble, que serán pagados primero y de los gastos funerarios y de justicia, que han sido necesarios para la venta del objeto.

Estrechamente vinculados con el privilegio reconocido a los empresarios, están los establecidos en los arts. 3932 y 3933. El primero dispone que las personas que han prestado dinero para pagar a los arquitectos, empresarios u obreros, gozan del mismo privilegio que éstos, siempre que el empleo del dinero prestado conste por la escritura del préstamo y por los recibos de los acreedores primitivos. A su vez, el art. 3933 establece que los que han suministrado los materiales necesarios para la construcción o reparación de un edificio, u otra obra que el propietario ha hecho construir o reparar con esos materiales, tienen privilegio sobre el edificio o sobre la obra que ha sido construida o reparada.

El estudio de estos privilegios corresponde al Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, al que remitimos.

6.— Prescripción

1110/1167

1167. PLAZO LEGAL.— La acción por cobro del precio prescribe por diez años (art. 4023 , Cód. Civ. y art. 846 , Cód. Com.) (ver nota 29).

El plazo comienza a correr desde que el pago se ha hecho exigible; pero si se trata de varias cuotas, pensamos que cada una de ellas no tienen un comienzo propio y que todas empiezan a prescribir desde que la última cuota se ha hecho exigible (ver nota 30).

(nota 1) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala G, 20/4/1982, E.D., fallo nº 36.023.

(nota 2) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 956.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 1/10/1934, J.A., t. 48, p. 180; C. 1ª Apel. La Plata, 1/9/1939, L.L., t. 17, p. 217, con nota de SPOTA; íd., 26/4/1955, J.A., 1955-II, p. 452; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 302; REZZÓNICO, Contratos, t. 2, vol. 2, p. 763.

(nota 4) SPOTA, Locación de obra, t. 2, nº 364; RUBINO, L'appalto, nº 259.

(nota 5) C. Com. Cap., Sala B, 21/9/1962, Doct. Jud. del 8/12/1962.

(nota 6) RUBINO, L'appalto, nº 261.

(nota 7) RUBINO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 20/8/1947, L.L., t. 48, p. 89 y J.A., 1947-IV, p. 323; íd. diciembre 1937, L.L., t. 9, p. 76; C. Civil 2ª Cap., 14/2/1941, G.F., t. 151, p. 158; C. Com. Cap., 3/7/1936, L.L., t. 3, p. 150; etc. La doctrina es unánime.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 2/5/1921, J.A., t. 6, p. 403; íd., 1/5/1918, J.A., t. 1, p. 652; íd.,

17/12/1925, J.A., t. 18, p. 1004; C. Civil 2ª Cap., 22/11/1926, J.A., t. 23, p. 311; íd., 20/6/1931, J.A., t. 36, p. 204.

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., diciembre 1937, L.L., t. 9, p. 76; C. Civil 2ª Cap., 14/2/1941, G.F., t. 151, p. 158. Hoy los tribunales se inclinan decididamente por condenar al pago de intereses, cualquiera sea el origen de la deuda, aunque no exista suma líquida (véase C. Civil 2ª Cap., 30/11/1949, L.L., t. 61, p. 235 y jurisprudencia allí citada). De acuerdo: SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 329.

(nota 11) De acuerdo: C. Civil 1ª Cap., 16/8/1926, J.A., t. 21, p. 743; íd., 23/3/1928, J.A., t. 27, p. 231; C. Civil 2ª Cap., 15/10/1946, L.L., t. 44, p. 389; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 471; REZZÓNICO, Contratos, t. 2, p. 791; VÁZQUEZ, El derecho de retención, p. 77.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 8/9/1926, J.A., t. 22, p. 209; íd., 6/11/1942, J.A., 1943-I, p. 357; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 472; REZZÓNICO, Contratos, t. 2, p. 790; COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, º 1051; PLANIOL - RIPERT - ESMEIN, t. 5, nº 445, nota 2; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4092; GUILLOUARD, Louage, t. 2, nº 830. En contra: C. Civil 2ª Cap., 4/11/1925, J.A., t. 18, p. 575.

(nota 13) De acuerdo: BUSSO, t. 5, art. 747, nº 98; COLMO, Obligaciones, nº 599.

(nota 14) Para el estudio de la jurisprudencia anterior a la ley 17711 <>es muy útil la nota Locación de obra por suma determinada, E.D., t. 8, p. 417.

(nota 15) Véase nº 1079.

(nota 16) C. Paz Let. Cap., Sala III, 23/12/1939, J.A., t. 70, p. 661.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala C, 10/9/1964, J.A., 1964-VI, p. 234; Sala E, 5/8/1961, L.L., t. 104, p. 554 (en el que el tribunal dijo que debe aceptarse la revisión del precio cuando por circunstancias ajenas a las partes aparece seriamente comprometido el equilibrio económico que se tuvo en vista al contratar); Sup. Corte Tucumán, 13/5/1941, L.L., t. 23, p. 172; SPOTA, Locación de obra, t. 2, núms. 357 y sigs.; SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1238; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, ps. 772 y sigs. Es también la doctrina dominante en Francia, cuyo art. 1793, Código Civil ha sido fuente del nuestro: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Loauge, t. 2, 2ª parte, nº 4001; GUILLOUARD, Louage, t. 2, nº 893; HUC, t. 10, nº 429; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 1, nº 940 (no sin reservas).

(nota 18) De acuerdo con todo ese párrafo: C. Civil Cap., Sala C, 10/9/1964, J.A., 1964-VI, p. 234.

(nota 19) C. Civil 2ª Cap., 8/7/1947, G.F., t. 188, p. 321.

(nota 20) C. Fed. Cap., 29/8/1938, J.A., t. 63, p. 407; Sup. Corte Buenos Aires, 2/3/1943, J.A., 1943-I, p. 942.

(nota 21) C. Civil 1ª Cap., 20/8/1947, J.A., 1947-IV, p. 323; C. 1ª Apel. La Plata, 18/7/1947, J.A., 1947-III, p. 45; C. Apel. 2ª La Plata, 16/5/1944, J.A., 1944-II, p. 553.

(nota 22) C. Civil 1ª Cap., 20/8/1947, J.A., 1947-IV, p. 323; C. 2ª Apel. La Plata, 11/4/1947, L.L., t. 49, p. 534.

(nota 23) C. Com. Cap., 6/5/1943, G.F., t. 164, p. 118.

(nota 24) C. Com. Cap., 30/12/1942, J.A., 1943-III, p. 334; Sup. Corte Buenos Aires, 2/3/1943, J.A., 1943-I, p. 942 y L.L., t. 29, p. 740.

(nota 25) C. Civil 1ª Cap., 4/4/1929, J.A., t. 29, p. 437.

(nota 26) C. Com. Cap., Sala A, 4/5/1954, J.A., 1954-IV, p. 34; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, ps. 780 y sigs.; SPOTA, nota en J.A., 1943-III, p. 335.

(nota 27) SPOTA, Locación de obra, nº 358.

(nota 28) SPOTA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 29) C. Civil 1ª Cap., 8/5/1939, L.L., t. 14, p. 695; C. Paz Let. Cap., 10/6/1935, L.L., t. 2, p. 1024; C. Com. Cap., 31/7/1918, J.A., t. 2, p. 110; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, núms. 350 y sigs.; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 767.

(nota 30) RUBINO, L'appalto, nº 263.

C.— OBLIGACIÓN DE RECIBIR LA OBRA

1110/1168

1168. REMISIÓN.— Terminada la obra, el empresario está obligado a entregarla y el dueño a recibirla. Tratamos los problemas relativos a la recepción de la obra, en los números 1190 y siguientes.

D.— OBLIGACIÓN CONDICIONAL DE PAGAR A LOS OBREROS Y PROVEEDORES DE MATERIALES CONTRATADOS POR EL EMPRESARIO

1110/1169

1169. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE ESTA ACCIÓN.— En principio, ni los obreros contratados por el empresario ni los proveedores que le vendieron materiales tienen acción directa por cobro de sus créditos contra el dueño. Es justo que así sea, porque ellos han contratado con el empresario y con el dueño, que nada les debe. Pero si el comitente no hubiera pagado todavía al empresario la totalidad del precio pactado, entonces los obreros y proveedores tienen acción directa contra él hasta la concurrencia de la suma debida al empresario (art. 1645). Es una solución fundada en razones de equidad.

1110/1170

1170. NATURALEZA DE LA ACCIÓN.— Según algunos autores, el art. 1645 sería una simple aplicación de la acción subrogatoria (ver nota 1); pero hoy prevalece la opinión de que se trata de una acción directa, que los obreros o proveedores ejercen a nombre propio y no en el de su deudor (ver nota 2).

El problema tiene la mayor importancia en caso de concurso o quiebra del empresario, pues si la acción es directa, los acreedores pueden cobrar sus créditos del dueño, sin pasar por la masa del fallido (ver nota 3). Empero, la Cámara Comercial de la Capital ha resuelto que la circunstancia de que esta acción sea directa sólo libera al acreedor de demandar previamente al empresario, pero no le da derecho a cobrarse su deuda con prescindencia del concurso del constructor (ver nota 4). Debemos pensar que se trata de un fallo aislado que no ha de sentar jurisprudencia. Tampoco quien ejerce la acción subrogatoria o indirecta tiene obligación de demandar previamente a su deudor. Si se aceptara la solución del Tribunal, la vieja polémica sobre si ésta es una acción directa o indirecta (subrogatoria) carecería de sentido.

1110/1171

1171. QUIÉNES GOZAN DE ELLA.— El art. 1645 confiere expresamente esta acción a

los obreros y proveedores del empresario. ¿La tiene también el subcontratista? El problema ha sido resuelto por la jurisprudencia en sentido afirmativo (ver nota 5) y si bien esta solución puede ser discutible desde el punto de vista de la lógica jurídica, no lo es desde el ángulo de la equidad. De esta solución se llega de la mano a admitir que también los obreros y proveedores de los subcontratistas tienen acción directa no sólo contra el empresario principal sino también contra el dueño (ver nota 6).

1110/1172

1172. PRUEBA DE LOS PAGOS HECHOS POR EL DUEÑO AL EMPRESARIO; RECIBOS PRIVADOS SIN FECHA CIERTA.— La acción procede, ya lo hemos dicho, sólo en la medida de la deuda que el dueño tenga pendiente en favor del empresario. Como los obreros y proveedores normalmente no tienen posibilidades de munirse de prueba de que aún existe un saldo pendiente de pago, ellos pueden intentar la acción directa sin más ni más; es al dueño al que corresponde producir la prueba de los pagos que ha realizado el empresario (ver nota 7).

1110/1173

1173.— ¿Son suficientes para tener por demostrados esos pagos los recibos privados y sin fecha cierta emanados del empresario? Algunos fallos y autores se han pronunciado por la solución negativa; se fundan en el art. 1034 según el cual los instrumentos privados no prueban contra terceros la verdad de la fecha expresada en ellos; agregan todavía que siendo ésta una acción directa, los obreros y proveedores no actúan a nombre del empresario (en cuyo caso sí podrían serles opuestos tales recibos) sino como terceros munidos de una acción propia, a quienes se aplica el art. 1034 (ver nota 8).

Por nuestra parte estamos lejos de admitir tal solución que conduce a resultados injustísimos. Si los recibos privados otorgados por el empresario no probaran la verdad respecto de los obreros y proveedores, todos los recibos por pagos parciales deberían otorgarse por escritura pública, única manera que tiene el dueño de evitar luego la sorpresa de una acción que lo obligue a pagar dos veces. Está de más decir que tal modo de extender los recibos es extraordinariamente impráctico y contrario a nuestras costumbres; los recibos dejarían expuesto al dueño a la acción de los obreros proveedores por más que haya pagado realmente al empresario. No hay que olvidar que, como dicen PLANIOL y RIPERT, la acción directa concedida por el art. 1645 es un favor de carácter excepcional (ver nota 9); no se lo puede hacer jugar para perjudicar injustamente al comitente. Ésta es la solución que puede considerarse predominante (ver nota 10).

1110/1174

1174.— Pero la cuestión es más compleja tratándose de pagos anticipados; en la doctrina y jurisprudencia francesa predomina el criterio de que aun en este caso deben aceptarse como prueba suficiente los recibos privados siempre que no se pruebe colusión o mala fe (ver

nota 11). Pero no puede desconocerse que el pago anticipado introduce un fuerte elemento de sospecha de que efectivamente existe esa colusión. Otra objeción a nuestro juicio decisiva para tener por suficientes en este caso los recibos privados es la siguiente: se admite que la demanda intentada por los obreros y acreedores causa el embargo del crédito del empresario contra el dueño, quien no puede oponerles el pago que en lo sucesivo haga al empresario; si al propio tiempo se admiten los recibos antedatados, el llamado embargo no produciría efecto alguno, pues podrían burlarse sus efectos antedatando recibos (ver nota 12). Pensamos pues que sólo pueden admitirse pagos anticipados documentados por instrumentos públicos o privados con fecha cierta o probados por otros medios inequívocos que no permitan dudas acerca de su veracidad y oportunidad.

1110/1175

1175. EFECTOS DE LA DEMANDA ENTABLADA POR OBREROS Y PROVEEDORES.— La demanda entablada por obreros y acreedores contra el dueño de la obra, causa el embargo de los saldos adeudados por él al empresario desde la fecha de su notificación; el comitente no podría oponerles un pago posterior ni aun aduciendo que fue hecho a su vencimiento normal (ver nota 13). Para liberarse de su responsabilidad ante ellos y ante el empresario, el dueño deberá consignar los sucesivos vencimientos, a las resultas del juicio.

Después de notificada la demanda directa al dueño, carecen de efecto los embargos trabados sobre el crédito del empresario por los acreedores de éste (ver nota 14). Tampoco puede hacerse valer contra obreros y proveedores una compensación resultante entre dueño y empresario por efecto de un crédito nacido con posterioridad a dicha notificación (ver nota 15).

(nota 1) LLERENA, t. 5, p. 398, nº 1; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Loauge, núms. 4027 y 4028.

(nota 2) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 444 (quien rectifica así la opinión en sentido contrario sostenida en la primera edición, nº 357); SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1243; MACHADO, t. 4, p. 430; LAFAILLE, Contratos, t. 2, nº 483; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Acción oblicua, núms. 555 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 962; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, nº 1294; DEMOLOMBE, t. 25, nº 138; AUBRY y RAU, § 374; GUILLOUARD, Louage, t. 2, núms. 897 y sigs.; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 304; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, p. 472.

(nota 3) SPOTA, Locación de obra, t. 2, nº 443; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 963; COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, núms. 1108 y sigs.; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, nº 1294.

(nota 4) C. Com. Cap., 7/3/1947, L.L., t. 46, p. 158.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala A, 21/7/1961, L.L., t. 104, p. 160; C. Civil 1ª Cap., 28/8/1935, J.A., t. 53, p. 77; C. Civil 2ª Cap., 22/4/1932, J.A., t. 37, p. 1413; C. Com. Cap., 20/9/1944, J.A., 1944-III, p. 941; C. Com. Cap., Sala B, 21/11/1952, L.L., t. 69, p. 369; C. Fed. Bahía Blanca, 28/9/1954, L.L., t. 77, p. 362; C. Paz Let. Cap., 12/6/1942, J.A., 1942-III, p. 371.

(nota 6) De acuerdo: C. Fed. Bahía Blanca, 28/9/1954, L.L., t. 77, p. 362 y J.A., 1955-III, p. 388; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 804; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 965; SPOTA, que en su primera edición de Locación de obra había adherido a esta teoría (nº 259), modificó luego su opinión sosteniendo que los obreros de los subempresarios tienen la acción oblicua (Locación de obra, 2ª ed., nº 448 y nota en J.A., 1955-III, p. 388).

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 21/7/1961, L.L., t. 104, p. 160.

(nota 8) C. Com. Cap., 16/12/1941, J.A., 1942-II, p. 55 (tribunal que volvió luego sobre esta jurisprudencia; véase fallo citado en nota 1819); C. 1ª La Plata, 29/11/1949, J.A., 1950-II, p. 226; SPOTA, Locación de obra, t. 2, nº 542.

(nota 9) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 966.

(nota 10) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, loc. cit. en nota anterior; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, núms. 4036 y sigs.; GUILLOUARD, Louage, t. 2, nº 905; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, nº 1297.

(nota 11) Autores citados en nota anterior.

(nota 12) Es claro, esta objeción es aplicable también a los pagos no anticipados, para los cuales nosotros sostenemos la validez de los recibos privados; pero la diferencia es esencial, porque mientras los pagos hechos a su vencimiento deben suponerse cumplidos normalmente y de buena fe cuando existe la prueba que se acostumbra otorgar, en cambio el pago anticipado introduce un fuerte elemento de sospecha de colusión; no es posible aplicar una misma solución a situaciones tan dispares.

(nota 13) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 966.

(nota 14) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, op. cit. y loc. cit.; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, nº 1297.

(nota 15) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, op. y loc. cit.

§ 3.— Responsabilidad de las partes ante terceros

1110/1176

1176. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO.— Según el art. 1647 , los empresarios constructores son responsables, por la inobservancia de las disposiciones municipales o policiales, de todo daño que causen a los vecinos. Esta disposición está deficientemente redactada y no contempla sino un aspecto parcial de la responsabilidad del empresario, que en verdad es más vasta (ver nota 1), como que se extiende a otros supuestos y personas no comprendidos en este texto. Cuando aquí se habla de empresas, se emplea esta palabra en su sentido lato y abarca tanto al constructor como al director de obra (ver nota 2).

a) Con respecto a los vecinos, no sólo son responsables de los daños que se les deriven de la inobservancia de las reglamentaciones municipales o cualquier otra disposición legal (paredes que obscurecen la finca vecina construidas en contravención; techos que echan las aguas pluviales sobre el vecino, etc.), sino también de todo daño que de su culpa o la de sus dependientes resulte para ellos, aunque no medie inobservancia de las reglamentaciones municipales, como por ejemplo, el derrumbe o rajadura de una pared medianera como consecuencia de la excavación, destrozos ocasionados por las caídas de instrumentos de trabajo o de mampostería, etcétera. En este caso la responsabilidad del empresario se funda en los arts. 1109 y 1113 (ver nota 3).

b) Con respecto a otros terceros, responden también de todos los daños que se les deriven de su culpa o la de sus dependientes (arts. 1109 y 1113), como por ejemplo, si la caída de un instrumento de trabajo o de materiales de construcción provoca heridas o la muerte de un transeúnte (ver nota 4).

c) Respecto de la administración pública es responsable de la inobservancia de leyes y reglamentos; esa sanción se traduce generalmente en el pago de multas y la obligación de destruir lo realizado en contravención.

d) Con respecto al dueño, ya hemos dicho cuál es el alcance de su responsabilidad contractual (véase núms. 1116 y sigs.), la que no excluye la derivada de la comisión de algún hecho ilícito del cual resulte perjuicio para aquél.

1110/1177

1177. RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO.— ¿La responsabilidad que la ley reconoce al empresario frente a terceros excluye la del dueño? Dejamos de lado la hipótesis de que

medie culpa personal del dueño, pues entonces su responsabilidad es indiscutible (art. 1109). Pero otros supuestos no resultan tan claros.

a) Si se trata de los perjuicios ocasionados a los vecinos por la inobservancia de las reglamentaciones municipales, nos inclinamos a creer que la responsabilidad es exclusiva del empresario. Solamente sobre él la hace recaer el art. 1647 , que nada dice del dueño. Es verdad que podría afirmarse que el daño ha resultado de una cosa inanimada y que, por tanto, sería de aplicación el art. 1133 ; pero ésta es una situación muy peculiar, prevista por una norma específica que sólo reconoce la responsabilidad del constructor.

Por iguales motivos, debe considerarse que el dueño carece de responsabilidad ante la administración por la inobservancia de las reglamentaciones en que incurrió el empresario; sin embargo, como las construcciones en infracción de dichas leyes pueden y deben ser demolidas, el propietario puede resultar perjudicado por las sanciones impuestas por la administración, salvo su recurso de repetición contra el empresario.

b) Si se trata de perjuicios ocasionados a los terceros y a los vecinos por culpa personal del empresario o de sus obreros, el principio es que el dueño no responde, porque ellos no son sus dependientes; pero si el daño se ha hecho con una cosa de propiedad del dueño, éste responde juntamente con el empresario en virtud de lo dispuesto por el art. 1113 , Código Civil (ver nota 5). Así ocurrirá si se derrumba una pared, ocasionando daños a los vecinos u otros terceros, si los daños resultan de la caída de materiales o instrumentos de trabajo proveídos por el dueño; pero si éstos eran proveídos por el empresario, no hay responsabilidad del comitente que no es propietario de ellos (ver nota 6).

Como esta responsabilidad común se origina en un hecho ilícito, tiene carácter solidario (ver nota 7); pero si existen varios condóminos, cada uno de éstos es responsable sólo por la parte que le corresponde en el condominio (art. 1135).

La responsabilidad del dueño se transmite a los futuros adquirentes del inmueble (ver nota 8).

(nota 1) FREITAS había redactado la disposición fuente del art. 1647 de nuestro Código, con mayor acierto: Son también responsables los empresarios para con el dueño de las obras por la inobservancia de las ordenanzas municipales o de cualquier ley o reglamento policial relativos a las obras contratadas, como también por todo daño que en virtud de las obras contratadas causaren a los vecinos (art. 2802).

(nota 2) Es la doctrina que fluye de los fallos de la C. Civil Cap., Sala B, 18/7/1972, E.D., t. 45, p. 539; Sala C, 24/2/1972, E.D., t. 42, nº 20.039; Sala C, 23/9/1964, J.A., 1965-I, p. 113 y C. Apel. Mar del Plata, 15/12/1964, J.A., 1965-II, p. 64 (en los que se resolvió que el director de obra es responsable junto con el dueño del daño causado a los vecinos); C. Civil Cap., Sala F, 6/11/1962, L.L., t. 111, p. 88 (que también consagró la responsabilidad del director de obra).

(nota 3) De acuerdo sobre todo este párrafo: C. Civil Cap., Sala F, 13/6/1972, E.D., t. 45, p. 541.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C, 26/7/1962, L.L., t. 109, p. 871 y E.D., t. 5, p. 731. El tribunal resolvió que era aplicable la prescripción de un año (actualmente dos años) correspondiente a los hechos ilícitos.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala B, 28/9/1954, L.L., t. 78, p. 446; C. Civil 2ª Cap., 9/12/1927, J.A., t. 26, p. 1210; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 807; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, núms. 408 y sigs.; RUBINO, L'appalto, nº 239.

(nota 6) Llama la atención un fallo de la C. Civil Cap., Sala B, en que se declaró a cargo del propietario los daños sufridos por el vecino con motivo de la caída de un andamio (28/9/1954, L.L., t. 78, p. 446). En cambio, la C. Civil 2ª Cap., había resuelto anteriormente que la administración pública no es responsable por los daños ocasionados en una finca con motivo de los trabajos llevados a cabo por una empresa contratista de obras sanitarias (31/10/1940, J.A., t. 72, p. 423). En sentido concordante declaró la C. Civil Cap., Sala D, que el Estado no es responsable por la indemnización debida a quien cayó en una profunda excavación hecha por una empresa constructora en terrenos pertenecientes al Estado y con ocasión de la realización de una obra pública (19/5/1961, causa 67.708, inédita).

(nota 7) El arduo tema de la solidaridad en los cuasidelitos, que motivó divergencias doctrinarias, fue definitivamente zanjado por la ley 17711 <>en el sentido de que la responsabilidad es solidaria. Véase Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. II, núms. 1363 y sigs.

(nota 8) C. Civil Cap., en pleno, 11/5/1977, J.A., t. 1977-II, p. 586 ; E.D., t. 73, p. 276; L.L., t. 1977-B, p. 424.

CAPÍTULO XXI - CESIÓN Y FIN DEL CONTRATO DE OBRA

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013100
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013100

1110/13100

§ 1.— Cesión y subcontratación

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013110
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013110

1110/13110

A.— POR EL EMPRESARIO

1110/1178

1178. DIFERENCIA ENTRE CESIÓN Y SUBCONTRATACIÓN.— Hay cesión del contrato cuando el empresario transfiere totalmente su situación contractual en favor de un tercero, que pasa a ocupar su lugar y establece relaciones directas con el comitente. No ocurre así en la subcontratación, en la que el empresario mantiene íntegramente su obligación de realizar determinada obra, aunque la hace por intermedio de terceros que están vinculados jurídicamente con él y no con el dueño. Esta subcontratación puede ser parcial o total. Cuando es total, la semejanza con la cesión del contrato es notoria, aunque se mantiene la distinción esencial de que en un caso las relaciones entre quien realiza efectivamente la obra son directas, en tanto que en el otro se establecen a través del empresario principal.

1110/1179

1179. CESIÓN DEL CONTRATO.— Como principio general debe admitirse que el empresario está facultado para ceder el contrato a un tercero; pero en tanto el comitente no acepte esa cesión la situación de las partes es la siguiente: frente al comitente hay dos obligados: el cedente, porque nadie puede ceder sus obligaciones sin el consentimiento del acreedor; el cesionario, porque él ha asumido voluntariamente las obligaciones de un tercero. Esto es lo que legitima la cesión del contrato aunque no exista consentimiento del comitente: su situación se refuerza con dicha cesión, pues en adelante habrá dos responsables en lugar de uno. En cuanto a las obligaciones contraídas por el dueño, desde que le ha sido notificada la cesión debe cumplirlas respecto del cesionario.

De más está decir que si la cesión cuenta con el consentimiento expreso del dueño, el empresario cedente queda totalmente liberado de toda obligación (art. 814) (ver nota 1), no así de la responsabilidad por los vicios y defectos de la construcción anteriores a la cesión, vicios por los cuales responden tanto el cedente (desde que su responsabilidad tiene un fundamento de orden público) como el cesionario (que ha asumido todas las responsabilidades cedentes) (ver nota 2).

1110/1180

1180.— Pero la cesión no será posible si el contrato se ha celebrado intuitae personae, es

decir, teniendo en mira las condiciones personales del empresario (ver nota 3). Que dichas condiciones han sido esenciales para el comitente, puede resultar de dos circunstancias: a) Que el contrato haya establecido expresamente la prohibición de ceder o subcontratar. b) Que la naturaleza de la obra lo indique; así por ejemplo, un pintor o un escultor no puede ceder el encargo de realizar un retrato o una escultura; un arquitecto no puede ceder su obligación de confeccionar los planos cuando el cliente ha confiado en su capacidad técnica o estética; pero no hay inconveniente de principio en que se ceda la construcción de una obra a realizarse de acuerdo a planos y estipulaciones precisas (ver nota 4).

1110/1181

1181. SUBCONTRATACIÓN.— La subcontratación es posible dentro de iguales límites, vale decir, mientras no esté prohibida en el contrato o no se demuestre por la naturaleza de la prestación u otras circunstancias, que el comitente tuvo especialmente en mira las habilidades o condiciones personales del empresario.

Si no obstante la prohibición expresa del contrato el empresario principal subcontratara la obra, el comitente puede oponerse a que intervenga en ella el subcontratista o exigir que se retire, sin perjuicio de la reparación por daños que puede exigir del empresario principal (ver nota 5). Pero la prohibición contenida en el contrato originario, no impide la validez del subcontrato en las relaciones entre empresario y subcontratista (ver nota 6). Ese contrato no es nulo sino inoponible al comitente.

¿Qué ocurre si no obstante la prohibición expresa del contrato, el empresario subcontrata la obra y el comitente guarda silencio sabiendo que los trabajos son realizados por el subcontratista? En principio el mero conocimiento de que los trabajos son realizados con intervención de un tercero, no debe ser considerado como aceptación tácita del subcontrato, pues el comitente no tiene por qué saber si se trata solamente de un auxiliar o colaborador, o de un subcontratista (ver nota 7); pero si se demuestra que el dueño sabía que era un subcontratista y guarda silencio, su conducta debe ser interpretada como una aceptación del subcontrato y, por tanto, como una modificación de la cláusula que lo prohíba (ver nota 8). Dicho consentimiento debe considerarse referido a ese subcontratista en particular y no autoriza al empresario a tener por derogada la prohibición contractual y a subcontratar cualquier otra parte de la obra no obstante la oposición del comitente.

1110/1182

1182. EFECTOS DEL SUBCONTRATO.— El subcontrato es un nuevo contrato de obra en el que el empresario principal asume la posición de comitente. Los derechos y obligaciones recíprocas se rigen por tanto por las normas generales relativas al contrato que estudiamos.

Por el contrario, entre el dueño de la obra y el subcontratista, no hay en principio ninguna relación directa. Pero esta regla no es absoluta: a) En primer lugar, debe admitirse que si la obra ha sufrido ruina parcial o total, el dueño puede dirigir su acción de daños contra el empresario, principal y el subempresario, conjunta o indistintamente, porque la

responsabilidad del art. 1646 tiene un fundamento de orden público (ver nota 9); si se trata de obras cuya realización no comprometiera intereses públicos (véase nº 1131), el dueño sólo tendría acción contra el empresario principal (ver nota 10). b) En segundo lugar, el subcontratista tiene contra el dueño la acción directa del art. 1645 (véase nº 1171).

1110/1183

1183. CESIÓN DEL CRÉDITO POR EL PRECIO.— Resulta casi innecesario agregar que el empresario no sólo puede ceder el contrato en su conjunto, sino también el solo crédito por el saldo de precio impago. La cesión de este crédito se rige por las reglas generales que hemos estudiado en otro lugar (núms. 486 y sigs.).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013120
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013120

1110/13120

B.— CESIÓN DEL CONTRATO POR EL COMITENTE

1110/1184

1184. PRINCIPIO GENERAL.— El comitente puede ceder el contrato de obra en favor de un tercero; pero mientras no cuente con el consentimiento del empresario, no queda liberado de las obligaciones contraídas (art. 814). Frente al empresario habrá dos obligados: el cedente porque no fue exonerado por su acreedor, el cesionario porque voluntariamente asumió las obligaciones de otro.

1110/1185

1185.— En nuestro caso, es difícil concebir que el empresario pueda haber otorgado su consentimiento intuitae personae, es decir, teniendo en mira las condiciones personales del comitente. Con frecuencia, es verdad, tiene en consideración su solvencia; pero desde este punto de vista la cesión del contrato por el comitente no le crea problema alguno porque de todas maneras el cedente mantiene su responsabilidad frente al empresario. Por lo demás, que el precio de la obra o los materiales los provea Pedro o Diego, es problema que para el contratista carece de toda relevancia. Sólo en ciertas hipótesis de excepción puede admitirse que el empresario haya tenido en cuenta la persona del comitente; así puede ocurrir en el supuesto de un retrato encargado a un pintor célebre. Es muy probable que a éste no le sea indiferente la persona del retrato, sea porque el nuevo modelo carece de carácter o por cualquier otro motivo. Un artista no puede ser obligado a retratar a quien no quiere. Pero salvo estos supuestos excepcionales, la locación de obra no es para el empresario un contrato intuitae personae. En consecuencia, pensamos que las cláusulas contractuales que

prohibieran al comitente la cesión del contrato son en principio ineficaces, porque no amparan ningún interés legítimo; pero el empresario podría hacerlas valer si demostrara que tiene un interés razonable en no contratar con la persona a quien el contrato ha sido cedido; por ejemplo, si se tratara de un enemigo personal o de una persona con la cual, por motivos serios, no quiere tener relaciones jurídicas.

1110/1186

1186. VENTA DE LA COSA EN LA QUE SE REALIZA LA OBRA.— Si durante la realización de la obra el dueño vende la cosa en la cual ésta se realiza, no por ello habrá de considerarse que existe cesión del contrato por el comitente. Ni él queda desobligado, ni el comprador asume obligación alguna respecto del empresario (ver nota 11). Pero éste conserva siempre su derecho de retención hasta que el precio no le haya sido pagado. Devuelta la cosa, el empresario sólo tiene la acción nacida del contrato contra su comitente; pero también se le reconoce contra el comprador una acción de enriquecimiento sin causa referida únicamente a las obras posteriores a la venta (ver nota 12).

(nota 1) Hemos desarrollado con mayor prolijidad este punto al tratar de la cesión del boleto de compraventa; como los fundamentos de la solución son iguales, remitimos a lo que allá tenemos dicho (nº 456).

(nota 2) De acuerdo: SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 438; en contra: RUBINO, L'appalto, nº 39 in fine, para quien es responsable solamente el cedente.

(nota 3) De acuerdo: SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 436; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 694, nota; SÁNCHEZ FONTANS, Contratos de construcción, t. 1, nº 124; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, 918; ABELLO, Locazione, t. 4, nº 428.

(nota 4) SÁNCHEZ FONTANS, loc. cit. en nota anterior. El compromiso de realizar los planos por un arquitecto, no es a nuestro criterio un contrato de obra propiamente dicho, sino un servicio profesional (véase nº 1048); pero es indudable que en este supuesto, la aproximación de ambos contratos es notoria. El ejemplo propuesto en el tema nos ha parecido útil para ilustrar la idea de la influencia de las condiciones personales en la cesibilidad del contrato de obra.

(nota 5) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 437; RUBINO, L'appalto, nº 42.

(nota 6) SPOTA, loc. cit. en nota anterior; RUBINO, L'appalto, nº 42 (quien habla de que el contrato adolece de una nulidad relativa, oponible por el dueño, no por el empresario o

subempresario; más propio nos parece hablar de inoponibilidad).

(nota 7) RUBINO, L'appalto, nº 42.

(nota 8) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 437; RUBINO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 9) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 440.

(nota 10) Sin embargo, la C. Com. Cap., resolvió en un caso que el dueño tiene acción directa contra el subcontratista por los daños que le ocasionó su incumplimiento en el término prometido (10/12/1952, L.L., t. 69, p. 463 con nota aprobatoria de Halperin, que empero disiente con los fundamentos del fallo). No compartimos tal conclusión, pues no hay relación contractual ni legal que autorice abrir esa acción. El dueño está vinculado jurídicamente con el empresario y sólo podría demandar al subcontratista por vía de subrogación.

(nota 11) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 439; RUBINO, L'appalto, nº 41.

(nota 12) Autores y loc. cit. en nota anterior.

§ 2.— Fin del contrato

1110/1187

1187. ENUMERACIÓN.— El contrato de obra se extingue: a) por el cumplimiento de la obra y el pago del precio; b) por desistimiento del dueño de la obra; c) por muerte, desaparición o falencia del empresario; d) por imposibilidad del empresario de hacer o terminar la obra; e) por voluntad de una de las partes fundada en el incumplimiento de la otra. Si la obra se ha contratado por pieza o medida, sin designación del número de piezas o de la medida total, el contrato puede resolverse por una y otra parte concluida que sea cada una de las piezas o partes designadas.

A estos medios propios de extinción de este contrato, hay que añadir otros que son generales, a saber: rescisión por mutuo consentimiento y confusión de la persona del dueño y empresario.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013140
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013140

1110/13140

A.— CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

1.— Recepción de la obra

1110/1188

1188. DILIGENCIAS PREVIAS; LA VERIFICACIÓN.— La forma normal de la conclusión del contrato de obra, es su cumplimiento por ambas partes; es decir, la entrega de la obra concluida y el pago del precio.

El acto esencial de esta etapa final del contrato es la recepción de la obra por el dueño. Pero éste no puede ser obligado a recibir la obra sin antes haber verificado si llena las condiciones exigidas en el contrato. Por consiguiente el empresario debe dar aviso al comitente una vez terminada la obra, para que pueda realizar la verificación a cuyo fin debe contar con un tiempo razonable.

Los gastos para poner la cosa en estado de ser verificada corren por cuenta del empresario, en tanto que los de cumplimiento de la diligencia son a cargo del dueño (ver nota 1), a menos que las partes hubieran regulado de otro modo el punto en el contrato.

Frecuentemente la verificación se hace por intermedio de una tercera persona designada por el dueño; en las construcciones de edificios, esta función es generalmente desempeñada por el director de obra (ver nota 2).

La verificación es un derecho y no una obligación del dueño (ver nota 3); el empresario cumple poniendo la cosa a su disposición durante un tiempo razonable, vencido el cual puede exigir al dueño que reciba la cosa.

¿Es válida la cláusula que dispone que el dueño debe recibir la cosa sin derecho a verificación? Nos inclinamos por la nulidad de tales estipulaciones que dejarían indefenso al dueño contra la negligencia o la mala fe del empresario. O, de reconocerles validez, habrá que admitir que en tal caso la recepción no produce sus efectos propios (aceptación tácita, aprobación de los adicionales, pérdida del derecho a reclamar por los vicios incluso aparentes).

1110/1189

1189. ACEPTACIÓN Y RECEPCIÓN.— La aceptación es la manifestación de la conformidad del dueño con la obra realizada; la recepción es la toma voluntaria de la obra de manos del empresario. Son actos distintos pero estrechamente ligados. Por lo común ocurren en un solo momento cuando el dueño recibe la obra, ya que este acto implica la aceptación tácita. Pero pueden no coincidir. Así ocurre cuando el dueño acepta la cosa pero

la deja en poder del empresario (aceptación sin recepción) o cuando la recibe con reserva (recepción sin aceptación).

2.— Efectos de la recepción

1110/1190

1190. RECEPCIÓN DE LA OBRA SIN RESERVAS.— La recepción de la obra por el dueño, sin formular reserva alguna, produce los siguientes efectos:

1110/1191

1191. a) Plazo.— Si ha habido demoras en la terminación y entrega, la recepción implica la concesión tácita de un plazo (véase nº 1104); el dueño no podrá en adelante pretender ninguna indemnización por este concepto.

1110/1192

1192. b) Trabajos adicionales.— Si se han realizado trabajos adicionales, la recepción implica el reconocimiento de que fueron hechos con la autorización del dueño quien está obligado a pagarlos (véase nº 1164).

1110/1193

1193. c) Vicios aparentes.— El dueño pierde el derecho a reclamar por la existencia de vicios aparentes (ver nota 4) (art. 1647 bis), a menos que ellos sean causa de la ruina de la obra (ver nota 5) (art. 1646).

Por vicios aparentes debe entenderse aquellos que son de fácil comprobación, tal como el estado de las pinturas y revoques, tabiques divisorios que no están conforme con los planos, falta de cumplimiento de las estipulaciones relativas a la calidad de los pisos, etcétera.

1110/1194

1194. d) Vicios ocultos.— Antes de la sanción de la ley 17711 <>se manifestaron dos corrientes jurisprudenciales: 1) De acuerdo con la primera, la recepción definitiva de la obra cubría no sólo los vicios aparentes sino también los ocultos a menos que éstos hubieran sido la causa adecuada de la ruina total o parcial del edificio (ver nota 6). 2) Según otros fallos, en cambio, la recepción no cubría los defectos ocultos, fueran o no la causa eficiente de la ruina (ver nota 7).

La ley 17711 <>ha puesto fin a esta controversia al disponer el art. 1647 bis que recibida la

obra, el empresario quedará libre por los vicios aparentes, y no podrá luego oponérsele la falta de conformidad del trabajo con lo estipulado. Este principio no regirá cuando la diferencia no pudo ser advertida en el momento de la entrega o los defectos eran ocultos. Es la solución razonable. Si la recepción produce efectos liberatorios es porque se le atribuye el significado de una aceptación o conformidad con la obra tal como ha sido ejecutada. Pero no se puede dar conformidad a algo que no se conoce. Los vicios ocultos no han podido ser conocidos por el comitente y por lo tanto, la recepción no implica una renuncia tácita a hacer valer las acciones derivadas de una ejecución viciosa. Todavía cabe agregar que la adopción del punto de vista contrario da pábulo a la mala fe del empresario que ocultará la mala calidad de los materiales encubriéndolos de modo que no sean reconocibles su vicios o defectos (ver nota 8).

Pero no cabe duda de que sería válida una cláusula contractual que exonerara al empresario de los vicios ocultos (salvo que ellos hayan sido la causa de la ruina total o parcial del edificio), siempre que no haya mala fe de su parte.

Es importante agregar que el art. 1647 bis establece un plazo de caducidad. Dispone que el dueño tendrá un plazo de sesenta días para denunciarlos a partir de su descubrimiento. La ley habla de denuncia, no de demanda. Basta, por consiguiente, con notificar por un medio fehaciente al responsable los vicios descubiertos o con labrar un acta ante escribano público o con hacer la denuncia ante las autoridades administrativas, para conservar la acción. Desde luego, la denuncia no será necesaria si el vicio ha provocado la ruina total o parcial del edificio, supuesto que se rige por el art. 1646 . El plazo es breve pues la ley quiere terminar rápidamente con la incertidumbre del constructor acerca de sus responsabilidades.

Hecha la denuncia el dueño tiene abierta la acción sea para reclamar la indemnización de los vicios, sea para pedir daños y perjuicios, sea, en fin, para acumular ambas acciones.

El art. 1647 no establece plazo de prescripción; pero nos parece claro que debe aplicarse por analogía la prescripción anual del art. 1646 (ver nota 9).

1110/1195

1195. RECEPCIÓN CON RESERVAS.— El dueño puede impedir que la recepción produzca los efectos señalados anteriormente, si lo hace bajo reserva de demandar los daños que le ha producido la mora y manifestando que no reconocerá los adicionales no encargados o dejando constancia de los vicios aparentes que presenta la cosa. Sería inoperante una manifestación general del comitente según la cual se reserva el derecho a responsabilizar al dueño por los vicios aparentes que pudieran existir; la única salvedad admisible es la que se funda en una enumeración concreta de los vicios que se hayan descubierto. De lo contrario, el empresario quedaría en una situación de incertidumbre inadmisible.

1110/1196

1196. RECEPCIÓN PROVISORIA.— Algunos contratos contienen una cláusula en virtud de la cual al término de la obra, el comitente la recibirá provisionalmente; recién después de transcurrido un cierto lapso, se produce la recepción definitiva. Durante ese período, el comitente tiene derecho a retener del precio adeudado un depósito de garantía, que sirve para responder a la reparaciones que eventualmente sea necesario realizar por vicios ocultos de la cosa.

La recepción provisoria tiene análogos efectos a los de la definitiva. Luego de producida, el dueño pierde el derecho a reclamar por los vicios aparentes existentes en el momento de la recepción; además, entra en posesión de la cosa y corre con sus riesgos (ver nota 10). Pero tiene importantes ventajas: en el período que corre entre la recepción provisoria y la definitiva, el dueño tiene oportunidad de examinar más prolijamente el bien, sin contar con que pueden ponerse de manifiesto defectos que al momento de la recepción provisoria no eran aparentes. Y como el dueño tiene en su poder el depósito de garantía, tendrá en sus manos un instrumento poderoso para obligar al constructor a reparar los vicios.

Producida la recepción definitiva, el dueño conserva el derecho a reclamar por los vicios ocultos que fueran descubiertos más tarde.

Puede también ocurrir que el comitente reciba a prueba la obra (por ej., la reparación de un motor) ya sea porque el contrato estipulaba ese período de prueba o porque sin estipularlo sea usual hacerlo o el empresario consienta en ello. Si luego resulta que la obra no tenía defectos (sea que así lo reconoce el dueño o que, en caso de desacuerdo, lo declara el juez), el comitente debe el precio, con sus intereses, desde el momento en que se le entregó la cosa (véase nº 1155). Si, en cambio, los tenía, el empresario no puede exigir el precio sino cuando ellos han sido subsanados o ha consentido en una disminución del precio que permita la reparación por terceros (ver nota 11).

1110/1197

1197.— En los contratos de obras públicas regidas por la ley 13046 la recepción debe hacerse siempre en forma provisional; la recepción definitiva se lleva a cabo luego de un plazo que se fija en cada caso, durante el cual el contratista corre con los gastos de conservación y reparación de las obras, salvo los defectos resultantes del uso indebido (art. 41 <>). El depósito de garantía se entregará al empresario recién al recibirse definitivamente la obra (art. 44 <>).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013150
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013150

1110/13150

B.— DESISTIMIENTO DEL DUEÑO

1110/1198

1198. DERECHO DEL DUEÑO A DESISTIR DEL CONTRATO.— Según lo dispone el art. 1638 , el dueño de la obra puede desistir de la ejecución de ella por su voluntad, aunque se haya empezado, indemnizando al locador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato. Aparentemente esta regla contiene una derogación del principio general según el cual los contratos no pueden ser dejados sin efecto sino por voluntad común de los contratantes; pero es una derogación sólo aparente, pues como al desistir el dueño debe indemnizar al empresario de todos los gastos y ganancias que esperaba obtener de la obra, en verdad él cumple con todo lo que había prometido limitándose a renunciar a los beneficios que podía esperar del contrato. Aunque no existiere el art. 1638 , ante el desistimiento del dueño, el empresario no podría accionar por cumplimiento, dado que el interés es la medida de las acciones, y el suyo se satisface con el pago de todas sus eventuales ganancias. Es claro que el arquitecto o el artista podría aducir que de la realización de la obra no sólo esperaba la ganancia pactada, sino también una difusión de su prestigio y fama, de lo cual podría derivarse el encargo de otras obras. Precisamente para evitar que sobre la base de tal fundamento pudiera insistir en la realización de la obra no obstante el ofrecimiento de indemnización integral hecho por el comitente, es que conviene contar con un texto como el art. 1638 . Pues es de toda evidencia que cuando por cualquier motivo la obra ha devenido inútil o el comitente ha perdido interés en ella, sería antieconómico un sistema legal que pese a todo obligue a continuar los trabajos hasta su terminación. Casi siempre la actitud intransigente del empresario que insiste en la ejecución, no obstante haber sido desinteresado, importaría un flagrante abuso de derecho.

Y tanto no es excepcional este derecho, que también lo tiene en la práctica el empresario, aunque la ley no se lo reconozca. Es verdad que teóricamente si el empresario desiste, el dueño puede hacerlo condenar a que realice la obra; pero ante la negativa del empresario a cumplir la sentencia que lo condena a realizar los trabajos, no cabe otra solución que transformar dicha condena en el pago de los daños y perjuicios. En otras palabras, tanto el dueño como el empresario pueden liberarse de sus obligaciones pagando todos los gastos y las ganancias esperadas por el otro. Sólo hay entre ellos una diferencia de orden procesal: si desiste el dueño, el empresario no puede demandarlo por cumplimiento del contrato y si lo hiciera, su acción debe ser rechazada con imposición de costas, pues lo único que él puede demandar son los daños y perjuicios; si desiste el empresario, el dueño puede demandarlo por incumplimiento y su acción debe ser acogida por el tribunal, con costas, pese a que luego dicha condena se haya de resolver en el pago de los daños (ver nota 12).

Agreguemos que el principio según el cual el dueño que desiste debe pagar al empresario todos los gastos y las utilidades que hubiera podido obtener, ha sufrido una atenuación con la ley 17711 <>, que ha dispuesto agregar a este artículo un párrafo que dice: Empero, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad a reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia.

1110/1199

1199. PERSONAS QUE PUEDEN DESISTIR.— El derecho a desistir de la obra lo tienen ante todo el dueño y sus herederos universales. Con respecto a los herederos, se plantea un delicado problema en caso de divergencias entre ellos sobre el desistimiento o continuación de la obra. La mayor parte de los autores se inclinan a considerar que tales divergencias deben ser resueltas por el juez (ver nota 13), solución que en nuestro Derecho parece la más razonable, atento lo dispuesto en el art. 3451 , Código Civil. Pero el juez habrá de tener en cuenta que el desistimiento es una faculta de ejercicio excepcional, puesto que lo normal es llevar el contrato a su término; por consiguiente, si alguno o algunos herederos insisten en cumplir con el contrato de obra, el juez sólo podrá decidirse por el desistimiento en casos en que la actitud de aquéllos sea evidentemente irrazonable.

Si la obra ha sido encargada por varias personas, pensamos que en caso de divergencias entre ellas, el derecho de desistimiento no puede ser ejercido sino por unanimidad.

También puede ser ejercido este derecho por el sucesor a título singular de la cosa en la cual se realiza la obra (ver nota 14); siendo los adquirentes varios condóminos, el derecho sólo puede ejercerse si hay unanimidad entre ellos (ver nota 15).

Los acreedores no pueden desistir de la obra por vía de acción subrogatoria (ver nota 16), porque no se trata de una acción propiamente dicha sino de un recurso de carácter personal.

1110/1200

1200. CONTRATOS A LOS QUE SE APLICA.— El derecho de desistimiento del dueño se aplica a todos los contratos de obra, cualquiera sea el sistema de contratación empleado: ajuste alzado, coste y costas, por piezas o medidas (ver nota 17). No importa tampoco cuál de las partes provea los materiales (ver nota 18), ni si la obra ha tenido o no comienzo de ejecución, pues el dueño puede desistir en cualquier tiempo (ver nota 19).

1110/1201

1201. INDEMNIZACIÓN QUE DEBE PAGAR AL EMPRESARIO.— Según el art. 1638 , el dueño debe pagar al empresario todos los gastos, trabajos y utilidades que hubiera podido obtener del contrato. Sólo así, satisfaciendo todo el daño emergente y el lucro cesante, se explica que pueda el dueño desistir.

Pero la ley 17711 <>introducido a esta norma un agregado prudente: Empero, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad a reconocer, si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia. Era una solución que la jurisprudencia había empezado a consagrar con creciente firmeza (ver nota 20). Pero nos parece indispensable destacar que ésta es una solución de excepción, que los jueces deben aplicar con criterio restrictivo (ver nota 21). El principio de que todas las utilidades deben indemnizarse debe mantenerse con firmeza, porque sólo así se justifica el privilegio reconocido al dueño de desistir de la obra. Sólo en caso de que ello condujera a una notoria injusticia, pueden los jueces utilizar su facultad de disponer una reducción equitativa, que por ser tal, queda librada a su prudente

arbitrio. Claro está que de las ganancias prometidas en el contrato, habrá que descontar las erogaciones que el cumplimiento de la obra le hubiera significado al empresario, porque lo que la ley le asegura es el resarcimiento de la ganancia líquida (ver nota 22).

La indemnización puede incluir el daño moral (art. 522 , ref. por ley 17711); y en el caso de este contrato, este rubro puede ser importante por el descrédito que puede resultar al profesional o al artista, del desistimiento por el dueño, particularmente si luego encarga la misma obra a otra persona (ver nota 23).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013160
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013160

1110/13160

C.— MUERTE, DESAPARICIÓN Y FALENCIA DEL EMPRESARIO

1.— Muerte del empresario

1110/1202

1202. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.— La muerte del empresario resuelve el contrato, no así la del comitente (art. 1640). La solución es lógica porque la persona del empresario es generalmente decisiva en el contrato de obra, en tanto que la del comitente es casi siempre indiferente.

El fallecimiento pone fin al contrato sin necesidad de que la resolución sea pedida por los herederos (ver nota 24).

¿Qué ocurre si los empresarios son varios? No nos referimos, claro está, al caso de que la obra se realice por el sistema de contratos separados, pues en esa hipótesis es indudable que sólo se resolverá el contrato concertado con el fallecido. Pero si varias personas han asumido conjuntamente la obligación de construir una misma obra, el problema es más delicado. Creemos, con SPOTA, que es aplicable al caso el art. 686 , según el cual cualquiera de los acreedores originarios puede exigir de cada uno de sus acreedores o de sus herederos el cumplimiento íntegro de su obligación indivisible (ver nota 25). Por consiguiente, el contrato no se resuelve; salvo que la naturaleza de la obra exigiera inexcusablemente el trabajo del fallecido, en cuyo caso habrá que admitir que se ha producido un caso de imposibilidad material de realizarla, con lo que el contrato queda extinguido (art. 1642) (ver nota 26).

Si el empresario es una sociedad que no se disuelve por el fallecimiento de uno de los socios, no hay cuestión posible: el contrato continúa. Pero si la sociedad queda disuelta ipso iure, habrá que admitir la resolución, a menos que la entidad entre en un período de disolución y se designe un liquidador para proceder a finiquitar los contratos pendientes, en

cuyo caso el liquidador debe ejecutar la obra (ver nota 27).

1110/1203

1203. CONTINUACIÓN DE LA OBRA POR LOS HEREDEROS.— Los herederos podrán continuar la construcción de la obra cuando ésta no exigiese en el empresario cualidades especiales (art. 1641). Para decirlo con mayor propiedad, si la obra no exige cualidades especiales, los herederos tienen opción a continuarla o tener por concluido el contrato. El dueño no podría oponerse a la continuación por ellos, a menos que en el contrato se hubiera tenido en mira las condiciones especiales del fallecido. Cuando no haya acuerdo entre el dueño y los herederos sobre si la obra exigía cualidades personales en el empresario, la cuestión deber ser resuelta sumarialmente por el juez; es claro que al dueño siempre le queda el recurso de desistir de la obra, pero es un recurso oneroso porque entonces deberá pagar a los herederos todas las utilidades esperadas por el empresario.

Si hay divergencias entre los herederos, porque unos quieren continuar la obra y otros dar por terminado el contrato, pensamos que la obra no puede ser continuada por ellos. El principio es que el fallecimiento pone fin al contrato (art. 1640); y si bien se reconoce a los herederos una facultad excepcional de continuarla cuando el contrato no se ha celebrado intuitae personae, lo cierto es que este derecho no pude ser ejercido por partes y que los herederos que se oponen no pueden ser obligados a trabajar en ella. Siendo indivisible el cumplimiento de la obligación, no se concibe que unos herederos la ejecuten parcialmente y el resto de la obra permanezca sin hacerse.

1110/1204

1204. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.— Resuelto el contrato por fallecimiento del empresario, el dueño debe pagar a los herederos de aquél, en proporción del precio convenido, el valor de la parte de la obra ejecutada y de los materiales preparados, si éstos fueren útiles a la obra (art. 1640). Con respecto a la obra ejecutada, no interesa si ella es o no útil al dueño siempre que haya sido ejecutada de acuerdo con las estipulaciones del contrato (ver nota 28). Los materiales, en cambio, sólo deben pagarse en la medida que sean útiles a la obra. Es natural que sea así. Si el empresario ha acumulado más materiales de los que eran necesarios o ellos son defectuosos o inapropiados para la obra, no tiene el dueño por qué pagarlos. Va de suyo que los materiales no pagados por el dueño pueden ser retirados por los herederos, que en cambio no pueden llevarse los que estén preparados para la obra, sino que deben venderlos al dueño (ver nota 29). Ninguna duda hay de que los herederos pueden retirar las maquinarias y otros elementos de trabajo pertenecientes al empresario fallecido (ver nota 30).

La obra realizable debe pagarse en proporción, al precio convenido: si no hubiere convenio sobre el punto, el precio se fijará de acuerdo con las reglas que hemos estudiado en otro lugar (núms. 1009 y sigs.).

2.— Desaparición del empresario

1110/1205

1205. DESAPARICIÓN DEL EMPRESARIO Y ABANDONO DE LA OBRA.— Dispone el art. 1643 que el contrato puede ser resuelto por el comitente si desaparece el empresario. Por desaparición debe entenderse un abandono total de la obra, con la consiguiente cesación de los trabajos. No importa que el empresario no haya desaparecido de su domicilio; lo que interesa es que esté ausente del lugar donde se ejecuta o debe ejecutar la obra.

Aunque la desaparición del empresario y el abandono de la obra son, en lo que a este problema respecta, conceptos estrechamente vinculados, hay, sin embargo, entre ellos un matiz diferencial. Desaparición importa una ausencia total, completa; en cambio, el abandono puede estar configurado también por una demora tal en la ejecución del trabajo, que aunque éste se continúe (y por lo tanto no puede hablarse de desaparición), el ritmo sea tan lento que autorice al dueño a tener por abandonada la obra.

1110/1206

1206. EFECTOS.— La desaparición o abandono autoriza al comitente a tener por resuelto el contrato (art. 1643). Pero cabe preguntarse si debe pedir judicialmente la resolución o si, por el contrario, está autorizado a tomar por sí la posesión de la obra abandonada. El problema debe resolverse sobre la base de la siguiente distinción: si el abandono es completo y el empresario ha desaparecido totalmente, el dueño puede tomar por sí la posesión de la cosa; en cambio, si el empresario perdura en su derecho de retención (dejando en la obra un sereno o cuidador o continuando los trabajos a un ritmo excesivamente lento) el dueño debe demandar judicialmente la resolución; y si fuera notorio y evidente que el empresario no podrá cumplir con los plazos pactados, el juez luego de una comprobación sumaria de los hechos, debe ordenar la entrega de la posesión de la obra al dueño en carácter de medida cautelar (ver nota 31). Inclusive un fallo reconoció el derecho del comitente de actuar directamente si existen razones de urgencia (ver nota 32). Bien entendido que tales medidas sólo proceden cuando la cosa, en la cual se está haciendo la obra, o los materiales empleados son de propiedad del comitente; caso contrario, el comitente sólo podrá pedir la resolución del contrato con los daños y perjuicios consiguientes, pero no la entrega de la cosa (véase nº 1111).

Con respecto al retraso en ejecutar la obra que no implica abandono, véase número 1109.

Resuelto el contrato, el empresario deberá indemnizar al dueño de todos los daños y perjuicios que le resulten de su incumplimiento; indemnización de la cual habrá de deducirse el valor de los trabajos ya realizados, que el empresario tiene derecho a cobrar (ver nota 33).

1110/1207

1207.— Según la ley de obras públicas, habrá abandono que autoriza al Estado a resolver el contrato, cuando los trabajos se realicen con lentitud de modo que la parte ejecutada no corresponda al tiempo previsto en los planes de trabajo y a juicio de la administración no pueden terminarse en los plazos estipulados; y cuando el contratista interrumpa los trabajos por plazo mayor de ocho días en tres ocasiones o por plazo mayor de un mes, aunque sea una sola vez (art. 50 <>, incs. b y e, ley 13064).

3.— Falencia del empresario

1110/1208

1208. QUIEBRA DEL EMPRESARIO.— La ley de concursos carece de disposiciones especiales sobre el contrato de obra, aunque establece el régimen general a que están sujetos los contratos que se encuentran en curso de ejecución. Ese régimen es el siguiente: a) si está totalmente cumplida la prestación del fallido, el otro contratante deberá cumplir la suya; b) si está totalmente cumplida la prestación a cargo del contratante no fallido debe hacer verificar su crédito por la parte no cumplida; c) si hubiera prestaciones recíprocamente pendientes, el contratante no fallido puede requerir la resolución del contrato (art. 143 <>, ley 24522).

Suponiendo que el dueño no fallido opte por la resolución del contrato, sólo estará obligado a pagar los trabajos y gastos ya realizados y no las ganancias que el empresario, había pensado obtener de la obra terminada. Si la obra se continúa, la masa asume todas las obligaciones del empresario, particularmente la responsabilidad por vicios o defectos de la obra. Pero claro está, esa responsabilidad se hará efectiva en moneda de quiebra; y si los vicios se manifiestan luego de un período más o menos prolongado, lo más probable es que no haya dinero para responder.

En caso de que sea el síndico quien opta por la resolución, la masa deberá indemnizar al comitente todos los daños y perjuicios que su desistimiento le ocasione. Es claro que todo ello se hará efectivo en moneda de quiebra.

1110/1209

1209.— Para que el dueño tenga derecho a optar por la resolución es preciso la declaración de quiebra; no basta la mera convocatoria de acreedores, porque durante la tramitación del acuerdo preventivo, y una vez aprobado éste, el deudor conserva la administración de sus bienes y prosigue las operaciones ordinarias de su comercio o industria bajo la vigilancia del síndico (art. 15 <>, ley 24522).

1110/1210

1210. QUIEBRA DEL COMITENTE.— En el número 1208 hemos reseñado las

disposiciones generales de la ley 24522 <>relativas a los efectos de la quiebra sobre los contratos que se encuentran en curso de ejecución. Cabe preguntarse si ellas son aplicables al contrato de obra en caso de quiebra del comitente. No cabe duda de que el empresario no fallido tiene derecho a pedir la resolución del contrato; el problema consiste en determinar si no obstante ese pedido debe reconocerse al síndico del comitente el derecho de requerir la continuación del contrato. No cabe duda de la respuesta negativa. Cuando el dueño se ha concursado o ha caído en quiebra no puede exigirse al empresario que continúe la obra, no obstante la seguridad casi completa de no ser pagado. Hay que admitir, por lo tanto, que la quiebra del dueño permite al empresario resolver el contrato (ver nota 34), cualquiera sea la pretensión del síndico, pues todo contrato oneroso es un equilibrio de contraprestaciones y nadie puede ser obligado a dar o hacer algo a cambio de nada. Independientemente de ese recurso, el empresario está protegido por el derecho de retención y el privilegio que le reconocen los arts. 3891 y siguientes, 3939 y 3940.

Es claro que si el precio hubiera sido pagado por anticipado, no podrá ya el empresario negarse a continuar la obra so pretexto de quiebra del comitente. Tampoco puede negarse a cumplir sus compromisos, si la masa le afianza satisfactoriamente el pago del precio (ver nota 35). En ninguna de estas hipótesis podría invocar el empresario un motivo legítimo para desligarse de sus compromisos.

Supuesto que el empresario desista de continuar la obra, ¿puede reclamar de la masa sólo los trabajos y gastos ya realizados o puede pretender también todo el lucro cesante? Aunque la cuestión es dudosa, nos inclinamos a pensar que tiene derecho a una indemnización completa de los daños y perjuicios, ya que el culpable de la resolución del contrato es el dueño (ver nota 36).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013170
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013170

1110/13170

D.— IMPOSIBILIDAD DEL EMPRESARIO DE HACER O TERMINAR LA OBRA

1110/1211

1211. CONCEPTO DE IMPOSIBILIDAD.— Dispone el art. 1642 que puede resolverse el contrato por el comitente o por el empresario cuando sobreviene a éste imposibilidad de hacer o de concluir la obra. La imposibilidad puede ser objetiva o subjetiva. La primera es aquella que deriva de acontecimientos externos a las partes, tales como la expropiación del inmueble en que se ha de realizar la obra, la destrucción de la cosa por un accidente, un rayo, etcétera. La imposibilidad subjetiva es la que se refiere a la persona misma del empresario, por ejemplo, que enloquezca o enferme gravemente o sea condenado a prisión o movilizado por guerra interna o externa. La resolución del contrato en estos casos es una simple aplicación de los principios que rigen el incumplimiento derivado de caso fortuito o

fuerza mayor.

No cabe asimilarse la imposibilidad de cumplir con la dificultad de hacerlo. No porque su prestación devenga más onerosa, queda eximido el empresario de su obligación de cumplirla; todo lo más, si la mayor onerosidad proviniera de causas extraordinarias e imprevisibles, tendrá derecho a exigir una revisión del precio pactado (véase nº 1161). Es necesario agregar, sin embargo, que aunque teóricamente los conceptos de imposibilidad y dificultad de realización son claramente distinguibles, hay, empero, una zona de contacto en que la distinción no resulta clara. Así, por ejemplo, la enfermedad de que padece el empresario ¿es de tal gravedad que lo imposibilita continuar la obra o simplemente le hace más difícil cumplirla? En esa zona gris, el juez deberá resolver el problema según su prudente arbitrio.

La pérdida de la cosa en la cual se realiza la obra es causa de resolución del contrato si ella es insustituible (por ej., inmueble expropiado por el Estado o reivindicado por un tercero); si es sustituible, el contrato debe ejecutarse aunque la obra esté en curso de ejecución y el empresario se vea obligado a rehacer lo perdido (ver nota 37). Si la cosa fue proveída por el dueño, él está obligado a proveer otra y rehacer los trabajos. El problema de los riesgos por pérdida de la cosa ha sido estudiado en los números 1116 y siguientes.

1110/1212

1212. EFECTOS DE LA IMPOSIBILIDAD.— La imposibilidad de continuar la obra produce siempre la resolución del contrato, cualquiera sea la causa de la que aquélla derive. Pero con relación a los restantes efectos, es necesario distinguir tres situaciones:

1110/1213

1213. a) Imposibilidad sobrevenida sin culpa de las partes.— El contrato queda resuelto y el comitente está obligado a pagar la obra ya realizada en proporción a lo hecho y al precio pactado (art. 1642). Así ocurrirá si la cosa ha sido expropiada por el Estado o si el empresario ha enloquecido o ha sido movilizado.

1110/1214

1214. b) Imposibilidad derivada de culpa del empresario.— El empresario deberá pagar al dueño todos los daños y perjuicios que le resulten de la resolución (ver nota 38). Así ocurrirá si el empresario ha sido condenado a prisión por la comisión de un delito; pero no habrá culpa de su parte si ha sido procesado y detenido aunque sea por largo tiempo y luego se lo declara inocente. Muy dudoso es el supuesto de que el empresario se enrole voluntariamente en el ejército con motivo de un peligro de guerra, no obstante no estar obligado a hacerlo. Aunque estrictamente, la imposibilidad sobrevenida le es imputable, lo cierto es que se ha enrolado respondiendo a un noble sentimiento patriótico; planteado el caso, difícilmente los tribunales lo condenarían al pago de los daños sufridos por el dueño

por el incumplimiento.

1110/1215

1215. c) Imposibilidad derivada de culpa del dueño.— El comitente responderá por todos los daños y perjuicios que se le deriven de la resolución del contrato al empresario, inclusive todas las ganancias que esperaba tener de la obra (ver nota 39). Como ejemplos de este supuesto, podemos señalar la expropiación gestionada por el dueño del inmueble, la reivindicación del inmueble por un tercero con mejor derecho, etcétera.

1110/1216

1216. IMPOSIBILIDAD TEMPORARIA; EFECTOS.— La imposibilidad puede ser meramente temporaria; así, por ejemplo, una huelga de transportes que impide la provisión de los materiales encargados para la obra, una enfermedad pasajera del empresario, etcétera. En principio, esta imposibilidad no da lugar a la resolución del contrato, sino a una prórroga del plazo, por un período equivalente al de la imposibilidad (véase nº 1105). En cuanto a los daños y perjuicios derivados de la prolongación de la obra, habrá que distinguir, como en el caso de imposibilidad, entre el impedimiento ocurrido sin culpa de las partes y el que deriva de la culpa del comitente o empresario. En el primer caso, no habrá lugar a indemnización de los daños; en el segundo, la parte culpable deberá responder ante la otra de los perjuicios que la demora le haya ocasionado.

Si la imposibilidad, aunque ciertamente temporaria, se prolonga de tal modo que significa un grave perjuicio para las partes, debe reconocerse a la interesada el derecho a pedir la resolución. Tal es el caso del empresario que ha sido movilizado por tiempo indeterminado, o que ha sufrido condena de prisión, a menos que sea muy breve. En el primer supuesto, el derecho de reclamar la resolución, corresponde a ambas partes; en el segundo, sólo al dueño, porque el impedimiento es imputable al empresario.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013180
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013180

1110/13180

E.— INEJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES POR UNA DE LAS PARTES

1110/1217

1217. EL PACTO COMISORIO ES TÁCITO EN EL CONTRATO DE OBRA.— La inejecución de sus obligaciones por una de las partes permite a la otra pedir la resolución del contrato; en la locación de obra el pacto comisorio es tácito.

En cuanto al incumplimiento del comitente, dispone el art. 1644 que el contrato puede ser resuelto por el empresario porque el comitente no dio los materiales prometidos o porque no pagó las prestaciones convenidas. Hemos tratado el punto en los números 1149 y 1155, a los que remitimos.

En cuanto al incumplimiento del empresario, el dueño tiene derecho a pedir la resolución del contrato cuando abandona la obra (véase nº 1109) o cuando la ejecuta en forma deficiente (véase nº 1094).

Naturalmente, no cualquier incumplimiento autoriza la resolución; así, por ejemplo, una pequeña demora en la provisión de los materiales por el dueño o en la ejecución de las obras por el empresario. Debe tratarse de un incumplimiento grave, sin lo cual la pretensión de la parte que pide la resolución sería abusiva.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013190
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013190

1110/13190

F.— VOLUNTAD UNILATERAL DE LAS PARTES EN LAS OBRAS ENCARGADAS POR PIEZAS O MEDIDAS

1110/1218

1218. LA SOLUCIÓN LEGAL.— Cuando la obra fue ajustada por pieza o medida, sin designación del número de piezas, o de la medida total, el contrato puede resolverse por una y otra parte, concluidas que sean las partes designadas, pagándose la parte concluida (art. 1639).

El texto distingue dos situaciones: a) que el contrato fije el precio por pieza o medida, sin designación del número total, en cuyo caso cualquiera de las partes puede poner fin al contrato cuando lo desee, sin otra obligación para el comitente que pagar las piezas o medidas entregadas; b) que el contrato establezca un número de piezas o medidas, en cuyo caso ninguna de las partes puede resolver el contrato (ver nota 40). El dueño podrá desistir de él de acuerdo al derecho que le reconoce el art. 1638 , y el empresario podrá dejar de cumplirlo, pero si lo hacen, ambos deberán indemnizar a la otra parte todos los daños y perjuicios que se les deriven de su incumplimiento.

Pero puede ocurrir que luego de terminadas y entregadas algunas unidades, el comitente resuelva dar por terminada la relación contractual cuando el empresario estaba ejecutando otra unidad o había reunido ya los materiales para hacerla.

Supongamos que un marchand haya encargado a un pintor la copia de cuadros célebres a

tanto el cuadro. El comitente ha recibido algunos sin observación alguna y luego, mientras el artista se encuentra haciendo otra reproducción, pretende dar por terminado el contrato. En ese caso debe pagar la retribución correspondiente a la nueva unidad. Y a la inversa, el pintor que al tiempo de entregar la nueva reproducción comunica al comerciante su decisión de poner fin al contrato debe indemnizarlo de los daños sufridos por aquél al no recibir la unidad que tenía derecho a esperar. En estos casos, el silencio guardado por las partes al recibir la última pieza ha importado un compromiso tácito de encargar y realizar otra más; se da aquí el supuesto del art. 919 in fine, según el cual el silencio es una manifestación de voluntad cuando existe una relación entre él y las manifestaciones precedentes. Si, en efecto, al recibir la última pieza, ambos contratantes guardaron silencio, cada una de ellas tenía derecho a suponer que los compromisos contractuales continuaban en vigencia (ver nota 41).

(nota 1) RUBINO, L'appalto, nº 286.

(nota 2) La jurisprudencia es vacilante en lo que atañe a los efectos de la intervención del director de obra. En un fallo se resolvió que la aceptación del director técnico no hace cesar la responsabilidad del constructor por los defectos de la obra (19/12/1940, L.L., t. 21, p. 380), en tanto que en otro se resolvió que si el arquitecto controla la obra por el propietario, éste no puede objetar las obras aceptadas, salvo que el empresario haya impedido maliciosamente el contralor (C. Civil 2ª Cap., 7/10/1946, L.L., t. 44, p. 522), criterio que nos parece inatacable, pues el director si es nombrado por el propietario para hacer el contralor, actúa en calidad de representante.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 10/10/1960, L.L., t. 101, p. 687.

(nota 4) Sobre el punto no hay divergencias: C. Civil Cap., Sala E, 2/6/1960, L.L., t. 100, p. 267; íd., 10/10/1960, L.L., t. 101, p. 687; C. Civil 1ª Cap., 28/8/1947, L.L., t. 48, p. 89; C. Com. Cap., 9/3/1951, J.A., 1951-II, p. 487; C. Apel. Rosario, 30/12/1941, L.L., t. 25, p. 120; C. 2ª Apel. La Plata, 9/8/1949, L.L., t. 56, p. 134; etcétera. Sobre el concepto de vicio oculto véase nº 220. Se ha declarado que la omisión del taller mecánico que olvidó poner aceite al cárter del automóvil cuyo arreglo se le encomendó, dando lugar a serias averías, es un vicio oculto: C. Civil Cap., 7/3/1960, J.A., 1960-II, p. 370.

(nota 5) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala C, 22/4/1968, L.L., t. 132, p. 523 y J.A., 1968-V, p. 861; Sala D, 17/2/1967, E.D., t. 21, p. 672; Sala E, 5/8/1969, E.D., t. 30, p. 405; Sala F, 25/11/1977, L.L., t. 1978-B, p. 517 y jurisprudencia allí citada; C. Com. Cap., Sala A, 3/8/1955, L.L., 80, p. 712; C. Apel. 1ª La Plata, 1/10/1948, J.A., 1949-IV, p. 25.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala C, 13/4/1961, L.L., t. 102, p. 861 y J.A., 1961-IV, p. 625, C.

Civil Cap., Sala E, 2/6/1960, L.L., t. 100, p. 267; C. Com. Cap., Sala A, 3/8/1955, L.L., t. 80, p. 212; C. Com. Cap., 9/3/1951, J.A., 1951-II, p. 487; C. Com. Cap., 20/10/1950, J.A., 19510I, p. 572, con nota aprobatoria de SPOTA; C. 1ª Apel. La Plata, 20/4/1951, J.A., 1951-III, p. 282.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 20/8/1947, L.L., t. 48, p. 89; íd., 12/3/1945, Rep. L.L., t. 7, Vº Locación de obra, sum. 15; C. Civil 2ª Cap., 9/12/1940, Rep. L.L., t. 3, Vº Locación de obra, sum. 37; C. Com. Cap., 15/3/1938, J.A., t. 65, p. 156; íd., 15/11/1944, L.L., t. 36, p. 687; C. Com. Cap., Sala B, 24/12/1954, J.A., 1955-III, p. 83; C. Paz Let. Cap., Sala I, 9/4/1948, G.P., t. 79, p. 157; C. Apel. 1ª La Plata, 27/3/1951, J.A., 1951-III, p. 112; C. Apel. 2º La Plata, 9/8/1949, L.L., t. 56, p. 134; íd., 1/9/1939, L.L., t. 17, p. 217, con nota de SPOTA; íd., 2/9/1960, Rep. L.L., XXI, p. 727.

(nota 8) De acuerdo: REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 730, nota 89. En cambio SPOTA se pronuncia por la solución contraria, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 400.

(nota 9) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala E, 23/2/1977, J.A., t. 1978-I, p. 373.

(nota 10) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 398; DELVAUX, núms. 160 y sigs.

(nota 11) RUBINO, L'appalto, nº 261.

(nota 12) De acuerdo con todo lo que se dice en este párrafo: C. Apel. San Juan, 13/7/1976, L.L., t. 1976-D, p. 578 (con transcripción literal de nuestro nº 1198).

(nota 13) MACHADO, t. 4, p. 445; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 818, nota 11; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 534; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4100; POTHIER, Oeuvres, t. 4, nº 446; COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 1114. Opina que el derecho de elegir pertenece a la mayoría de los herederos: GUILLOUARD, Louage, t. 2, nº 809.

(nota 14) SPOTA, loc. cit. en nota anterior; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 818; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4100; RUBINO, L'appalto, nº 313.

(nota 15) En contra: SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 534, quien opina que la cuestión debe ser discutida por el juez.

(nota 16) De acuerdo: SPOTA, loc. cit. en nota anterior; SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1250; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 819, nota 12; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4099; AUBRY y RAU, § 374; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 937.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala C, 28/4/1955, J.A., 1955-IV, p. 187; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 536; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 820; AUBRY y RAU, § 374; GUILLOUARD, Louage, t. 2, nº 804. En cambio, opinan que sólo rige respecto de las obras contratadas por ajuste alzado, BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4094; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 937.

(nota 18) SPOTA, Locación de obra, t. 2, nº 535; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 937; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4093; AUBRY y RAU, § 374.

(nota 19) SPOTA, Locación de obra, t. 2, nº 537. La doctrina está implícita en los fallos que se citan en las notas siguientes.

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 16/6/1939, J.A., t. 66, p. 846; C. Civil Cap., Sala A, 4/4/1963, E.D., t. 5, p. 604, L.L., t. 112, p. 392 y J.A., 1964-II, p. 360; Sala D, 4/5/1961, E.D., t. 1, p. 594; íd., 22/11/1963, L.L., t. 114, p. 122.

(nota 21) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala C, 22/2/1973, E.D., t. 50, p. 151.
En contra, sosteniendo que el texto del Código obligaba a indemnizar toda la ganancia: C. Civil Cap., Sala F, 20/8/1963, E.D., t. 6, p. 144 y J.A., 1964-I, p. 81; íd., 16/7/1964, E.D., t. 11, p. 140; C. Civil 1ª Cap., 19/6/1939, L.L., t. 15, p. 688; C. Civil 2ª Cap., 7/7/1947, J.A., 1947-IV, p. 293; C. Paz Cap., Sala III, 30/12/1939, J.A., t. 70, p. 249; C. Com. Cap., 20/10/1948, J.A., 1949-I, p. 498; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 537 y nota en J.A., 1943-I, p. 847; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 821, nota 17; SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1251; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 937; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4102.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala D, 3/10/1953, L.L., t. 74, p. 254; Sala F, 16/7/1964, E.D., t. 11, p. 140.

(nota 23) Véase SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 530, t. 11, p. 936.

(nota 24) REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 830; PLANIOL - RIPERT - ROUAST.

(nota 25) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 515.

(nota 26) SPOTA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 27) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 515.

(nota 28) Otra es la solución de algunas legislaciones, que sólo ponen a cargo del dueño la parte de los trabajos ya realizados, si éstos le son útiles; Cód. Civil francés, art. 1796; italiano, art. 1764; suizo, art. 379; peruano, art. 1656; venezolano, art. 1640; chileno, art. 2005.

(nota 29) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 518; LAFAILLE, Contratos, nº 473. Es también la solución del Código italiano, art. 1675.

(nota 30) SPOTA, loc. cit. en nota anterior; RUBINO, L'appalto, nº 327.

(nota 31) De acuerdo sobre estas soluciones: C. Civil 2ª Cap., 26/8/1947, L.L., t. 48, p. 142; C. Paz Let. Cap., Sala II, 16/5/1949, L.L., t. 55, p. 569; SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 522; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 837, nota 50. SALVAT (Contratos, t. 2, nº 1261) y MACHADO (t. 4, p. 450) opinan que la posesión de la obra siempre debe ser pedida judicialmente.

(nota 32) Fallo de la C. Paz Cap., citado en nota anterior.

(nota 33) C. Civil 2ª Cap., 13/4/1942, J.A., 1942-II, p. 518.

(nota 34) De acuerdo: LLERENA, t. 5, p. 395, nota al art. 1643; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 840. FREITAS había previsto expresamente la resolución del contrato por quiebra del comitente (art. 2765).

(nota 35) De acuerdo: LLERENA, t. 5, art. 1643, nota 1. Esta parece ser también la opinión, oscuramente expresada de MACHADO, t. 4, p. 450. En cambio REZZÓNICO dice incidentalmente que el empresario tiene el derecho de resolución aunque la masa haya afianzado el cumplimiento de las obligaciones del dueño (Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 840).

(nota 36) REZZÓNICO opina que la indemnización se limita a los trabajos ya realizados si

los acreedores de la obra ofrecen garantía suficiente del pago del precio (loc. cit. en nota anterior). Lo que parece indicar que, a su juicio, si tal garantía no se ofrece, la indemnización debe cubrir todo el lucro cesante. Es lo que sostenemos en el texto. La divergencia consiste en que si la garantía aludida se ofrece, nosotros pensamos que el empresario no puede optar por la resolución del contrato, en tanto que REZZÓNICO se inclina por la opinión contraria.

(nota 37) De acuerdo: SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 511; RUBINO, L'appalto, nº 323.

(nota 38) SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 512; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 835; SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1258; MACHADO, t. 4, ps. 449 y sigs.; LAFAILLE, Contratos, t. 2, nº 474.

(nota 39) Autores citados en nota anterior.

(nota 40) La doctrina nacional es unánime sobre estas soluciones: SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. 2, nº 527; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, ps. 285 y sigs.; MACHADO, t. 4, p. 446; etc.

(nota 41) C. Com. Cap., Sala A, 4/5/1960, J.A., 1961-II, p. 341; SPOTA, loc. cit. en nota anterior.

CAPÍTULO XXII - CONTRATOS AFINES

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013210
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013210

1110/13210

§ 1.— Contrato de edición (ver nota 1)

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013220
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013220

1110/13220

A.— NOCIONES GENERALES

1110/1219

1219. CONCEPTO.— La ley 11723 sobre propiedad intelectual lo define así: Habrá contrato de edición cuando el titular del derecho de propiedad sobre una obra intelectual se obliga a entregarla a un editor, y éste a reproducirla, difundirla y venderla (art. 37). Este contrato suele asumir muy diversas formalidades. La más frecuente es aquella por la cual el editor toma a su cargo la impresión, distribución y venta de la obra, obligándose a pagar al autor un porcentaje sobre cada ejemplar vendido o sobre el producido líquido de la venta; en el primer caso, el autor percibe sus derechos desde que empieza la venta; en el segundo, el editor se cubre de sus gastos con los primeros ejemplares vendidos y luego la ganancia líquida se distribuye en la proporción convenida. Otras veces el autor recibe una cantidad fija por una o varias ediciones; o contribuye con una parte de los gastos de la edición para mejorar así su porcentaje sobre las ventas.

En la definición legal se habla del derecho de propiedad sobre una obra intelectual. Ya hemos dicho en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 755) que los derechos intelectuales no son una propiedad. Se trata simplemente de una expresión acuñada para acentuar la firmeza de la protección que se desea otorgar a las obras de este carácter.

El contrato de edición debe ser distinguido del de impresión, por el cual una de las partes se limita a realizar la impresión de la obra por un precio en dinero pagado por el comitente, que puede ser el propio autor o el editor. Es una locación de obra típica, a la que se aplican las reglas estudiadas en los capítulos anteriores y no las del contrato de edición. También debe distinguirse del contrato de distribución, por el cual el distribuidor recibe la edición ya pagada por el autor y se obliga a venderla, colocándola en librerías, y asume la responsabilidad por los ejemplares que ha entregado a los libreros para la venta; a cambio de esa tarea y responsabilidad, recibe un porcentaje sobre el precio de venta de cada ejemplar. Aisladamente considerados, estos contratos son distintos del de edición, pero éste los comprende; es decir, son aspectos parciales de un contrato más complejo.

1110/1220

1220. OBJETO.— El contrato de edición puede tener por objeto cualquier clase de obras impresas: libros artísticos, literarios o científicos, estampas, grabados, policromías, fotografías, grabaciones fonográficas, copias cinematográficas, etcétera (art. 1º , ley 11723). También deben incluirse las obras de software y de base de datos (art. 1º , dec. 165/94).

De acuerdo con los principios generales (art. 953), no debe tener un objeto contrario a las buenas costumbres: en consecuencia, sería nulo el que se propusiese la reproducción de obras contrarias a la moral o que incitasen a la rebelión (ver nota 2). Sin embargo, el principio de la libertad de prensa, llevado en nuestros días a límites extremos, hará muy difícil declarar nulo un contrato de edición de una obra inmoral, si es que ésta se puede defender de alguna manera desde el ángulo literario o artístico. Solamente la grosera

pornografía será reputada ilícita. Así es como, so color de defensa de la cultura, del arte o de la libertad de imprenta, ha proliferado un tipo de literatura que envenena a la adolescencia.

También sería nulo un contrato que tuviera por objeto la edición de una obra que ha caído ya en el dominio público (ver nota 3).

1110/1221

1221. NATURALEZA JURÍDICA.— De acuerdo con una opinión muy difundida, el contrato de edición carece de una naturaleza jurídica propia y constante; por el contrario, ella varía según la modalidad que asuma, identificándose a veces con la locación de obra, otras con la sociedad, otras con la venta (o cesión onerosa de derechos). Así, cuando el autor toma el compromiso de hacer una obra literaria o científica y el editor el de imprimirla, difundirla y venderla, habría locación de obra; también la habría cuando estando ya terminada la obra, el editor paga al autor una suma fija por una edición. Habría sociedad cuando los gastos de la impresión corren por cuenta del autor y editor, que asumen los riesgos y comparten las ganancias de acuerdo con el porcentaje estipulado; o cuando el autor, sin contribución a los gastos de impresión, recibe sólo un porcentaje sobre las ventas (ver nota 4). Habría compraventa (o cesión onerosa de derechos) cuando el autor cede definitivamente sus derechos de autor en favor del editor (ver nota 5).

Esta teoría no resiste el análisis. Consideremos el supuesto de que el autor haya asumido el compromiso de llevar a cabo una obra para entregarla al editor, quien a su vez se obliga a publicarla y venderla, supuesto que según la opinión aludida, configura una locación de obra. De un lado media la promesa de un resultado por parte del autor (escribir la obra). Del otro, media la promesa de una tarea (impresión y venta) contra el derecho reconocido por el autor a percibir un porcentaje también aleatorio; pero adviértase que el editor no promete un resultado, pues él no se obliga a vender toda la edición, sino simplemente a ponerla en venta y hacer lo posible para que se venda. Es decir, promete una actividad y no un resultado. Falta una característica esencial de la locación de obra. Pasemos por alto la naturaleza de esta obligación y sigamos adelante. En todo caso habría dos contratos de obra simultáneos y confundidos. ¿Quién es aquí el comitente y quién el empresario? Imaginemos ahora que el autor ha vendido sus derechos al editor, asumiendo éste el compromiso de publicar la obra. Según la teoría que combatimos, este contrato configura una compraventa. ¿Es realmente así? El editor está obligado a publicar la obra, puesto que el interés del autor no se agota al recibir el pago del precio sino que también puede exigir que su obra sea dada a luz; por lo general es éste su principal interés y desde luego el más respetable desde el punto de vista del bien común. Es decir, habría una cesión onerosa de derechos y una promesa de obra simultáneas. Más aún, el autor podrá, en ejercicio de su derecho moral, controlar la fidelidad de la versión, modificarla, oponerse a su publicación (salvo, claro está, el derecho del editor de exigir la reparación de los daños). ¿Es esto una compraventa? Supongamos, por último, que el autor entrega la obra terminada y el editor asume el compromiso de publicarla y venderla, distribuyéndose las utilidades de acuerdo con el porcentaje estipulado. La semejanza con la sociedad es, hay que reconocerlo, bastante marcada, aunque podrían señalarse algunas diferencias; así, por ejemplo, la muerte

de los socios pone fin a la sociedad, mientras que en el contrato de edición es por lo común irrelevante. De cualquier manera, es arbitrario escindir un contrato único para marcarlo a veces con el sello de la sociedad, otras con el de la locación de obra, otras con la de la cesión de derechos. Es, además, una tarea vana. Tendría sentido este esfuerzo si fuera para aplicarle el régimen jurídico de aquellos contratos. Pero no es así, porque la edición tiene su régimen legal propio. En verdad esta teoría no es sino una manifestación más de la tendencia, tan común en los juristas, de poner vino nuevo en odres viejos. Hay que admitir que se trata de un contrato distinto de los románicos; tiene una naturaleza propia, una tipicidad peculiar, una regulación legal especial, e inclusive un nombre que lo diferencia de los demás (ver nota 6).

1110/1222

1222.— Pero si el autor ha cedido definitivamente sus derechos intelectuales, sin compromiso de la contraparte de editar la obra, no nos encontramos ya en presencia de un contrato de edición, sino de una cesión onerosa de derechos (o venta como lo llama con impropiedad la ley 11723). Debemos repetir aquí que esta cesión por más definitiva que sea, no impide al autor ejercer los atributos propios del derecho moral, que es inalienable. Podrá por tanto modificar, rehacer y aun destruir la obra cedida, siempre que resarza al cesionario de los daños y perjuicios que su actitud le ocasiona (véase nº 1227).

La duda sobre si el contrato es de edición o de cesión de derechos intelectuales, debe resolverse en el primer sentido, porque la renuncia de los derechos de autor no se presume y porque ésa es la solución que mejor protege la creación artística, literaria o científica (ver nota 7).

1110/1223

1223. ¿ES UN CONTRATO CIVIL O COMERCIAL?.— Nuestra jurisprudencia se inclina por considerar comercial el contrato de edición porque una de sus partes, el editor, es siempre comercial. En consecuencia, se ha decidido que es competente la justicia comercial para entender en los juicios por rescisión o por rendición de cuentas derivadas de él (ver nota 8). Cuesta admitir la naturaleza comercial de un contrato que es el único vehículo por el cual se pueden incorporar a la cultura de un pueblo ciertas obras artísticas o científicas (ver nota 9). Pero hay que reconocer que esta jurisprudencia tiene un sólido punto de apoyo en el art. 7º , Código de Comercio.

1110/1224

1224. CARACTERES.— El contrato de edición tiene los siguientes caracteres:

a) Es bilateral, porque genera obligaciones para ambas partes.

b) En principio, es oneroso (art. 40 , ley 11723). Sin embargo, es posible que el autor no

pretenda ningún pago, conformándose con la publicación de su obra; y que el editor, por espíritu de mecenazgo, edite la obra sin interés económico alguno. Pero la parte que sostiene que el contrato es gratuito debe probarlo (art. 40 , ley 11723).

c) Es consensual, pues queda concluido por el mero acuerdo de voluntades.

1110/1225

1225. FORMA Y PRUEBA.— Dispone el art. 40 , ley 11723, que en el contrato deberá constar el número de ediciones y el de ejemplares de cada una de ellas, como también la retribución pecuniaria del autor o de sus derechohabientes; considerándose siempre oneroso el contrato salvo prueba en contrario. Si las anteriores condiciones no constaran, se estará a los usos y costumbres del lugar.

De la primera parte de esta disposición, parecería desprenderse que la ley exige la forma escrita y la especificación de ciertas estipulaciones imprescindibles (número de ediciones, cantidad de ejemplares, retribución del autor); pero en verdad, no se trata sino de una recomendación de la ley, puesto que si el contrato omite tales recaudos de todas maneras es válido y se estará a los usos y costumbres del lugar (último apartado).

Si el contrato no especifica el número de ediciones, debe entenderse que se refiere a una sola (ver nota 10). Si no se fija el número de ejemplares, el editor está autorizado a tirar los que crea convenientes (ver nota 11).

1110/1226

1226.— En cuanto a la prueba, se aplican los principios generales de los arts. 1190 y siguientes.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013230
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013230

1110/13230

B.— EFECTOS

1.— Derechos y obligaciones del autor

1110/1227

1227. DERECHOS.— El autor tiene los siguientes derechos:

a) Traducir, transformar, refundir su obra (art. 38 , ley 11723). El respeto por la producción científica, artística, literaria, hace de éste uno de los derechos esenciales del autor. Son facultades que integran el llamado derecho moral (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 756). El editor no podrá oponerse a tales modificaciones aunque le resulten onerosas; en cambio sí puede exigir la indemnización correspondiente si le originan gastos imprevistos (ver nota 12); sólo podrá negarse a la publicación, si las modificaciones inspiradas en un cambio de las ideas estéticas, filosóficas, políticas o religiosas, han transformado el carácter o el significado de la obra, en cuyo caso el editor podrá resolver el contrato y reclamar la reparación de los daños (ver nota 13).

También debe reconocerse al autor el derecho de suprimir su obra, siempre que indemnice al editor el daño emergente y la ganancia esperada; satisfecha esta indemnización o afianzado debidamente su pago, el editor no podría oponerse a la destrucción de la obra, aunque ésta se encontrara ya publicada y en venta. Se justifica que así sea porque muchas veces los autores reniegan de sus anteriores ideas políticas, artísticas, religiosas, y no es posible autorizar que contra su voluntad se siga vendiendo la obra, una vez que el interés económico del editor ha quedado salvaguardado (ver nota 14).

Debe señalarse que el autor conserva estas atribuciones aunque haya cedido sus derechos intelectuales al editor, porque ellas integran el derecho moral del autor, que es inalienable (ver nota 15). La cesión del derecho intelectual se refiere únicamente a su aspecto patrimonial; es decir se cede el monopolio de explotación que corresponde al autor.

Como el derecho moral es personal y no pasa a los herederos, éstos no pueden modificar o corregir la obra y menos aún destruirla (ver nota 16).

b) Recibir una retribución (art. 40 , ley 11723), que puede ser una cantidad determinada e invariable o porcentaje sobre el precio de cada libro vendido o sobre las utilidades líquidas. Si el contrato no fijara el precio, éste se determinará de acuerdo con los usos y costumbres del lugar para ese tipo de obra (art. citado).

c) Si el precio se ha fijado en un porcentaje sobre el libro vendido o sobre las utilidades líquidas, el autor tiene derecho a controlar el número de ejemplares editados, lo que suele hacerse numerándolos y firmándolos (ver nota 17). Iniciada la venta puede exigir periódicamente un recuento de los ejemplares en existencia, única manera de saber la cantidad vendida. Este derecho se hará efectivo por vía de una acción de rendición de cuentas (ver nota 18).

d) El autor tiene derecho a que el editor le entregue cierto número de ejemplares gratuitamente (ver nota 19). Se trata de un derecho impuesto por la costumbre; si el contrato no fija la cantidad se estará a los usos corrientes.

e) Finalmente, puede exigir que su nombre figure en el lugar de costumbre (ver nota 20).

1228.— Expresa también el art. 38 , ley 11723 que el autor tiene derecho a defender su obra contra los defraudadores, aunque lo sea el propio editor. Es éste un derecho que no surge del contrato de edición, sino de su derecho intelectual. Permite al autor defenderse contra las ediciones clandestinas de terceros y contra el peligro, muchas veces más grave, de que el propio editor imprima ocultamente más ejemplares de los establecidos, de cuya venta no da cuenta.

1110/1229

1229. OBLIGACIONES.— El autor tiene las siguientes obligaciones:

a) Entregar al editor la obra concluida (art. 37 , ley 11723) y hacerlo en el plazo pactado. A falta de plazo, el tribunal lo fijará equitativamente en juicio sumario y bajo apercibimiento de la indemnización correspondiente (art. 42 , ley 11723). El vencimiento del plazo permitirá al editor pedir la resolución del contrato (ver nota 21). ¿Puede también reclamar el cumplimiento? Sin duda no hay obstáculo en que se pida el cumplimiento del contrato; pero si el autor hace caso omiso de la sentencia que lo condena a entregar la obra ésta se resolverá en el pago de daños y perjuicios. No será posible constreñir al autor a que entregue la obra ya terminada porque jamás una obra artística o literaria puede considerarse concluida mientras el propio autor no lo considere así (ver nota 22). El respeto por la creación intelectual impone esta solución.

b) Garantizar al editor la autenticidad y disfrute de la obra. El autor que suscribe un contrato de edición, debe encontrarse en situación jurídica de poder disponer de su obra; y responde ante el editor si luego se presenta otra persona con mejor derecho que obtiene el secuestro de la edición o bien una reparación de daños y perjuicios sea porque la obra pertenecía al tercero o porque el autor le había cedido anteriormente los derecho de edición (ver nota 23). Esta obligación incluye la de defender al editor contra acusaciones de plagio o falsificación de terceros (ver nota 24).

Dentro del mismo concepto está el deber del autor de no entregar la misma obra a otro editor mientras no esté agotada la edición anterior, ni de reproducir el mismo tema en otra obra análoga (ver nota 25). En suma, está obligado a responder por los hechos propios o de terceros que perturben el disfrute de los derechos que el contrato aseguró al editor (ver nota 26).

Pero el contrato de edición no impide al autor de una obra de teatro hacerla representar públicamente (véase nº 1250, b) ni hacer citas de ella en obras posteriores (ver nota 27) ni dar conferencias sobre el libro o el tema (ver nota 28). Tampoco le impide traducirla (art. 38 , ley 11723) y hacer con la traducción una edición distinta, porque ésta va dirigida a un público diferente y se presume que no hará competencia a la primera.

1110/1230

1230.— ¿Está también obligado a corregir las pruebas de imprenta? Así lo sostienen

algunos autores (ver nota 29); pero a nuestro juicio se trata de un derecho y no de una obligación (ver nota 30). La corrección del trabajo de reproducción de la obra forma parte de las obligaciones típicas del editor y no es admisible que se libere de ella aduciendo que el autor no cooperó en una tarea que es esencialmente mecánica y en la que no hay la menor labor creativa. En nuestro Derecho esta solución está a nuestro juicio expresamente sancionada por el art. 39 , ley 11723, que pone a cargo del editor la corrección de las pruebas cuando el autor no pudiere o no quisiere hacerla.

2.— Derechos y obligaciones del editor

1110/1231

1231. DERECHOS.— El editor tiene los siguientes derechos:

a) Imprimir, distribuir y vender la obra (art. 39 , ley 11723); va de suyo que deberá respetar las cláusulas contractuales en cuanto a presentación, calidad de papel, tipo de letra, formato, etcétera; si el contrato no establece nada sobre el punto, el editor tiene derecho a darle la presentación que crea conveniente y a cambiarla en las distintas ediciones (ver nota 31). Pero está obligado a ajustarse a los usos relativos a ese tipo de modo que no se desmerezca con una presentación inadecuada (ver nota 32); y no puede omitir el nombre del autor, que debe figurar en el lugar indicado por los usos (véase nº 1227). En lo que se refiere a la venta, está autorizado a reconocer las comisiones de costumbre a los libreros e intermediarios (ver nota 33). A falta de estipulación está autorizado a fijar el precio de venta por ejemplar, siempre que no sea tan alto que dificulte la circulación y venta (ver nota 34).

Sobre el número de ediciones y de ejemplares de cada edición, cuando el contrato no lo establece, véase número 1225.

b) Si el autor se negare o no pudiere hacer las correcciones de las pruebas, el editor tiene el derecho (y el deber) de hacerlas, absteniéndose cuidadosamente de no alterar el texto original (art. 39 , ley 11723).

1110/1232

1232. OBLIGACIONES.— Pesan sobre el editor las siguientes obligaciones:

a) Imprimir, distribuir y vender la obra. La impresión debe hacerse en el plazo señalado y a falta de él, en el que los tribunales fijen en juicio sumario (art. 42). El editor no puede excusar su responsabilidad aduciendo incumplimiento del impresor, pero podrá hacer recaer sobre éste la indemnización que deba satisfacer por la demora (ver nota 35).

El editor está obligado a poner toda la diligencia que sea dable exigir de acuerdo con las costumbres y la buena fe para lograr una buena venta; pero no garantiza el resultado.

Si el punto no se hubiera previsto en el contrato, debe entenderse que los gastos de

propaganda son a cargo del editor, pues forman parte de la actividad destinada a difundir la obra (ver nota 36); salvo que la retribución pactada consista en un porcentaje sobre las utilidades líquidas de la edición.

Si el contrato previera varias ediciones ¿puede el autor, una vez agotada la primera, exigir la reedición? En principio, la respuesta afirmativa es indiscutible; pero si los últimos ejemplares se hubieran vendido muy lentamente, debe eximirse al editor de su obligación de hacerlo porque ello prueba la falta de interés en el mercado (ver nota 37). Pero en tal caso el autor tiene derecho a tener por disuelto el contrato y encargar la publicación a otro.

b) Debe pagar al autor, la retribución pactada y, a falta de estipulación sobre el punto, la que se fije judicialmente de acuerdo con las costumbres. Si la retribución consistiera en un porcentaje sobre la venta de cada libro o de las ganancias, el editor está obligado a rendir cuenta (véase nº 1227).

c) Debe respetar los originales absteniéndose de introducir en ellos ninguna modificación; sólo está autorizado —y desde luego obligado— a corregir las erratas de imprenta, si el autor no quiere o no puede hacerlo (art. 39).

d) Impresa la obra, el editor debe devolver al autor los originales (ver nota 38).

e) Está obligado a registrar la obra (art. 61 , ley 11723) dentro del plazo de tres meses de publicada (art. 24, decreto del 3/5/1934) bajo apercibimiento de pagar una multa igual a diez veces el valor venal del ejemplar no depositado (art. 61 , ley 11723). El depósito de la obra es de la mayor importancia porque asegura el goce de los derechos del autor y del editor (art. 62 , ley 11723).

f) Finalmente, el editor debe responder ante el autor por la pérdida de los originales que se encontraren en su poder, cuando se produce antes de publicada la obra (art. 41 , ley 11723). Se discute en nuestra doctrina si la responsabilidad del editor se limita al caso de que la pérdida se haya producido por su culpa o dolo o si cubre también la que se ha producido por caso fortuito. Esta última opinión se funda en que la ley establece la responsabilidad del editor en caso de pérdida de los originales, sin distinguir entre la hipótesis de culpa o dolo y la de fuerza mayor; y en que esta obligación no es a título de responsabilidad sino de garantía (ver nota 39). Disentimos con esta solución. No se comprende cómo puede responsabilizarse al editor por la destrucción de los originales provocada por un bombardeo en tiempo de guerra o por la inundación originada en la ruptura de un dique o por cualquier otro fenómeno igualmente irresistible. Tampoco se comprende qué sentido tiene hablar en este caso de garantía y no de responsabilidad. Pues lo único que el editor puede garantizar es el cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas, el cuidado de los originales. El argumento de que la ley no distingue es menos convincente aún. La ley se ha limitado a establecer la responsabilidad del editor por pérdida de los originales, sin aludir para nada al caso fortuito; era innecesario hacerlo porque ya el Código establece con carácter general que el caso fortuito o fuerza mayor son eximentes de responsabilidad (arts. 513 y 888). El orden positivo es un todo armónico; la ley 11723 no está fuera de él sino que lo integra. Por tanto, los principios generales del Código son aplicables también al régimen de los derechos intelectuales (ver nota 40). Finalmente, cabe agregar que en la hipótesis a todas

luces análoga de la pérdida de los originales en poder del empresario a quien se han entregado para su representación, el empresario sólo responde cuando media culpa de su parte, según lo declara expresamente el art. 48 , ley 11723.

Empero, el cuidadoso amparo que se debe a la creación artística o científica, la peculiar responsabilidad del editor depositario de ella, hace que deba juzgarse con especial rigor la eximente de caso fortuito o fuerza mayor. La menor culpa debe bastar para hacer recaer sobre él la responsabilidad. Así, por ejemplo, el incendio aunque sea general y, proveniente de otros edificios, no debe reputarse suficiente para eximir de culpa al editor si se demuestra que ha tenido tiempo de salvar los originales o si hubiera podido evitarse su destrucción guardándolos en un mueble a prueba de incendios.

Al autor le basta con demostrar la pérdida para demandar por daños y perjuicios; el editor que pretende eximirse fundado en una causal de fuerza mayor debe probarla.

1110/1233

1233.— Perdida la obra, ¿sobre qué base deben fijarse los daños y perjuicios? El problema es por demás arduo, pues el juez no tendrá ante sí los originales que le permitan apreciar el mérito de la obra ni su posible valor comercial. La Cámara Comercial de la Capital ha resuelto con razón que la indemnización debe cubrir no solamente el perjuicio derivado al autor del fracaso de la edición contratada, sino que debe ser integral y abarcar todos los daños y perjuicios, para lo cual debe tenerse en cuenta, a falta de otros elementos de juicio más precisos, el prestigio del autor, los premios obtenidos, el mérito de sus libros anteriores, número de ediciones que alcanzaron, naturaleza de la obra, etcétera (ver nota 41). No lo exime de responsabilidad que la pérdida haya ocurrido en la imprenta a la que el editor entregó los originales ni la circunstancia de que el autor no haya tenido la precaución de conservar una copia en su poder (ver nota 42).

1110/1234

1234.— Pero si el autor tiene una copia en su poder, debe entregarla al editor para que el contrato pueda cumplirse (ver nota 43). En tal caso el autor no habrá sufrido otros daños que los que resulten del retardo en la impresión o del recargo de tareas que le signifique la nueva corrección. Va de suyo que si la pérdida ha originado mayores gastos de impresión éstos deben recaer exclusivamente sobre el editor por más que el contrato haya establecido que la retribución del autor consista en un porcentaje de las ganancias líquidas.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013240
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013240

1110/13240

C.— CESIÓN DEL CONTRATO

1110/1235

1235. CESIÓN POR EL EMPRESARIO.— En principio, el editor puede ceder el contrato (ver nota 44), en tanto no se demuestre que su persona ha sido determinante del consentimiento, lo que puede ocurrir sobre todo en el caso de ediciones artísticas. Luego de publicada la obra toda oposición del autor sería inadmisible, pues no respondería a ningún interés legítimo. Bien entendido que si la cesión no cuenta con el consentimiento del autor, habrá frente a él dos obligados; el cedente que no ha sido liberado de sus deudas por el acreedor y el cesionario que ha asumido voluntariamente la deuda de otro (véase nº 456).

1110/1236

1236. CESIÓN POR EL AUTOR.— Mientras la obra no ha sido terminada, es obvio que el autor no puede ceder el contrato, pues el consentimiento del editor ha sido prestado intuitu personae. Entregada la obra, el autor puede cederlo libremente, pero siempre quedará obligado conjuntamente con el cesionario, por la garantía del disfrute de la obra, salvo que el editor lo eximiera de ella.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013250
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013250

1110/13250

D.— FIN DEL CONTRATO

1110/1237

1237. DISTINTAS CAUSALES.— El contrato de edición se extingue:

a) Por agotamiento de las ediciones convenidas (art. 44 , ley 11723). Es la forma normal de terminación del contrato. Agotadas las ediciones, el editor deberá rendir cuentas y pagar al autor su retribución.

1110/1238

1238. b) Por la pérdida de la obra.— Perdida la obra resulta ya imposible dar cumplimiento al contrato. La parte responsable de la pérdida deberá indemnizar a la otra los daños y perjuicios sufridos (art. 41 , ley 11723); sobre la forma de fijar la indemnización, véase número 1233.

1110/1239

1239. c) Por resolución por incumplimiento de las partes.— Si una de las partes falta a sus obligaciones esenciales (entrega de la obra por el autor, publicación, venta y pago de la retribución convenida por el editor) la otra puede pedir la resolución del contrato. Aunque esta facultad no está expresamente establecida en la ley 11723 , se admitía sin discrepancias ese derecho aun antes de la reforma del artículo 1204 (ver nota 45), que lo ha consagrado expresamente.

1110/1240

1240. d) Por vencimiento del plazo.— Si hubiera plazo de duración convenido (lo que es excepcional), el contrato se extingue a su vencimiento. Si al fenecer el plazo existieran todavía ejemplares no vendidos, el autor o sus sucesores tienen derecho de comprarlos al precio de costo más un 10% de bonificación (art. 43 , ley 11723); pero si no hace uso de ese derecho, el editor podrá continuar la venta en las condiciones fijadas en el contrato (art. citado).

El contrato concluye aun antes del vencimiento del plazo si la edición o ediciones convenidas se agotaran (art. 44).

1110/1241

1241. e) Por muerte o incapacidad de las partes.— La muerte o incapacidad del autor, producida antes de concluir la obra prometida extingue su obligación y pone fin al contrato, sin derecho de indemnización alguna en favor del editor, pues normalmente se trata de un caso fortuito. Por incapacidad debe entenderse no solamente la demencia, sino también toda incapacidad física que inhabilite al autor para llevar a cabo su obra (enfermedad grave que le impida trabajar, sordera de un músico, etc.).

Si la muerte o incapacidad no ha sobrevenido por caso fortuito sino por culpa del autor, ¿responde él o sus herederos por el incumplimiento de su obligación de entregar la obra? Supongamos que el autor se haya suicidado o fallezca en un accidente ocurrido por su culpa. La solución que sobre la base de la aplicación de los principios generales imponga a los herederos la obligación de indemnizar al editor todo el daño emergente y el lucro cesante es, nos parece, intolerablemente dura. Más chocante aún con la idea de equidad nos parece condenar al propio autor que como consecuencia de un accidente culpable ha quedado loco o inhabilitado para trabajar, a indemnizar al editor. Pensamos que el contrato queda concluido sin derecho a retribución alguna.

Pero si al sobrevenir la imposibilidad el autor hubiera realizado una parte de la obra y ésta tuviera interés artístico o científico, el editor puede exigir el cumplimiento del contrato (ver nota 46); en cambio, nos parece indiscutible el derecho del editor de oponerse a la

pretensión de los herederos de que se publique la parte inconclusa por más que puedan demostrar su valor artístico o científico, porque, desde el punto de vista del negocio del editor, muy distinto es el valor de una obra concluida que la de una inconclusa (ver nota 47).

Ningún inconveniente hay en que los herederos continúen la obra si así lo desean y el editor consiente (ver nota 48); para ellos será necesario el consentimiento unánime de los herederos, pues bastaría la oposición de uno que desee mantener incólume la obra del causante, para impedir todo agregado o modificación.

La muerte o incapacidad del autor luego de entregada la obra, no extingue el contrato (ver nota 49).

1110/1242

1242.— Por el contrario, la muerte o incapacidad del editor no pone fin al contrato y sus herederos siguen obligados a cumplirlo; sólo excepcionalmente podría el autor pedir la resolución por esta causa, demostrando que la persona del editor ha sido determinante de su consentimiento (ver nota 50).

1110/1243

1243. f) Por quiebra del editor.— Ni la ley 11723 ni la Ley de Concursos 24522 <>prevén la quiebra del editor; deben en consecuencia aplicarse los principios generales del art. 143 <>, ley 24522, que hemos estudiado en otro lugar (nº 1208). En síntesis, el autor puede pedir la resolución del contrato; pero el síndico del editor, con autorización judicial, puede oponerse a la resolución y requerir el cumplimiento, asumiendo la masa las obligaciones propias del editor, entre ellas la de pagarle a éste el precio convenido. Si, como es muy frecuente, la retribución al autor se paga por ejemplar vendido, el autor tiene derecho a que se le pague la totalidad de sus derechos y no en moneda de quiebra, sino en el monto convenido; de modo que no todo el precio de venta de los ejemplares ingrese a la masa, sino sólo el saldo, una vez pagados los derechos de autor. Si la retribución pactada fuera una suma global aún no pagada, entendemos que ella debe ser satisfecha íntegramente y no en moneda de quiebra.

Si el contrato se resuelve por pedido del autor o decisión del síndico, la situación es la siguiente: puesto que la declaración de quiebra produce la caducidad de los plazos pendientes (art. 572 , Cód. Civ.), debe reputarse vencido el que el editor tenía para vender la edición y, por tanto, el autor puede reclamar la entrega de los ejemplares restantes pagando por ellos el precio de coste más el 10% de bonificación (art. 43 , ley 11723). Si la obra se encontrara en curso de impresión, tendrá derecho a dar por concluido el contrato pagando los gastos realizados hasta ese momento.

En cuanto a los ejemplares vendidos, el autor podrá pedir rendición de cuentas y verificará su crédito por la suma que resulte adeudársele.

1110/1244

1244.— La quiebra del autor no produce efectos sobre el contrato de edición; las ganancias que resulten ingresarán a la masa.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Recomendamos especialmente: RAULT, Le contrat d'édition en droit français, París, 1927; DE GREGORIO, Contratto di edizione, Roma, 1931; además, REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, ps. 848 y sigs.; MORDEGLIA, El contrato de edición, Buenos Aires, 1929; DÍAZ DE GUIJARRO, El contrato de edición en la jurisprudencia argentina, J.A., t. 18, sec. doct., p. 36; SPOTA, Contrato de edición, L.L., 1980-A, p. 726; BOTTARO, Contrato de edición, L.L., 1981-D, p. 1112; SALVAT, Contratos, t. 3, núms. 2646 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, núms. 4179 y sigs.; HUARD, Les contrats entre les auteurs et les éditeurs, París, 1889; LAUTERBOURG, Du contrat d'édition, París, 1915; PIOLA CASELLI, Trattato de diritto di autore, Napoli, 1927; NETTO, Aspectos de "O contrato de ediçao", Recife, 1940.

(nota 2) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2654 y su anotador ACUÑA ANZORENA; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 851.

(nota 3) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2654, nota 9.

(nota 4) Entre los autores que sostienen esta teoría hay divergencias sobre este supuesto. Algunos observan que no puede hablarse de sociedad porque el autor no participa en las pérdidas (característica esencial de este contrato) ya que si la obra no se vende, la pérdida por gastos de imprenta y otros recae exclusivamente sobre el editor; por lo tanto no habría sociedad sino locación de obra (REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 852). Pero la mayor parte de los autores que sostienen la teoría de la naturaleza múltiple de este contrato, se inclinan por admitir que en este supuesto hay sociedad porque el autor está asociado a las ganancias (pues percibe un porcentaje) y a las pérdidas; ya que si no pierde su dinero, en cambio, pierde su tiempo y su trabajo, lo que también tiene valor patrimonial (SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2651; VALÉRY, cit. por ACUÑA ANZORENA, nota a SALVAT, loc. cit.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4180).

(nota 5) Ésta es la teoría sostenida por los autores que se citan en nota anterior, cuyas divergencias sólo se refieren a la calificación de ciertas situaciones concreta, pero que coinciden todos en que el contrato de edición es asimilable según sus modalidades a ciertos contratos típicos legislados en el Código.
HUARD sostiene su punto de vista peculiar: Hay un contrato autónomo, distinto de todos los otros si la edición es hecha por cuenta del editor, quien aprovecha de los beneficios y

sufre las pérdidas; pero si el autor participa de las pérdidas hay sociedad; si el autor le cede el derecho de autor habrá venta o donación, si el autor corre con todos los gastos y el editor no provee sino sus servicios, pero sin participar de los riesgos de la explotación, hay locación de obra (Des contrats entre les auteurs et les éditeurs, núms. 19 y sigs).

(nota 6) Comparten la tesis de que se trata de un contrato peculiar: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2651 in fine; DÍAZ DE GUIJARRO, Contrato de edición, P.A., t. 18, sec. doct., p. 36; BOTTARO, Contrato de edición, L.L., 1981-D, p. 1112; LAFAILLE, t. 2, nº 491; MORDEGLIA, Contrato de edición, nº 18; RAULT, Contrat d'édition, ps. 88 y sigs.; LAUTERBOURG, Contrat d'édition, p. 66; DE GREGORIO, Contratto di edizione, nº 33.

(nota 7) PIOLA CASELLI, Diritto di autore, nº 314.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala C, 19/5/1952, L.L., t. 66, p. 646; C. Civil 1ª Cap., 12/3/1947, L.L., t. 45, p. 782 y J.A., 1947-I, p. 548. De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2668; DE GREGORIO, Contratto di edizione, nº 42; PIOLA CASELLI, diritto di autore, nº 327.

(nota 9) Sostiene que el contrato de edición es siempre civil CARVALHO DE MENDONÇA, Contratos no direito civil brasileiro, t. 2, nº 246.

(nota 10) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2656, nota 9 a); LAFAILLE, Contratos, t. 2, nº 499; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 863; MORDEGLIA, Contrato de edición, nº 47; PIOLA CASELLI, Diritto di autore, nº 318.

(nota 11) REZZÓNICO, loc. cit. en nota anterior, nota 39.

(nota 12) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2657, nota 10 a).

(nota 13) De acuerdo: MOUCHET y RADAELLI, Derechos intelectuales, t. 2, ps. 17 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 3, nº 575; DE GREGORIO, Contratto di edizione, nº 88.

(nota 14) RAULT, Contrat d'édition, p. 242; DE GREGORIO Contratto di edizione, nº 88.

(nota 15) MOUCHET y RADAELLI, Derechos intelectuales, t. 2, p. 8; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 3, nº 575; LAUTERBOURG, Contrat d'édition, ps. 44 y sigs.

(nota 16) De acuerdo: PARDESSUS, Droit commercial, t. 2, nº 106; POUILLET, Proprieté literaire at artistique, nº 297. En contra: LAUTERBOURG, Contrat d'édition, p. 238, quien reconoce el derecho de corregir y modificar (no el de destruir) también a los herederos.

(nota 17) De acuerdo en lo que atañe al derecho del autor de firmar los ejemplares, DE GREGORIO Contratto di edizione, nº 91; FUBINI, Foro italiano, 1906, 1, p. 1209.

(nota 18) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2657 y su anotador ACUÑA ANZORENA; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, . 867; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4181; RAULT, Contrat d'édition, ps. 321 y sigs.

(nota 19) MORDEGLIA, Contrato de edición, nº 38; DE GREGORIO, Contratto di edizione, nº 96.

(nota 20) MORDEGLIA, Contrato de edición, nº 64.

(nota 21) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2668.

(nota 22) De acuerdo: PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 11, nº 925. En contra: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2668, nota 19. BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, sostienen que el autor puede ser obligado a entregar la obra terminada, pero luego reconocen que si no está concluida o si está descontento de ella, no corresponde forzarlo a la entrega (Louage, t. 2, nº 4187 ter.). Semejante es la opinión de RAULT, Contrat d'édition, p. 238.

(nota 23) REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 859; MORDEGLIA, Contrato de edición, núms. 27 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - HAMEL, t. 10, nº 330; HUARD, Des contrats entre les auteurs et les éditeurs, nº 88. Es también la solución del art. 381, Cód. suizo de las obligaciones.

(nota 24) C. Civil 2ª Cap., 18/11/1941, G.F., t. 155, p. 137 y autores citados en nota anterior.

(nota 25) Autores citados en nota 2067.

(nota 26) C. Civil 2ª Cap., 18/11/1941, G.F., t. 155, p. 137.

(nota 27) RAULT, Contrat d'édition, nº 32.

(nota 28) MORDEGLIA, Contrato de edición, nº 32.

(nota 29) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2660; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 861; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. 10, nº 330; RAULT, Contrat d'édition, p. 240.

(nota 30) De acuerdo: DE GREGORIO, Contratto di edizione, nº 79; HUARD, Des contrats entre les auteurs et les éditeurs, nº 93.

(nota 31) C. Civil 2ª Cap., 20/7/1943, L.L., t. 31, p. 598 y J.A., 1943-III, p. 584; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2660, nota 11; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 862; HUARD, Des contrats entre les auteurs et les éditeurs, nº 92; DE GREGORIO, Contratto di edizione, nº 86.

(nota 32) MORDEGLIA, Contrato de edición, nº 63; RAULT, Contrat d'édition, p. 278; LAUTERBOURG, Contrat d'édition, p. 225; DE GREGORIO, Contratto di edizione, nº 86; PIOLA CASELL, Diritto di autores, nº 335.

(nota 33) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2660.

(nota 34) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2660; MORDEGLIA, Contratto di edizione, núms. 51 y 54; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 865; HUARD, Les contrats entre les auteurs et les éditeurs, nº 96; DE GREGORIO, Contratto di edizione, nº 86.

(nota 35) C. Com. Cap., 15/7/1946, G.F., t. 183, p. 224.

(nota 36) LAUTERBOURG, Contrat d'édition, ps. 225 y sigs.

(nota 37) DE GREGORIO, Contratto di edizione, nº 83.

(nota 38) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2660; RAULT, Contrat

d'édition, p. 278; es la solución del Código suizo, art. 384 y brasileño, art. 1358.

(nota 39) REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, ps. 867 y sigs.; LAFAILLE, t. 2, nº 509; también parece ser ésta la opinión de ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2664, nota 16. El Código suizo dice expresamente que la responsabilidad del editor subsiste aun en caso de pérdida por caso fortuito.

(nota 40) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2664.

(nota 41) C. Com. Cap., 5/9/1946, L.L., t. 44, p. 503 y J.A., 1946-IV, p. 429. En contra: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2664, quien expresa que la indemnización sólo debe cubrir los daños referidos a la edición contratada. REZZÓNICO se expresa dubitativamente (Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 869).

(nota 42) Fallo citado en nota anterior.

(nota 43) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2663, nota 16; LAFAILLE, Contratos, t. 2, nº 509; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 868; MORDEGLIA, El contrato de edición, p. 102.

(nota 44) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4184.

(nota 45) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2668; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 871.

(nota 46) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2672, nota 22 a); LAFAILLE, t. 2, nº 507. Es la solución de la ley italiana, art. 43, que sin embargo, deja a salvo la hipótesis de que el autor hubiera expresado su voluntad de que no se publique la obra si no se cumple íntegramente.

(nota 47) En contra, ACUÑA ANZORENA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 48) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2672; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 872; LAFAILLE, Contratos, t. 2, nº 507.

(nota 49) LAUTERBOURG, Contrat d'édition, p. 280; DE GREGORIO, Contratto di edizione, nº 99.

(nota 50) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2673, nota 23 a); REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 872; LAFAILLE, Contratos, t. 2, nº 507; MORDEGLIA, El contrato de edición, p. 106.

§ 2.— Contrato de representación pública (ver nota 1)

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013270
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013270

1110/13270

A.— GENERALIDADES

1110/1245

1245. CONCEPTO.— Según el art. 45 , ley 11723, hay contrato de representación cuando el autor o sus derechohabientes entregan a un tercero o empresario y éste acepta una obra teatral para su representación pública. Aunque esta disposición sólo alude a la representación teatral, más adelante la misma ley dice que se considera representación o ejecución pública la transmisión radiotelefónica, exhibición cinematográfica, televisión o cualquier otro procedimiento de reproducción mecánica de toda obra literaria o artística (art. 50).

Como el de edición, este contrato suele asumir distintas modalidades. La más frecuente es que el autor reciba una participación en los ingresos obtenidos; otras veces, el empresario adquiere los derechos de representación por una suma fija. Finalmente, no es imposible concebir que el autor se avenga a no recibir retribución alguna y aun que afronte los gastos de una representación gratuita.

1110/1246

1246. NATURALEZA JURÍDICA.— La similitud de los contratos de edición y de representación es evidente. Ambos son medios de hacer trascender públicamente una obra literaria, artística o científica, en un caso utilizando la reproducción impresa, en el otro la visual y auditiva directa. No es extraño pues que se haya reproducido aquí la misma controversia con relación a la naturaleza jurídica, controversia en la que nosotros hemos asumido posición afirmando que se trata de un contrato peculiar no asimilable a ninguna de las figuras románicas clásicas (véase nº 1221).

1110/1247

1247. FORMACIÓN DEL CONTRATO.— La ley no contiene normas especiales con relación a forma y prueba. Se trata de un contrato consensual, que puede probarse de acuerdo a lo establecido en los arts. 1191 y siguientes.

Sin embargo, en lo que atañe al proceso de formación del contrato, la ley 11723 contiene una disposición especial según la cual tratándose de obras inéditas que el tercero o empresario debe hacer representar por primera vez, deberá dar recibo de ella al autor o sus derechohabientes y les manifestará dentro de los treinta días de su presentación si es o no aceptada (art. 46).

Aunque el empresario no haya dado recibo, el autor puede demostrar la entrega de los originales por cualquier otro medio (ver nota 2). Pero el recibo es de gran utilidad práctica no sólo porque elimina el problema de la prueba, sino también porque fija con precisión el comienzo del plazo de treinta días con que cuenta el empresario para aceptar o no la obra.

¿Qué ocurre si vence el plazo aludido sin que el empresario se haya pronunciado por la aceptación o rechazo? Es indudable que la obra debe tenerse por aceptada, de conformidad con la regla del art. 919 según el cual el silencio importa una manifestación de voluntad cuando haya una obligación de manifestarse de acuerdo con la ley.

¿Puede el autor retractar su oferta durante al plazo de treinta días, supuesto que el empresario no se haya pronunciado todavía? Algunos autores se pronuncian por la negativa, sosteniendo que dicho plazo ha sido establecido por la ley en favor del empresario (ver nota 3). No lo creemos así. Mientras no haya aceptación no hay contrato y por lo tanto el proponente puede retirar su oferta (art. 1150). El argumento de que el plazo de un mes es un derecho que la ley confiere al empresario para aceptar o no la obra, no resulta convincente. El significado de este plazo es que a su vencimiento la obra se tiene por aceptada; en otras palabras, antes de su vencimiento el empresario puede aceptarla o rechazarla; luego de producido, carece ya de opción. Pero ninguna disposición legal atribuye el carácter de una oferta irrevocable a la entrega de los originales por el autor.

1110/1248

1248.— Supongamos ahora que el empresario hubiera guardado silencio, lo que supone una aceptación tácita de la obra. Quedan sin embargo por especificar las restantes condiciones del contrato: retribución al autor, lugar de exhibición, artistas que han de intervenir, etcétera. A falta de contrato, todo ello debe ser resuelto por los jueces según las circunstancias del caso. Así, por ejemplo, a los efectos de la retribución se tendrá en cuenta la costumbre del lugar y muy especialmente lo que el empresario paga a otros autores; en cuanto a la exhibición, debe entenderse que se hará en la sala o estación transmisora del empresario, que si tiene varias puede optar por cualquiera de ellas; en cuanto a los intérpretes, deben ser de la jerarquía de los que acostumbra usar el empresario en sus otros espectáculos. En nuestro sistema legal, la falta de cualquiera de estas condiciones no invalida el contrato. La solución nos parece poco prudente; en su afán de proteger al autor la ley ha ido demasiado lejos. Difícilmente puede hablarse de un acuerdo de voluntades

cuando no se convino el precio, el modo y lugar de exhibición, etcétera. Si lo que se quería era evitar que el empresario retuviera indebidamente la obra por largo tiempo, hubiera sido simple aplicar un sistema de multas progresivas u otra medida compulsiva, sin llegar a tener por celebrado un contrato en contra de la realidad, pues lo cierto es que no ha existido consentimiento.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013280
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013280

1110/13280

B.— EFECTOS DEL CONTRATO

1.— Derechos y obligaciones del autor.

1110/1249

1249. DERECHOS.— Los derechos del autor son los siguientes:

a) Hacer representar la obra, respetando los originales.

b) Introducir en ella las reformas, modificaciones y supresiones que estimara conveniente, salvo el derecho del empresario de reclamar indemnización por los mayores gastos que esta intervención le signifique. Todo ello es consecuencia de su derecho moral de autor y son aplicables al caso las soluciones estudiadas con motivo del contrato de edición (véase nº 1227).

Se reconoce también al autor el derecho de intervenir en los ensayos (ver nota 4); y esta colaboración entre el autor y el empresario suele ser fecunda. En caso de divergencias sobre la forma de llevar a escena una obra, los derechos del autor deben considerarse limitados a la modificación de los textos originales, en tanto que con relación a la puesta en escena debe primar el criterio del empresario (generalmente ejercido a través del director) (ver nota 5), salvo que lo contrario haya sido establecido en el contrato.

c) Recibir la retribución acordada o en su defecto, la que fije el juez según la costumbre.

d) Entrar libremente al teatro o local donde se representa la obra (ver nota 6), única manera de controlar la fidelidad de la versión. No cuenta con este derecho en la representación por radio o televisión, desde que el contralor de la emisión puede ser hecho desde el exterior.

1110/1250

1250. OBLIGACIONES.— El autor tiene las siguientes obligaciones:

a) Entregar la obra prometida.

b) Asegurar al empresario el disfrute de la obra; esto importa la garantía de autenticidad y el deber de indemnizar al empresario por las consecuencias de toda reclamación de terceros fundada en este motivo. Remitimos sobre el punto a lo que dijéramos con motivo del contrato de edición (nº 1229, b).

Esta obligación lleva implícita la de abstenerse de hacer representar la misma obra por un tercero (art. 49), sea en otro teatro, sea por radio o televisión, pues es evidente el perjuicio que puede resultar para el empresario. En cambio nada se opone a que el autor edite la obra, pues se trata de medios de difusión que no se hacen competencia entre sí (ver nota 7).

c) Prestar la colaboración necesaria para los ensayos (ver nota 8).

2.— Derechos y obligaciones del empresario.

1110/1251

1251. DERECHOS.— El empresario tiene los siguientes derechos:

a) Representar la obra ajustándose a los originales; salvo que el contrato hubiera establecido lo contrario, le corresponde a él elegir los intérpretes, poner en escena la obra, elegir la fecha del estreno, siempre que no la postergue más de un año (art. 46).

b) Percibir el importe de las entradas si se tratara de un espectáculo teatral o cinematográfico, con la obligación de entregar al autor la retribución convenida.

1110/1252

1252. OBLIGACIONES.— Pesan sobre el empresario estas obligaciones.

a) Representar la obra en la época convenida. Si no hubiere fecha de estreno convenida, se entiende que no podrá demorarse más de un año contado a partir de la presentación de los originales por el autor, bajo pena, en caso de demora, de pagar al autor una indemnización equivalente a la regalía de autor correspondiente a veinte representaciones (art. 46 , ley 11723). Si no se hubiere fijado término a las representaciones, debe entenderse que el empresario está obligado a mantener la obra en cartel en tanto lo justifique económicamente la afluencia de público. Y aunque se hubiere fijado plazo, éste caduca si el desinterés del público es tan manifiesto que no podría continuar la representación sin grave quebranto para el empresario (véase nº 1256). No habrá responsabilidad del empresario si la obra ha debido suspenderse o dejarse de representar por fuerza mayor, tal como un incendio que destruyera el teatro o la prohibición de las autoridades (ver nota 9).

b) Pagar al autor o sus derechohabientes la retribución estipulada y en defecto de

estipulación, la corriente en el lugar para ese tipo de obra (ver nota 10). Será un elemento de juicio generalmente decisivo la retribución que el empresario acostumbre pagar a otros autores. Si la retribución consiste en un porcentaje de los ingresos, el autor puede exigir rendición de cuentas.

c) Finalmente, el empresario es responsable por la destrucción parcial o total de la obra ocurrida por su culpa o dolo, como también de que se reprodujera o representare sin autorización del autor (art. 48). Desde luego, debe mediar culpa o dolo del empresario; la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor no le es imputable. Destruida la obra en poder del empresario, corre por cuenta de éste la prueba de la fuerza mayor.

La indemnización se fijará de acuerdo con los principios que hemos estudiado en otro lugar (nº 1233).

3.— Cesión del contrato

1110/1253

1253. EL PRINCIPIO.— Salvo autorizaciones del autor, el empresario no puede ceder el contrato a otra empresa, ni hacer representar la obra por ella (art. 47 , ley 11723). Se explica que así sea porque la elección del empresario (que lleva consigo el prestigio de su nombre, la importancia de su sala, la calidad de los intérpretes que trabajan con él) es generalmente determinante para el autor.

Tanto menos podrá el empresario sacar de la obra más copias que las que sean indispensables, venderlas o locarlas sin permiso del autor (art. citado). El único derecho que el contrato le ha conferido es el de representar la obra; sacar copia de los originales y venderlos o aun donarlos o prestarlos gratuitamente importaría invadir facultades propias del autor, cuyo derecho intelectual, en su aspecto económico, se traduce precisamente en un monopolio de explotación (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 755).

1110/1254

1254.— En cuanto al autor que ha prometido al empresario la entrega de una obra todavía no escrita o no terminada, es obvio que no puede ceder el contrato, pues se trata de obligaciones contraídas intuitu personae. Pero una vez entregada la obra, consideramos que nada se opone a la cesión del contrato, sin perjuicio de que mientras el empresario no desobligue al autor, éste seguirá respondiendo por su obligación de garantizar la autenticidad y originalidad de la obra y de abstenerse de todo acto personal que pueda perturbar el disfrute de ella por el empresario.

1110/1255

1255. RETRANSMISIÓN DE LA OBRA.— Frente a los intérpretes, el empresario está

autorizado a retransmitir la obra representada en una sala pública por radio o televisión (art. 56); pero no lo está frente al autor, de cuyo consentimiento no puede prescindir, bajo pena de incurrir en la indemnización de los daños (arts. 48 y 56 , ley 11723). Es justo que así sea, pues dicha reproducción puede significar una importante merma de público, con el consiguiente perjuicio para los intereses del autor. Cabe notar que el autor tiene derecho a oponerse a la reproducción no sólo en el caso de que su retribución se haya pactado sobre la base de un porcentaje de la venta de entradas, sino también cuando se ha establecido una cantidad fija; aun en este supuesto el perjuicio patrimonial del autor es evidente, pues concluido el contrato de representación en una sala pública (no antes: véase nº 1250) el autor podría hacerla representar por radio o televisión y evidentemente habría menor interés por su obra si ya antes hubiera sido irradiada.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013290
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013290

1110/13290

C.— FIN DEL CONTRATO

1110/1256

1256. APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL CONTRATO DE EDICIÓN.— A falta de disposiciones legales sobre este tema, deberán aplicarse las reglas relativas al contrato de edición (ver nota 11), cuya similitud con el de representación pública ya hemos destacado (nº 1246). Hay, sin embargo, algunas diferencias y situaciones peculiares que es necesario señalar.

a) En el contrato de representación, la persona del empresario tiene una importancia notoria; en principio debe entenderse que ella ha sido determinante del consentimiento del autor. Por consiguiente, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de edición, opinamos que la muerte o incapacidad del empresario autoriza al autor a rescindir el contrato siempre que la obra todavía no hubiera sido puesta en escena; en cambio, si la obra ya se estuviera representando y los herederos aseguran que seguirá en la misma sala y con los mismos intérpretes, no podría ya el autor alegar interés legítimo suficiente como para rescindir el contrato.

b) Si el contrato de representación no tuviere plazo fijado, debe entenderse que la obra se mantendrá en la sala mientras haya interés del público razonable. Y aunque hubiera plazo fijado, el empresario debe considerarse autorizado a tener por concluido el contrato antes de su vencimiento si el desinterés del público es manifiesto, pues no podría mantenerse la obra en cartelera sin grave quebranto (ver nota 12).

1110/1257

1257.— Ya antes de la sanción de la ley 17711 <>se admitía que el pacto comisorio es tácito en este contrato, puesto que el empresario es comerciante, lo que hacía de aplicación los arts. 7º y 216 , Código de Comercio. Esta solución ha quedado ratificada por la modificación al art. 1204 , Código Civil, que ha reproducido el texto del citado art. 216 , Código de Comercio.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013300
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013300

1110/13300

D.— EL CONTRATO CON LOS INTÉRPRETES

1110/1258

1258. NATURALEZA JURÍDICA; PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL INTÉRPRETE. — La representación pública de una obra teatral, cinematográfica, radiofónica, musical, etcétera, se lleva a cabo por intérpretes cuyo aporte a la creación artística, a la difusión de la obra y a su éxito económico suele ser a veces decisivo. Hemos estudiado en otro lugar la naturaleza del contrato que liga al artista con el empresario (nº 981). Ahora nos ocuparemos de la protección que la ley le confiere.

El empresario no está autorizado para difundir por medios distintos de los que prevé el contrato, la interpretación de una obra literaria o musical. Cuando esa difusión se ha hecho por cualquier medio (discos, película, cinta o hilos grabadores) con o sin el conocimiento del intérprete, éste tiene derecho a una retribución que, a falta de acuerdo, se fijará en juicio sumario (art. 56 , ley 11723). Para que haya lugar a indemnización, es necesario que la reproducción haya tenido carácter público (salas de espectáculos, confiterías, clubes, salones de baile, etc.); la reproducción privada no genera ningún derecho para el intérprete. Más aún, el intérprete de una obra literaria o musical está autorizado a oponerse a la divulgación de su interpretación cuando la reproducción sea hecha en forma tal que pueda producir grave e injusto perjuicio a sus intereses artísticos (art. 56 , ley 11723). Si la ejecución ha sido hecha por un coro o una orquesta, el derecho de oposición corresponde al director (art. citado).

Pero si se trata de una obra ejecutada o representada en una sala pública puede ser difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía o la televisión, con el solo consentimiento del empresario organizador del espectáculo (art. 56 , ley 11723). Dos aclaraciones conviene formular: a) la primera, que esta norma sólo establece el derecho del empresario de retransmitir la pieza artística o musical sin autorización del intérprete, pero no excluye el derecho de éste a una participación en los beneficios que obtenga el empresario por dicha retransmisión no prevista en el contrato; b) la segunda, que si el intérprete carece de derecho de oponerse a la retransmisión, en cambio lo tiene el autor. En

efecto, el art. 56 deja expresamente a salvo los derechos de éste y el art. 48 dispone que si la retransmisión se hiciere sin autorización del autor el empresario deberá indemnizar los daños y perjuicios causados.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, ps. 879 y sigs.; SALVAT, Contratos, t. 3, núms. 2674 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. II, nº 969.

(nota 2) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2678.

(nota 3) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2679; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 876.

(nota 4) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2685, nota 32 a).

(nota 5) En contra, PLANIOL - RIPERT - ROUAST, quienes sostienen que corresponde al autor la distribución de los poderes entre los artistas, el derecho de dirigir los ensayos y el de decidir si la obra está lista para la representación (t. II, nº 969).

(nota 6) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. II, nº 969.

(nota 7) REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 877.

(nota 8) PIOLA CASELLI, Diritto di autore, nº 325.

(nota 9) REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 877; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2681, nota 29; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4189.

(nota 10) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2684; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 877.

(nota 11) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2690; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 879.

(nota 12) REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 879; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4189 bis.

§ 3.— Contrato de espectáculo (ver nota 1)

1110/1259

1259. CONCEPTO.— Se llama contrato de espectáculo el que se celebra entre el empresario de un espectáculo público (cine, teatro, conferencias, circos, juegos deportivos, etc.) y el espectador. Es un contrato de adhesión en el que todas las condiciones son fijadas por el empresario.

Generalmente se refiere a un solo espectáculo; pero también se acostumbra contratar el abono a una serie de representaciones o un ciclo de conferencias o conciertos. Puede considerarse ya desaparecida una modalidad antes bastante frecuente, por la cual el propietario de un teatro "vendía" a perpetuidad algunas localidades o las "alquilaba" por un tiempo fijo.

1110/1260

1260. NATURALEZA JURÍDICA.— Las modalidades tan diferentes de este contrato, han motivado dudas acerca de su naturaleza.

a) Según una primera opinión, se trataría de un contrato de locación: el empresario alquila un palco, platea, asiento, a cambio de un precio en dinero (ver nota 2). Pero muy frecuentemente el espectador no tiene lugar designado; se ubica donde quiere o puede. Mal puede hablarse de locación de una cosa. La conclusión no varía por más que la entrada asegure un lugar determinado, porque en definitiva el objeto del contrato no es el uso de ese lugar sino el goce del espectáculo, para cuyo fin el asiento que se reserva es sólo un medio. Tampoco varía la naturaleza del contrato por la circunstancia de que se trate de un abono a varias funciones, ni porque se asegure al espectador el goce de la platea o palco durante un tiempo determinado, cualquiera sea la cantidad y calidad de espectáculos ofrecidos, modalidad ésta que hoy tiende a desaparecer (ver nota 3).

b) Mucho menos puede considerarse este contrato como una venta y el derecho del espectador como propiedad. A fines del siglo pasado se utilizó la llamada "venta" de localidades para facilitar la financiación de teatros y más recientemente la han puesto en práctica algunos clubes deportivos para construir sus estadios. Algunos fallos reconocieron la existencia de un derecho de propiedad (ver nota 4); otros lo negaron, declarando que sólo se trata de un derecho de uso (ver nota 5).

c) Por nuestra parte pensamos que se trata de un contrato de obra: el empresario promete un resultado (el espectáculo) a cambio de un precio en dinero. Ésta es la teoría hoy dominante (ver nota 6).

1110/1261

1261. FORMA Y PRUEBA.— El contrato queda formalizado con la adquisición de la entrada o billete, que es también el instrumento que sirve de prueba de su celebración. Habitualmente no indica sino el nombre de la empresa, la fecha y el número de localidad o categoría del lugar asegurado. A veces consta también el precio de la localidad, el espectáculo que se ofrece y hora de comienzo. Las demás condiciones están fijadas en los anuncios públicos (programas, carteles murales, propaganda). Todo ello constituye una oferta pública que queda aceptada por la adquisición de la entrada. Salvo excepciones, ésta no lleva la firma del empresario ni menos del espectador.

1110/1262

1262. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ESPECTADOR.— El espectador tiene derecho a presenciar el espectáculo ofrecido en forma completa, sin cortes u omisiones; si la localidad le asegura un asiento o palco determinado, puede exigir que se lo ubique en ese lugar. Puede también ceder o transferir la entrada en favor de un tercero, pues salvo estipulación en contrario, la entrada es un verdadero título al portador (ver nota 7).

Está obligado a respetar las condiciones impuestas por el empresario en cuanto a indumentaria (ver nota 8); debe conducirse de modo de no molestar ni obstaculizar el goce del espectáculo por sus vecinos. Debe abstenerse de perturbar la representación con conversaciones, ruidos, silbidos o desórdenes. De lo contrario, el empresario puede expulsarlo de la sala (ver nota 9). Pero, como lo hacen notar PLANIOL y RIPERT, un uso inmemorial autoriza a los espectadores a manifestar su satisfacción por medio de aplausos y su disgusto por silbidos, debiendo considerarse libres tales manifestaciones una vez que el espectáculo ha concluido. (ver nota 10)

1110/1263

1263. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO.— El empresario tiene derecho al pago de la entrada; puede exigir que el espectador respete sus reglamentaciones sobre la indumentaria (en algunos espectáculos la etiqueta es de rigor; de lo contrario basta con una indumentaria correcta) y no moleste a sus vecinos ni perturbe el espectáculo.

En principio el empresario tiene derecho a rehusar la venta de entradas a quien quiera, por aplicación del principio de la libertad contractual, a menos que se trate de un monopolio concedido por el Estado por razones de interés general, en cuyo caso sólo podrá rehusar la admisión por justa causa (ver nota 11).

Está obligado a proporcionar el espectáculo prometido, sin alteraciones ni cortes; a que actúen los intérpretes anunciados si se trata de figuras estelares, pero en cambio está autorizado a cambiar sin previo aviso los artistas de segundo orden (ver nota 12). En consecuencia debe devolver el importe de las localidades si el espectáculo se frustra aunque sea por fuerza mayor (ver nota 13) (por ej., un partido de fútbol que no puede jugarse por causa de lluvia) como también en el caso de que el empresario se haya visto obligado a sustituir a uno de los intérpretes principales aunque sea por fuerza mayor, como sería el

caso de una enfermedad (ver nota 14).

Está obligado a reservar al espectador el asiento designado en la entrada; si no hubiera lugar fijo, debe de cualquier modo asegurarle la posibilidad de gozar del espectáculo.

Si tiene guardarropa y recibe prendas u otros objetos, asume respecto de ellos la obligación del depositario (ver nota 15), sin que pueda excusar su responsabilidad aduciendo que la explotación de la guardarropía ha sido concedida a un tercero, pues el espectador entiende contratar con el empresario y no con un tercero.

Finalmente, es responsable de los daños sufridos por el espectador con ocasión del espectáculo (véase nº 1264).

1110/1264

1264-1265. RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS OCURRIDOS CON MOTIVO DEL ESPECTÁCULO.— Los espectáculos públicos constituyen en nuestros días una frecuente fuente de riesgos para los espectadores. Particularmente las carreras de automóviles dejan a menudo un saldo trágico; también ocurren derrumbes de gradas que no han resistido el paso de la multitud, incendios en teatros, estadios, etcétera. La empresa organizadora es responsable por los daños y perjuicios. Pero cabe preguntarse si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual. Nuestros tribunales se han inclinado, a nuestro juicio con razón, a considerar que hay una responsabilidad acumulada: contractual, porque en el contrato de espectáculo debe considerarse incluida una obligación de garantía, de conformidad con el art. 512 según el cual la culpa del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondieren a las circunstancias de persona, tiempo y lugar; cuasidelictual, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 1109 y 1113 y porque al organizar el espectáculo ha creado un riesgo del que debe responder (ver nota 16). Esta solución permite una amplia protección del espectador, para el cual significa las siguientes ventajas: a) si el contrato tuviera una cláusula de irresponsabilidad en favor del empresario, el espectador puede de cualquier modo demandar el resarcimiento en base a los arts. 1109 y 1113 ; b) si la acción cuasidelictual estuviera prescripta por transcurso del plazo de dos años desde el día del hecho el espectador puede todavía ejercer la acción emanada del contrato que cuenta con una prescripción decenal.

El empresario sólo se exime de responsabilidad probando que el daño se originó en una fuerza mayor o en culpa de la víctima (ver nota 17). Respecto de los espectáculos deportivos, la ley 23184, art. 33 <>, estableció la responsabilidad del club o empresa, salvo culpa de la víctima; pero no las exime la culpa de un tercero.

Con tanta mayor razón será responsable el empresario de un parque de diversiones por las lesiones sufridas por un espectador en uno de los juegos; no lo exime de responsabilidad la circunstancia de que mediara una concausa imputable a terceros si no adoptó suficientes medidas de seguridad para evitar el accidente (ver nota 18), puesto que su responsabilidad surge del riesgo creado con su empresa.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, ps. 879 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. II, núms. 970 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, núms. 4129 y sigs.

(nota 2) En ese sentido: HUC, t. 10, nº 274. PLANIOL - RIPERT - ROUAST, dicen que hay locación de cosa cuando el empresario no promete hacer nada, como ocurre en el caso de una exposición, un museo, parque, etc. (t. II, nº 970). Pero, ¿cuál es la cosa alquilada? ¿El edificio en que está la exposición, el museo o las obras de arte allí reunidas? Evidentemente el visitante no alquila ni lo uno ni lo otro.

(nota 3) En un fallo de la antigua C. Civil 1ª de la Capital, se atribuía al contrato el carácter de arrendamiento, pero hay que notar que se trataba de un contrato por el cual la empresa ponía un palco a disposición del arrendatario durante un cierto tiempo, cualquiera fuera el espectáculo ofrecido. El teatro Odeón había "alquilado" un palco avant-scéne al Dr. Benito Villanueva y luego, sin haber concluido su contrato, lo "alquiló" a la Sra. Adelia María Harilaos de Olmos. El tribunal condenó a la empresa a devolver el palco al Dr. Villanueva (27/5/1917, J.A., t. 1, p. 172). Hay que agregar que ni las partes ni el Tribunal pusieron en duda que se trataba de una locación.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 14/6/1920. Se trataba de dos localidades del Teatro Nuevo adquiridas en propiedad a perpetuidad a don Antonio Diéguez.

(nota 5) Así lo declaró la C. Civil 1ª Cap., 12/12/1941, L.L., t. 25, p. 739. La sentencia alude a un palco del Teatro Argentino de la Plata, adquirido "en propiedad" por don Guillermo Dillon y vendido por él a don Antonio Falabella.

(nota 6) SPOTA, Locación de obra, t. 1, nº 92; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, nº 881; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4129.

(nota 7) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. II, nº 971; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4132.

(nota 8) REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 883; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. II, nº 972.

(nota 9) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4131.

(nota 10) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. II, nº 973.

(nota 11) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Louage, t. 2, nº 4131.

(nota 12) REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 882; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. II, nº 972, texto y nota 4; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, nº 4136.

(nota 13) Autores citados en nota anterior y SPOTA, Locación de obra, 2ª ed., t. I, nº 92.

(nota 14) Autores citados en nota 2118.

(nota 15) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. II, nº 972.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 13/9/1941, L.L., t. 65, p. 338; Sala C, 2/4/1952, L.L., t. 66, p. 311; Sala D, 19/10/1956, L.L., t. 88, p. 44; Sala E, 30/10/1959, L.L., t. 99, p. 18.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala E, fallo citado en nota anterior. Pero los tribunales han apreciado con criterio rigurosamente restrictivo la eximente de culpa de la víctima. Así por ejemplo, en el caso de un menor de 16 años que en el autódromo municipal ocupó un lugar peligroso y vedado al público; se consideró que tal conducta no eximía de responsabilidad a la entidad organizadora si la actitud del menor no fue individual sino un movimiento instintivo de la multitud que ante la falta de instalaciones adecuadas trató de ubicarse en los sitios desde donde era visible la carrera (C. Civil Cap., Sala D, 19/10/1956, L.L., t. 88, p. 44).

(nota 18) C. Civil Cap., Sala B, 10/12/1959, L.L., t. 98, p. 732, 4632-S. En el caso se trataba de un espectador que fue empujado por otros.
(TRATADO DE DERECHO CIVIL - OBLIGACIONES - Tomo II)
§ 4.— Contrato de publicidad (ver nota 1)

1110/1266

1266. CONCEPTO.— Hay contrato de publicidad cuando una de las partes se compromete a hacer anuncios públicos encargados por un comitente a cambio de una retribución en dinero. En las sociedades modernas ha tomado una enorme difusión como consecuencia de dos hechos relevantes: el advenimiento de las masas como factor político y económico y el

progreso de los medios técnicos de propagación de anuncios. La publicidad permite hacer conocer productos comerciales, destacar la obra de gobierno o de otras instituciones públicas o privadas, difundir ideas, exaltar la personalidad de políticos que aspiran a una elección, etcétera.

Los medios de publicidad son muy diversos: inserción de anuncios en publicaciones y periódicos, propalación por radio, altoparlantes, televisión, carteles murales, etcétera.

El contrato puede concertarse directamente entre el comitente y la persona que hace o publica el anuncio; o bien por intermedio de un agente de publicidad. De esta última modalidad nos ocuparemos en el número 1271.

1110/1267

1267. NATURALEZA JURÍDICA.— Generalmente es un contrato de obra, en el cual el empresario se compromete a hacer una publicidad a cambio de una retribución pagada por el comitente (ver nota 2). Excepcionalmente debe reputarse que existe locación de cosa cuando se alquila un lugar determinado (por lo común una vidriera o el frente de un edificio) para realizar anuncios (ver nota 3).

1110/1268

1268. PUEDE SER CIVIL O COMERCIAL.— En la mayor parte de los casos el contrato de publicidad es comercial pues casi siempre por lo menos una de las partes (el empresario) es comerciante, lo que hace aplicable al caso el art. 7º , Código de Comercio (ver nota 4). Puede concebirse empero un contrato de publicidad civil como ocurre si un partido político o una institución pública o privada sin fines de lucro arrienda el frente de una casa para hacer propaganda o si contrata a un no comerciante para propalar por altoparlantes (ver nota 5).

1110/1269

1269. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO DE PUBLICIDAD.— El empresario está obligado a hacer los anuncios por el medio de publicidad estipulado. El texto debe difundirse completo, sin cortes ni modificaciones. Si se trata de un periódico, debe insertarse el día convenido y en la página o columna que se hubiera previsto; a falta de previsión, deberá insertarse en un lugar destacado, en el que pueda llamar la atención (ver nota 6). Si se trata de radio o televisión, deberá propalarse a la hora y día señalados.

El anuncio puede tener un valor literario, artístico o comercial y en tal caso, el comitente puede oponerse a que el empresario lo utilice para otros fines o productos. Tal es, por ejemplo, el caso de ciertas frases o slogans de notoria eficacia propagandística.

No hay inconveniente en que el empresario anuncie en forma simultánea dos productos

rivales, siempre que la yuxtaposición no se haga de mala fe o con perjuicio evidente de los anunciadores. Los periódicos que hacen anuncios conservan plena libertad para ejercer su derecho de crítica respecto de las entidades públicas o privadas que anuncian en ellos, pero no sería admisible una campaña destinada a arruinar sistemáticamente la eficacia del anuncio.

El contrato de publicidad no puede cederse (ver nota 7), pues es obvio que al anunciador no le es indiferente el vehículo de propaganda. No sería suficiente para probar la falta de perjuicio, la demostración de que el periódico al cual fue cedido el anuncio tiene igual circulación que el cedente, pues los diarios suelen tener distinta clientela, que es la que interesa al anunciador. Pero si se demuestra que el anunciador no ha podido sufrir ningún perjuicio, la cesión debe reputarse válida.

El empresario de publicidad no garantiza la eficacia de la propaganda.

1110/1270

1270. OBLIGACIONES DEL ANUNCIANTE.— La obligación esencial del anunciador es pagar el precio estipulado. A falta de estipulación, la retribución será fijada por el juez de acuerdo con la costumbre (art. 1627). Generalmente será un elemento de juicio decisivo lo que el empresario acostumbre cobrar por anuncios análogos. Si hubiere tarifas que el anunciador conocía o debía conocer, el encargo de la publicidad debe reputarse como aceptación tácita de ellas (ver nota 8).

El anunciador debe entregar oportunamente el texto o clisé del anuncio para evitar perturbaciones al empresario.

1110/1271

1271. AGENTES DE PUBLICIDAD.— Frecuentemente los anuncios se contratan por intermedio de agentes de publicidad. Éstos suelen desempeñarse en dos formas distintas: a) como representantes o comisionistas de las empresas de publicidad para quienes buscan anunciadores; b) como técnicos de propaganda, encargados de hacer una campaña publicitaria. En este último caso, proponen al anunciador la manera de encarar la publicidad, medio de hacerla, textos, frases y slogans a utilizar; aceptada la propaganda propuesta, contratan con el empresario la publicidad. En este caso, hay una locación de obra, en la que el anunciador es el comitente y el agente de publicidad el empresario; y una sublocación, en la que el agente es el comitente y el que hace la publicidad el subcontratista (ver nota 9).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, ps. 884 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. II, núms. 974 y sigs.

(nota 2) C. Com. Cap., 11/5/1949, J.A., 1949-II, p. 349 y L.L., t. 55, p. 57; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 885; PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. II, nº 974.

(nota 3) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. II, nº 974 y jurisprudencia francesa allí citada.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala B, 22/11/1957, causa 45.063 (inédita). REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 885.

(nota 5) C. Com. Cap., 20/12/1944, L.L., t. 37, p. 373.

(nota 6) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. II, nº 976.

(nota 7) De acuerdo en todo lo que se sostiene en este párrafo, PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. II, nº 976.

(nota 8) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. II, nº 978.

(nota 9) PLANIOL - RIPERT - ROUAST, t. II, nº 978.

SOCIEDAD

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013340
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013340

1110/13340

CAPITULO XXIII - SOCIEDAD (ver nota 1)

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013350
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013350

1110/13350

§ 1.— Generalidades

1110/1272

1272. CONCEPTO.— El hombre no podría satisfacer muchas de sus necesidades y apetencias sin unir sus esfuerzos con otros hombres. El fenómeno de la asociación ha alcanzado en las sociedades modernas difusión e importancia excepcionales. Nos hemos ocupado ya de él en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, núms. 643 y sigs.); ahora nos referiremos a uno de los instrumentos jurídicos —quizás el más importante — de que se valen los seres humanos para la consecución de sus fines comunes: el contrato de sociedad. Según el art. 1648 , hay sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí.

1110/1273

1273. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO CONSTITUTIVO DE LA SOCIEDAD.— Según la concepción clásica, la sociedad es un contrato. Esta concepción ha sido puesta a prueba por la doctrina moderna que preocupada sobre todo por la persona jurídica que nace del acto, ha llegado inclusive a negarle naturaleza contractual. GIERKE fue el primer expositor de esta idea; sostuvo que no es un contrato porque éste sólo puede hacer nacer relaciones jurídicas entre las partes y en nuestro caso no se trata de tales relaciones, sino de la creación de una nueva persona jurídica; es un acto colectivo constitutivo de una nueva entidad u organismo (ver nota 2). A lo que puede objetarse que también se regulan las relaciones de los socios entre sí. En posición distinta, pero igualmente negativa en cuanto a la esencia contractual de la sociedad, afirma MESSINEO que el contrato es una síntesis de voluntades que se contraponen y entrecruzan; en él las declaraciones de voluntad tienen un contenido heterogéneo y tienden a conciliar intereses no coincidentes, por lo cual producen efectos diversos para cada parte. En el acto constitutivo de la sociedad no hay nada de eso. Es un acto colectivo complejo en el que se realiza el fenómeno de la comunión de declaraciones de voluntad dispuestas paralelamente (ver nota 3). La idea, aunque brillantemente expuesta, no resulta convincente. El contrato de sociedad es también la síntesis final de intereses contrapuestos. Los futuros socios discuten la importancia de sus aportes, de su participación en los beneficios y en la administración de la sociedad. Ésta nace de la negociación, del sacrificio de ciertos intereses para lograr el reconocimiento de otras ventajas. La génesis es la misma que la de cualquier contrato. Ésta es la idea hoy predominante, si bien algunos autores sostienen la necesidad de distinguir ese acuerdo de voluntades del estatuto de la sociedad, que no tiene carácter contractual sino normativo (ver nota 4). En las sociedades civiles, sin embargo, no es posible distinguir entre el contrato y el estatuto. El contrato, a la vez que un acuerdo de voluntades, sirve de espina dorsal a la nueva entidad creada; por ello es que sus cláusulas no sólo mencionan los derechos y deberes recíprocos de los socios, sino que regulan la organización y funcionamiento de la entidad y las condiciones en que ésta puede celebrar válidamente los actos jurídicos en mira a los cuales ha sido constituida; y si el contrato lo prevé, será complementado por las normas legales supletorias, ya que tal regulación es esencial a la sociedad.

1110/1274

1274.— A diferencia de los restantes contratos conmutativos, en los que las partes intercambian prestaciones en base a intereses contrapuestos, la sociedad provoca la creación de una comunidad de bienes y de trabajo con la que se han de alcanzar fines paralelos de los socios (ver nota 5). Los socios no cambian sus prestaciones de forma que cada uno reciba la del otro, sino que las concentran o fusionan para obtener por medio de esta unión el fin común; lo que cada individuo obtiene para sí de la sociedad, no lo recibe directamente de sus socios sino de los rendimientos de la actuación y del patrimonio comunes, en forma de participación en las ganancias (ver nota 6). De ahí que ningún socio pueda exigir de otro la aportación para sí mismo sino que la reclamará para todos (ver nota 7); por ello es que aunque uno de los socios deudores incurra en mora, no pueden los otros recurrir a la exceptio non adimpleti contractus (ver nota 8).

1110/1275

1275. ELEMENTOS.— De la definición contenida en el art. 1648 , resultan los siguientes elementos del contrato de sociedad: 1) es necesario ante todo, la reunión o agrupación de dos o más personas; 2) es preciso que ellas se reúnan para lograr su fin común; 3) que ese fin consista en una utilidad apreciable en dinero; 4) finalmente, que todos los socios participen de las ganancias (y también de las pérdidas, art. 1652).

1110/1276

1276. a) Utilidad apreciable en dinero.— El Código exige como elemento esencial de la sociedad civil que tenga por fin una utilidad apreciable en dinero (art. 1648). ¿Caben dentro de este concepto las sociedades que persiguen beneficios tales como los que resultan de las cooperativas de crédito o de consumo, las sociedades de socorros mutuos, etcétera? No dejan ellas un beneficio percibido en dinero y partible entre los socios, pero hay en cambio una utilidad apreciable en dinero (consistente por lo común en un ahorro); pueden, por tanto, asumir la forma de sociedades civiles. Tal vez hubiera sido preferible no hablar de utilidad apreciable en dinero, sino de beneficio. Algunos Códigos modernos van más allá y comprenden dentro del concepto de sociedad civil toda unión de esfuerzos y recursos patrimoniales para lograr fines comunes (Cód. alemán, art. 705; suizo, art. 530; brasileño, art. 1363), que pueden ser puramente científicos; pero esta extensión del ámbito de aplicación de la sociedad civil quizá sea excesivo. Parecería más conveniente legislar por separado las asociaciones de fines no lucrativos ni económicos.

1110/1277

1277. b) Participación en las ganancias y pérdidas.— Es de la esencia del contrato de sociedad la participación de todos los socios en las pérdidas y las utilidades; si alguno de ellos no participa de unas o de otras, la sociedad es nula (art. 1652). Es claro que la nulidad del contrato como sociedad no impedirá a veces su validez como otro contrato; tal es el

caso del habilitado, que participa de las ganancias pero no de las pérdidas de una sociedad; o de los empleados a quienes el patrón les ha reconocido una participación en las ganancias.

No es indispensable, empero, que las ganancias sean proporcionales a los aportes, ni que la proporción en las pérdidas sea igual que la de las ganancias (art. 1654 , incs. 1º y 5º) (ver nota 9); es frecuente, en efecto, que a algunos de ellos se les reconozca una participación mayor que la que resultaría de su aporte económico, porque se ha comprometido a dedicarle mayor tiempo y trabajo, o porque tiene mayor experiencia en ese negocio, etcétera. Lo que sí se exige es que esa desigualdad en la forma de repartirse las ganancias obedezca a una causa seria y no constituya un modo encubierto de eludir la prohibición legal (ver nota 10); en otras palabras, los jueces podrían declarar la nulidad de la sociedad si no obstante percibir utilidades uno de los socios, éstas fueran despreciables.

¿Es válida la cláusula según la cual uno de los socios sólo percibirá ganancias en caso de que los beneficios sociales sean superiores a cierta cantidad? La cuestión nos parece dudosa, aunque la mayor parte de los tratadistas se inclinan por la afirmativa (ver nota 11); de cualquier modo, es obvio que la sociedad sería nula si el mínimo de ganancias previsto fuera tan elevado que en la práctica hiciere ilusorio el derecho a la participación en los beneficios. Debe reputarse válida la cláusula que priva a uno de los socios de su derecho a participar de las ganancias, cuando los gastos, por culpa suya, han excedido de cierta proporción o límite (ver nota 12).

No es nulo el contrato por el que uno de los socios no participaba de las utilidades anuales, si quedaba interesado en el expendio de un producto y participaba en las ganancias que arrojase la sociedad a su liquidación (ver nota 13).

1110/1278

1278. c) La affectio societatis.— ¿Constituye la affectio societatis un elemento esencial del contrato de sociedad? Así lo sostenía la doctrina clásica (ver nota 14), que la concebía como una voluntad de unión de los socios (ver nota 15); como un vínculo de simpatía y de confraternidad entre ellos (ver nota 16). Aunque a primera vista atrayente, la idea de que la affectio societatis es un elemento esencial del contrato de sociedad, carece de sentido. “Lo que no puede pretenderse —dice ARAUZ CASTEX— es que en materia de sociedad haga falta siempre que los socios se profesen algún particular sentimiento o cosa por el estilo y en los demás contratos no, porque en algún caso el juez se hallará en presencia de una comunidad en que los miembros se recelan o se odian y, sin embargo, tendrá a bien considerarla como sociedad si se han obligado cada uno con una prestación con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero que dividirán entre sí”. Y agrega: “Si la affectio societatis fuese un elemento más del contrato de sociedad, habría que ampliar ese criterio e incluir la confianza en el concepto de mandato, el amor en el de matrimonio y así en cada caso en que se requiere consentimiento” (ver nota 17). En verdad lo que une a los socios y constituye el elemento esencial de la sociedad es el fin común; si éste existe y si, además, se encuentran reunidos los restantes requisitos legales de la sociedad, ésta existirá haya o no entre los socios confianza, simpatía, amistad, animadversión, desconfianza, odio. Los autores modernos prescinden hoy de mencionar la affectio societatis como elemento de

nuestro contrato (ver nota 18).

1110/1279

1279. CARACTERES.— a) La sociedad es un contrato bilateral (o multilateral) y conmutativo. Pero se diferencia de todos los restantes contratos que también tienen estos caracteres en que no se trata de la conmutación de contraprestaciones entre partes que tienen intereses contrapuestos, sino que provoca la creación de una comunidad de bienes y de trabajo.

b) Es oneroso porque todos los socios tienen obligación de hacer sus aportes.

c) Es, en principio, consensual, porque basta el simple consentimiento para formarlo; pero este principio está sujeto a excepciones más importantes y extensas que la regla (véase nº 1305).

d) Es un contrato de gestión colectiva, porque los socios se obligan recíprocamente a propulsar mediante su cooperación, un fin común (ver nota 19).

e) Es un contrato de tracto sucesivo puesto que la situación jurídica creada es duradera.

f) Es un contrato celebrado siempre intuitu personae.

Algunos autores hacen notar que es también un contrato preparatorio en atención a que tiene por objeto crear una entidad destinada a celebrar otros contratos (ver nota 20).

1110/1280

1280. PARALELO CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.— Hemos tratado ya en otros lugares la distinción entre la sociedad y la locación de cosas (nº 603), el contrato de trabajo (nº 984), el de edición (nº 1221). Ahora trataremos de su comparación con las asociaciones, el condominio y la comunidad hereditaria.

1110/1281

1281. a) Con las asociaciones.— También en éstas hay una unión de personas que persiguen un fin común; pero en nuestro derecho positivo las sociedades tienen un fin apreciable en dinero que ha de partirse entre los socios, en tanto que las asociaciones persiguen fines no patrimoniales. Sin embargo, este criterio, bueno en general, es muchas veces insuficiente. Así, por ejemplo, una mutualidad puede asumir la forma de sociedad civil o de asociación, aunque generalmente será lo último. En tal caso habrá que recurrir a las siguientes pautas distintivas: a) Las asociaciones tienen fines de vida propio que están más allá de los intereses personales de los individuos que la integran; por ello no interesa que los miembros renuncien, mueran o se renueven; en las sociedades, la existencia de la

entidad está ligada a la de cada uno de sus componentes. b) Los socios se crean una situación personal, que puede ser distinta de la de cada uno de los restantes socios; los miembros de una asociación se someten a una situación general, única para todos. c) El contrato social puede ser modificado por voluntad de todos los socios; el estatuto de las asociaciones puede ser modificado aun en contra de la voluntad de la minoría, que debe someterse a dicha reforma (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, nº 680).

1110/1282

1282. b) Con el condominio.— El condominio crea un estado de comunidad de intereses que, como tal, presenta cierta analogía con la sociedad. Pero las diferencias son profundas. El condominio es un derecho real que se tiene sobre una cosa y que puede derivar de un contrato, de una disposición de última voluntad o de la ley; la sociedad confiere a los socios un derecho personal que sólo puede surgir de un contrato. El condominio da origen por lo general a una situación pasiva, durante la cual los condóminos sólo procuran la conservación de la cosa común a la espera de la liquidación; en cambio, como dice SALVAT, la sociedad es un estado activo de negocios y de operaciones jurídicas y económicas (ver nota 21). El condómino, salvo hipótesis excepcionales de indivisión forzosa, puede pedir en cualquier momento la división del condominio; el socio no puede pedir la disolución de la sociedad antes del plazo pactado, salvo las hipótesis de excepción de los arts. 1758, 1759 y 1764. Los socios no pueden ceder sus derechos sociales a menos que se hubieran reservado esa facultad en el contrato (art. 1673); el condómino puede siempre disponer de su parte indivisa (art. 2677).

Se ha declarado que no hay sociedad sino condominio, si varias personas compran en común un inmueble sin tener la intención inicial de lucrar con su venta posterior (ver nota 22), pero sí la hay si se hizo con el propósito de especular y repartir las ganancias (ver nota 23); no hay sociedad, sino condominio, si dos personas adquieren conjuntamente un automóvil colectivo pagando en común los gastos con excepción de la nafta, pero cobrando cada una para sí las entradas de su turno, ya que no existe una utilidad común para dividir entre los socios (ver nota 24); importa sociedad el acuerdo por el cual varias personas resolvieron comprar en común un billete de lotería, comisionando su compra a una de ellas, a quienes entregaron o prometieron entregar su parte en el precio (ver nota 25).

1110/1283

1283. c) Con la comunidad hereditaria.— La comunidad hereditaria tiene su origen en la ley; es forzosa y esencialmente transitoria; la sociedad nace de la voluntad de las partes. La primera es un procedimiento para liquidar intereses comunes; la sociedad es el instrumento que permite unirlos. A veces, sin embargo, la analogía es bastante estrecha; así ocurre cuando la comunidad hereditaria se prolonga durante un tiempo indefinido en virtud del interés de los herederos de mantener una administración común del patrimonio heredado. La mancomunidad, aunque nacida de la ley, se mantiene ahora por voluntad de los interesados, que al hacerlo, persiguen un bien común apreciable en dinero; la comunidad hereditaria, como la sociedad, determina el nacimiento de una persona jurídica (por lo

menos de conformidad con la teoría que nosotros aceptamos; véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. I, nº 507). Aun así, las diferencias son sustanciales. El poder de administrar la sociedad corresponde a todos los socios y puede ser ejercido por cada uno de ellos si el contrato no dispusiere otra cosa (art. 1676); la comunidad hereditaria es administrada por la persona que el juez designa. La sociedad crea, por voluntad de las partes, una situación permanente, de la que los socios no pueden apartarse mientras rija el plazo pactado; en tanto que los herederos pueden pedir en cualquier momento la división.

1110/1284

1284. SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES.— Las sociedades pueden ser civiles o comerciales. Estas últimas desempeñan un papel mucho más importante en la vida económica contemporánea.

Las sociedades son comerciales cuando asumen algunas de las formas típicas previstas en la ley 19550 , que legisla precisamente sobre sociedades comerciales.

La distinción interesa desde distintos puntos de vista: a) Las sociedades comerciales deben inscribirse en el Registro Público de Comercio (art. 5º , ley 19550); las civiles están exentas de tal requisito. b) Las sociedades civiles son siempre intuitu personae; las comerciales no siempre. c) Con relación a las primeras es competente la justicia civil; con respecto a las segundas, la comercial. d) En lo que se refiere a formas de constitución y a responsabilidad, las sociedades comerciales tienen un régimen legal complejo que varía según el tipo de sociedad y que difiere notablemente del que es propio de las sociedades civiles.

1110/1285

1285. PERSONERÍA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES.— Uno de los temas clásicos de discusión en nuestro derecho fue el de si las sociedades civiles tenían o no personería jurídica. Aunque la cuestión estaba ya definitivamente dilucidada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la ley 17711 <>, al modificar el art. 33 , expresamente les reconoció el carácter de personas jurídica. Pero hay que añadir que en las sociedades civiles la separación entre la entidad y los socios es menos neta y completa, que la que existe en las entidades a las cuales el Estado les otorga personería o en las sociedades comerciales en general. A diferencia de lo que ocurre en éstas, las deudas de la sociedad pesan sobre los socios (art. 1713) y la muerte de los socios pone fin a la sociedad siempre que no queden al menos dos personas vivas (arts. 1758 y 1760).

La responsabilidad impuesta a los socios por las deudas sociales, los obliga a ser prudentes en el manejo de la sociedad; no hay en nuestro caso el riesgo que suele implicar la actuación en la vida económica de corporaciones o sociedades anónimas que, liberados sus miembros de toda responsabilidad personal, se lanzan a las empresas más audaces, muchas veces en detrimento de los intereses públicos (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, nº 611). Esto explica que el Estado intervenga en la aprobación de los estatutos, en la constitución de las sociedades y en el posterior contralor de regular el

desenvolvimiento de sus actividades, nada de lo cual existe con relación a las simples sociedades civiles.

1110/1286

1286. NOMBRE DE LA SOCIEDAD.— Las sociedades pueden tener un nombre, aunque no tienen obligación de llevarlo (art. 1678); esa designación puede consistir en el nombre de uno o más socios, con o sin el aditamento "y compañía" (art. citado). Pero no pueden llevar el de una persona que no sea socio (art. 1679). La prohibición legal protege no sólo a dicha persona, cuyo buen nombre podría resultar comprometido por las actividades de la sociedad, sino también a terceros, que podrían ser inducidos a contratar por la seriedad, prestigio y solvencia de la persona cuyo nombre figura en la razón social; luego, llegado el momento de hacer efectivas las obligaciones sociales, se encontrarán con que aquella persona no es socio.

¿Qué ocurre si no obstante la prohibición legal, la sociedad utiliza el nombre de una persona no socia? Ante todo, es preciso reconocer a ésta el derecho de demandar a la sociedad para que cese de usarlo y para reclamarle los daños y perjuicios consiguientes. En cuanto a los terceros que contrataron con la sociedad, el sistema de nuestra ley no se traduce en una protección efectiva. Teóricamente tienen derecho a demandar el pago de los daños y perjuicios que el engaño les ha producido; pero para ellos no habrá daño en tanto la sociedad (y los socios subsidiariamente) puedan responder a las obligaciones contraídas; y cuando éstos hayan caído en insolvencia, de nada le valdrá al tercero la acción nacida del incumplimiento de la prohibición legal. Es claro que si a la utilización de un nombre ajeno se une una conducta engañosa suficiente como para configurar el delito de estafa entonces habrá responsabilidad penal.

Supongamos ahora que una persona tolera sin protestas que su nombre sea utilizado por la sociedad. Algunos autores sostienen que frente a los terceros debe ella ser considerada como socio y, por tanto, responsable de las obligaciones sociales (ver nota 26). No compartimos ese punto de vista. Que el titular del nombre tenga derecho a exigir la cesación en su uso, no significa que tenga también la obligación de hacerlo. A nuestro juicio, la acción de daños contra él sólo cabe cuando los terceros damnificados puedan probar que hubo una connivencia dolosa destinada a perjudicarlos. Claro es que en la práctica esta prueba será muy difícil; pero si la pasividad ha llegado a extremos que las circunstancias hacen sospechosos, el juez puede aceptar incluso la prueba de simples presunciones.

1110/1287

1287.— Sin embargo, una sociedad establecida fuera del territorio de la República, puede utilizar el nombre allí usado, aunque no sea el de los socios (art. 1679). Es una solución que se acepta por respeto del orden jurídico del país en el cual se ha establecido la sociedad. De igual modo, el nombre de una sociedad que tiene sus relaciones en lugares fuera del territorio de la República, puede ser continuado por las personas que han sucedido en esos

negocios y por sus herederos, con el conocimiento de las personas, si viven, cuyos nombres eran usados (art. 1680).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013360
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013360

1110/13360

§ 2.— Objeto

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013370
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013370

1110/13370

A.— OBJETO ILÍCITO

1110/1288

1288. REGLA GENERAL; SOCIEDADES QUE DEBEN REPUTARSE ILÍCITAS.— Las sociedades deben tener un objeto lícito (art. 1655). Es una mera aplicación de la regla general del art. 953 . Objeto de la sociedad es el género de operaciones para cuya realización se ha constituido (ver nota 27); puede referirse a un conjunto de actos u operaciones (que es lo normal) o a uno solo; tales son las sociedades accidentales.

Deben considerarse ilícitas las sociedades constituidas para hacer contrabando (ver nota 28), o para explotar casas de tolerancia (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 861), o para realizar actos de monopolio (ley 11210 <>), o para la explotación de juegos de azar prohibidos por la ley (art. 1º, ley 4097), o para el aprovechamiento del crédito o influencia de uno de los socios (art. 1650). También se han declarado ilícitas las sociedades constituidas entre un abogado y otra persona que sólo aporta la clientela, dividiéndose los honorarios ganados por aquél (ver nota 29); la constituida para hacer remates entre un martillero y otra persona que no lo es (ver nota 30).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013380
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013380

1110/13380

B.— SOCIEDADES ILÍCITAS

1.— Nulidad del contrato

1110/1289

1289. CARÁCTER DE LA NULIDAD.— Las sociedades que tienen un objeto ilícito, adolecen de nulidad absoluta, puesto que la invalidez se funda en una razón de interés público (arts. 953 , 1047 y 1048). El acto puede ser nulo o anulable; será lo primero, si la ilicitud del objeto está patente en el contrato, como ocurriría si éste dijera que la sociedad se constituye para explotar una casa de tolerancia o realizar el contrabando (hipótesis desde ya poco probable); será anulable si la ilicitud del objeto sólo resultara de una investigación de hecho (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, núms. 1253 y sigs.), como ocurrirá si de la prueba producida en autos resulta que una sociedad cuyo objeto ostensible es el de realizar operaciones de importación y exportación, en realidad se dedica al contrabando.

2.— Efectos de la nulidad

1110/1290

1290. CON RELACIÓN A LOS SOCIOS.— Según lo dispone el art. 1659 , los socios que forman sociedades ilícitas no tienen acción entre ellos para pedir la división de las ganancias o pérdidas, o los capitales o cosas que aportaron a la sociedad.

La sanción es severa; los socios carecen de toda acción recíproca no ya para reclamar una participación en las ganancias ilícitas o para pedir una contribución en las pérdidas, sino también para reclamar los aportes. La solución ha motivado reproches. Algunos autores se limitan a impugnarla en cuanto niegan acción para reclamar los aportes, afirmando que si el empleo de éstos se ha hecho imposible en razón del carácter ilícito de la sociedad, ellos permanecen sin causa en manos de quien los ha recibido y se encuentran sometidos, por tanto, a repetición (ver nota 31). Otros autores llegan más allá, concediendo acción a los socios, inclusive para reclamar participación en las ganancias pues, afirman, la inmoralidad del contrato no obliga a acrecer su inmoralidad, beneficiando sin motivo a determinados asociados en detrimento de otros (ver nota 32). A nuestro juicio, son argumentos inconvincentes. Es verdad que la negativa de toda acción, tal como la establece nuestro art. 1659 , conduce indirectamente a beneficiar a uno de los socios y que, desde este punto de vista, la solución deja que desear. Pero lo que justifica la negativa de toda acción, aun la relativa a los aportes, es otra consideración. Si una persona se asocia a otras para delinquir o para explotar la prostitución o para cualquier otro objeto análogo, debe saber por anticipado que no tendrá en caso alguno la protección del Estado. La justicia no puede estar al servicio de los delincuentes ni dirimir las cuestiones nacidas de la repartija de sucios negocios. Si uno de ellos se quedó con la parte del león, allá los demás. Que no vengan ahora a reclamar la protección de los tribunales. Que sufran el riesgo de su propia inconducta.

Nada de ello impediría, empero, abrir una acción para que el fiscal pueda reclamar los

aportes y aun las ganancias detentadas injustamente por uno de los socios, con destino al tesoro de las escuelas o establecimientos de beneficencia u otro similar, tal como ha sido propuesto en algunos proyectos de reformas (ver nota 33) (sólo con relación a las utilidades, no a los aportes).

Si tales soluciones nos parecen en principio irreprochables, no puede dejarse de considerar que en algunos casos la ilicitud del objeto puede resultar dudosa; si así fuera, si el juez estuviera persuadido de que el socio que acciona por restitución de sus aportes o por distribución de las utilidades, ha actuado de buena fe y de modo que no resulta repugnante a la moral y buenas costumbres, debe abrirse su acción. Pensamos, que contra tal solución no sería posible hacer valer el texto (por cierto bien claro) del art. 1659 , porque éste se funda en el principio de que nadie puede hacer valer su propia torpeza para accionar en justicia y en nuestro supuesto no ha mediado tal torpeza.

1110/1291

1291. RESPECTO DE TERCEROS.— Los socios no pueden alegar la existencia de la sociedad para demandar a terceros (art. 1659 in fine). Así, por ejemplo, no podrían demandar el pago de los créditos que contra ellos tuviera la sociedad. Pero si se trata de bienes que los socios han aportado a la sociedad sin desprenderse de su dominio, pueden demandar su entrega del tercero que los detenta, pues su acción no se fundará en la existencia de la sociedad sino en su derecho de propiedad (ver nota 34). Es cierto que lo mismo podría decirse respecto del aporte que uno de los socios reclama del consocio que lo detenta, no obstante lo cual la ley le niega acción de repetición (art. 1659 , 1ª parte). Pero en el supuesto que ahora consideramos, lo único que la ley prohíbe es alegar la existencia de la sociedad; por tanto, si la acción no se funda en su existencia, es procedente.

Muy distinta es la posición de los terceros de buena fe que pretenden derechos contra la sociedad; ellos podrán alegar contra los socios la existencia de la sociedad, sin que los socios les puedan oponer la nulidad de ella (art. 1660). Debe entenderse por tercero de buena fe, el que ignoraba el objeto ilícito de la sociedad. Si, en cambio, el tercero fuera de mala fe, no podrá alegar contra los socios la existencia de ella y los socios pueden oponerle la nulidad (art. 1660).

1110/1292

1292.— Los miembros de las sociedades ilícitas son solidariamente responsables de todo daño resultante de los actos ilícitos practicados en común para el fin de la sociedad (art. 1661). Esta disposición es en rigor sobreabundante, porque siempre la responsabilidad derivada de los actos ilícitos, sean delitos o cuasidelitos, es solidaria (ver nota 35). A nuestro juicio, debió imponerse la responsabilidad solidaria también respecto de los actos lícitos celebrados con terceros a nombre de la sociedad; pero respecto de ellos nada dice nuestro artículo, de tal modo que será necesario aplicar el principio general de que su obligación con relación a las deudas sociales es simplemente mancomunada (art. 1747).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013390
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013390

1110/13390

C.— ACTIVIDADES ILÍCITAS DE MIEMBROS DE SOCIEDADES LÍCITAS

1110/1293

1293. CONSECUENCIAS: FALTA DE ACCIÓN.— En los párrafos anteriores nos hemos ocupado de las sociedades con objeto ilícito. Ahora trataremos de las sociedades lícitas cuyos socios hubiesen cometido actos ilícitos obrando por la sociedad o a su nombre. Fiel al principio de que no puede admitirse la acción judicial de quien ha obrado ilícitamente, establece nuestro Código las siguientes soluciones:

a) Los socios no pueden exigir que sus coasociados les comuniquen lo que hubiesen adquirido por medios criminales o prohibidos, obrando por la sociedad o a nombre de ella (art. 1656). Esta solución no guarda coherencia con la del art. 1912 , que establece que si siendo lícito el mandato, resultasen ganancias ilícitas por abuso del mandatario, podrá el mandante exigir que se las entregue. Entre ambas soluciones (que deberán aplicarse cada una en su respectivo contrato) nos quedamos con la del art. 1656 . Nos resulta del todo repugnante a la idea moral que alguien pueda demandar en justicia la entrega de la ganancia resultante de un hecho ilícito, porque ello implica ni más ni menos, medrar con el delito.

b) La pérdida ocasionada por el dolo de alguno de los socios, aunque sean los administradores de la sociedad, no es partible entre los socios, y es personal al autor del dolo, o del acto prohibido (art. 1657). Aunque esta disposición se resiente de falta de claridad, parece indudable que alude a las pérdidas sufridas por la sociedad como consecuencia del dolo de alguno de los socios; es obvio que en tal caso, esa pérdida será soportada únicamente por el autor del hecho doloso; pero limitado a esa hipótesis, el art. 1657 es inútil, pues ya el art. 1725 establece con mayor amplitud, la responsabilidad de todo socio por los daños y perjuicios que por su culpa ocasione a la sociedad. Por lo demás, si el socio que ha cometido el hecho ilícito resultara insolvente, la pérdida deberá necesariamente recaer sobre los restantes socios, no obstante lo dispuesto por el art. 1657 , pues esta norma alude solamente a las relaciones entre los socios.

Cabe preguntarse qué ocurre si como consecuencia del dolo de uno de los socios, resultare un perjuicio para un tercero. En tal supuesto se impone la siguiente distinción: si el acto ilícito se ha realizado excediendo los poderes de administración y el mandato de que gozaba el socio, la sociedad no responde, salvo que como consecuencia del hecho se hubiera enriquecido, en cuyo caso responde hasta la medida del enriquecimiento (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, nº 698); si el dolo ha consistido en apartarse de las instrucciones que tenía de sus socios, pero actuando siempre dentro de los límites de sus atribuciones como mandatario, la sociedad responde frente al tercero (salvo su acción

de daños y perjuicios contra el socio culpable).

c) El socio que hubiese llevado a la masa común los beneficios que hubiese adquirido por medios dolosos o prohibidos, no puede obligar a sus coasociados a la restitución de lo recibido (art. 1658).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: GARO, Sociedades mercantiles, Buenos Aires; VIDELA ESCALADA, Las sociedades civiles, Buenos Aires; SALVAT, Contratos, t. 2, núms. 1266 y sigs.; MACHADO, t. 4; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. II, núms. 179 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la societé; GUILLOUARD, De la societé; GRAZIANI, Diritto della societá, Napoli, 1951; BOLAFFI, La societá semplice, Milano, 1947; MESSINEO, Tratado, t. 5, § 150 y sigs.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, ps. 403 y sigs.; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, ps. 363 y sigs.; LARENZ, Obligaciones, t. 2, ps. 389 y sigs.; ENNECCERUS-LEHMANN, Obligaciones, vol. 2, § 175 y sigs.; LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 561; VIDELA ESCALADA, Vigencia permanente de las sociedades civiles, E.D., t. 164, p. 955.

(nota 2) GIERKE, cit. por BOLAFFI, La societá semplice, p. 83.

(nota 3) MESSINEO, La struttura della societá, cit. por GRAZIANI, Diritto della societá, nº 5.

(nota 4) SCORZA, cit. por BOLAFFI, La societá semplice, p. 83. En sentido concordante: GARO, Sociedades comerciales, t. 1, nº 17.

(nota 5) PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 404.

(nota 6) LARENZ, Derecho de las obligaciones, t. 2, p. 393.

(nota 7) LARENZ, loc. cit. en nota anterior.

(nota 8) PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 405; en favor de la excepción, ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, § 173-III, quienes, empero, reconocen que la opinión contraria (concordante con la que sostenemos en el texto) es la de DERNBURG y KIPP.

(nota 9) MACHADO, t. 4, p. 458; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1275, nota 6; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. II, nº 1045; BAUDRY

LACANTINERIE y WAHL, De la societé, nº 269; AUBRY y RAU, § 377.

(nota 10) ACUÑA ANZORENA, AUBRY y RAU, PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, loc. cit. en nota anterior.

(nota 11) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1275, nota 6; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. II, nº 1045; GUILLOUARD, De la societé, nº 237; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la societé, nº 272.

(nota 12) ACUÑA ANZORENA - BAUDRY LACANTINERIE - WAHL - PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, loc. cit. en nota anterior; AUBRY y RAU, § 377; GUILLOUARD, De la societé, nº 238.

(nota 13) 1ª Ins. Cap., 16/10/1940, J.A., 1942-I, p. 416.

(nota 14) Diversos fallos de nuestros tribunales lo han admitido: C. Civil Cap., Sala B, 7/9/1953, J.A., 1954-II, p. 14; C. Com.Cap., Sala B, 22/4/1955, L.L., t. 79, p. 523; C. Fed., Cap., 6/6/1927, J.A., t. 25, p. 43; C. Apel. 1ª La Plata, 22/11/1932, J.A., t. 40, p. 269. Entre los numerosos autores que siguen esta idea, puede citarse a SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1276 y su anotador ACUÑA ANZORENA - PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. II, nº 981 (aunque sin mucho convencimiento); JOSSERAND, t. 2, vol. 2, nº 1323; HAMEL, L'affectio societatis, Revue trimestrielle, 1925, p. 761; etcétera.

(nota 15) JOSSERAND, loc. cit. en nota anterior; SALVAT, loc. cit. en nota anterior.

(nota 16) ACUÑA ANZORENA, loc. cit. en nota 2147. Es singular la vaguedad del concepto; sus sostenedores no atinan a expresar una fórmula que los satisfaga. Para el Dr. Cichero, que toma la idea de ULPIANO, la affectio societatis es de un propósito objetivo de colaboración activa e igualitaria en vista de un fin común (voto en C. Civil Cap., Sala D, 12/5/1961, L.L., t. 103, p. 399). Para GARCIA BELSUNCE es la voluntad de correr riesgos en común (nota en J.A., 1950-IV, p. 706). Poco a poco la tan manida affectio societatis deja así de ser lo que las palabras indican (afecto, simpatía, cordialidad, quizás amistad) para convertirse en una descripción de los efectos normales del contrato.

(nota 17) Voto en fallo de la C. Civil 1ª Cap., 10/4/1950, J.A., 1950-III, p. 76, al que adhirió el Tribunal. Concuerda con este párrafo: C. Apel. 1ª Bahía Blanca, 28/8/1973, E.D., t. 56, p. 595.

(nota 18) ENNECCERUS-LEHMANN, LARENZ, BOLAFFI, MESSINEO, PUIG PEÑA, PUIG BRUTAU, etc. En igual sentido véase YADAROLA, El negocio indirecto y la sociedad anónima de un solo accionista, Rev. Jurídica de Córdoba, año 1, nº 3, p. 431.

(nota 19) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 3, § 175.

(nota 20) SÁNCHEZ ROMÁN, cit. por PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 404, quien adhiere no sin reservas.

(nota 21) SALVAT, Derechos reales, t. 2, nº 1238.

(nota 22) C. Civil 1ª Cap., 7/3/1934, J.A., t. 45, p. 482.

(nota 23) C. Civil 1ª Cap., 7/5/1945, L.L., t. 38, p. 726.

(nota 24) C. Civil 1ª Cap., 10/2/1937, J.A., t. 57, p. 370.

(nota 25) C. Civil 1ª Cap., 20/5/1949, J.A., 1949-III, p. 106.

(nota 26) En este sentido: LAFAILLE, Contratos, t. 2, nº 567; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1354, nota 77 c).

(nota 27) Es el concepto general, sobre el que no hay divergencias; véase SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1305 y su comentarista ACUÑA ANZORENA; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 984; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la societé, nº 65; GUILLOUARD, Societé, núms. 42 y sigs.; JOSSERAND, t. 2, nº 984.

(nota 28) Aunque alguna vez se discutió si también debía considerarse ilícita la sociedad para realizar contrabando en un país extranjero, ésta es hoy una discusión superada por el sentimiento de la comunidad jurídica internacional y porque resulta repugnante a la moral y al buen sentido la idea de prestar protección a una sociedad constituida para cometer delitos contra un Estado extranjero (en este sentido, ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1307, nota 46 b); BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la societé, nº 77; GUILLOUARD, De la societé, nº 54).

(nota 29) C. Civil 1ª Cap., 14/8/1931, J.A., t. 36, p. 545. En el caso de un negocio aportado

a un comerciante por un tercero, la Sup. Corte Buenos Aires, 17/10/1944, J.A., 1945-I, p. 97, dijo que si el crédito o influencia aportado no es ilícito, el contrato, aunque no pueda calificarse como sociedad, es válido como contrato innominado. El fundamento dado por el tribunal no satisface: si la ley declara nulo el contrato de sociedad (art. 1650) es porque se reputa inmoral que alguien pueda lucrar con su sola influencia; la razón de la nulidad es la inmoralidad del acto, de tal modo que el contrato será siempre nulo, llámeselo sociedad o contrato innominado (art. 953). Si por el contrario, la influencia era lícita, el contrato será válido también como sociedad.

(nota 30) C. Com. Cap., Sala B, 9/12/1960, L.L., t. 102, p. 727; C. Com.Cap., 28/12/1936, L.L., t. 6, p. 660; íd., 10/11/1896, Fallos, t. 63, p. 318.

(nota 31) AUBRY y RAU, § 378; GUILLOUARD, De la societé, nº 58; COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 1180; HUC, t. 11, nº 15. Estos autores se niegan, en cambio, a reconocer acción para reclamar la participación en las utilidades.

(nota 32) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la societé, nº 92; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1006; LAURENT, t. 26, nº 166. Era también la solución de BIBILONI (art. 1972).

(nota 33) Art. 1207 del Proyecto de 1936 y art. 1153 del Anteproyecto de 1954.

(nota 34) En contra, SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1311, quien sostiene que si el capital social o las utilidades se encuentran en poder de un gerente, los socios carecerían de acción para demandarle su entrega.

(nota 35) Sin embargo, antes de la sanción de la ley 17711 <>era tema discutido si la responsabilidad derivada de los cuasidelitos era o no solidaria. Al menos en este caso del art. 1661 , la existencia de solidaridad quedaba por encima de toda discusión.

§ 3.— Formación del contrato

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013410
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013410

A.— CAPACIDAD

1110/1294

1294. CAPACIDAD DE HECHO.— En cuanto a la capacidad de hecho, se aplican los principios generales que hemos estudiado en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, núms. 475 y sigs.). Sólo merecen una referencia especial los siguientes casos:

1110/1295

1295. a) Incapaces bajo patria potestad, tutela o curatela.— Para celebrar un contrato de sociedad a nombre de sus representados, los padres, tutores o curadores necesitan autorización judicial, pues este contrato importa un acto de disposición de bienes y compromete el patrimonio del incapaz (ver nota 1); si el aporte del menor o parte de él consistiera en su trabajo personal, el padre o tutor no podría obligarlo sin su consentimiento (art. 280). Si se tratase de sociedades de industria o comercio que el incapaz sujeto a tutela o curatela hubiera heredado, el representante legal debe requerir la autorización judicial para continuar o cesar en la sociedad (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. II, nº 1093).

1110/1296

1296. b) Menores emancipados.— Conforme con el art. 135 , nueva redacción, los emancipados pueden realizar contratos de sociedad que no comprometan los bienes recibidos a título gratuito antes o después del matrimonio; en cuanto a éstos, sólo pueden comprometerlos con autorización judicial o si mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno fuera mayor de edad.

1110/1297

1297.— La autorización para ejercer el comercio, concedida a un menor, ¿lo autoriza a celebrar contratos de sociedad? La cuestión está controvertida (ver nota 2). En nuestra primera edición nos habíamos inclinado por la solución negativa, en atención al criterio severamente restrictivo de la ley civil en lo que atañe a la capacidad de los emancipados. Pero después de la reforma del art. 135 por la ley 17711 <>, creemos congruente reconocer a los menores que ejercen el comercio, autorización para celebrar contratos de sociedad, siempre que no comprometan los bienes recibidos a título gratuito. De cualquier modo, está fuera de duda que pueden asociarse a sus padres, atento lo dispuesto por el art. 12 , Código de Comercio.

1110/1298

1298. INCAPACIDADES DE DERECHO; SOCIEDADES ENTRE PADRES E HIJOS.— Los padres no pueden celebrar contrato de sociedad con sus hijos menores; el supuesto cae dentro de la prohibición general de contratar entre ellos (art. 279); por igual razón no pueden constituir una sociedad los tutores o curadores con sus pupilos o curados.

Pero la prohibición legal no alcanza a las sociedades constituidas entre padres e hijos para continuar los negocios del esposo y padre fallecido (ver nota 3). La solución se impone porque madre e hijos han venido a resultar socios de hecho como consecuencia del fallecimiento del causante; los aportes y beneficios no resultarán de una negociación (que opone los intereses de unos y otros y eventualmente podría dar lugar a que la madre se aprovechara del ejercicio de la patria potestad para obtener condiciones favorables en perjuicio de sus hijos) sino del monto de las respectivas hijuelas; no hay tampoco oposición de intereses porque la prosperidad del negocio beneficiará a todos. En tales circunstancias, mucho mayor que los riesgos que la sociedad puede significar para los menores, sería el perjuicio que resultaría de la liquidación forzosa de la sociedad de hecho. Por similares motivos se ha autorizado una sociedad entre madre e hijos para continuar el negocio que tenía el fallecido con un tercero, cuya sociedad se disolvió por la muerte de aquél y el retiro del otro socio (ver nota 4); la realización de un contrato de sociedad de madre e hijos (que vinieron a resultar socios de hecho en el negocio del padre fallecido) con un tercero (ver nota 5); la transformación de una sociedad anónima en la cual tenían acciones padres e hijos, en una nueva sociedad de responsabilidad limitada (ver nota 6).

En materia mercantil, el art. 12 , Código de Comercio, autoriza expresamente las sociedades entre padres e hijos mayores de 18 años.

1110/1299

1299. SOCIEDADES ENTRE ESPOSOS.— Aunque la cuestión está controvertida, pensamos que los esposos pueden celebrar entre sí contrato de sociedad; hemos analizado el problema en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Familia, t. I, nº 415).

1110/1300

1300. SOCIEDADES ENTRE CONCUBINOS; REMISIÓN.— Sobre el punto remitimos al Tratado de Derecho Civil, Familia, t. I, nº 63.

1110/1301

1301. NULIDAD DE LA SOCIEDAD POR INCAPACIDAD DE LOS SOCIOS.— La incapacidad de uno de los socios provoca la nulidad del contrato; esa nulidad puede ser opuesta incluso contra terceros por el representante del incapaz (ver nota 7).

La nulidad derivada de una incapacidad de hecho, sólo puede ser invocada por el incapaz (art. 1048).

Declarada la nulidad, los socios pueden reclamar del gestor o de quien posea bienes de la sociedad, la restitución de sus aportes con los acrecimientos de las ganancias obtenidas y la disminución de las pérdidas. Pero si la nulidad fuera demandada por un incapaz de hecho, éste debe ser restituido al mismo estado que si no hubiera habido sociedad, y esto aun con relación a los acreedores sociales (ver nota 8); pero tiene derecho a participar en las ganancias.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013420
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013420

1110/13420

B.— ESTIPULACIONES PROHIBIDAS

1110/1302

1302. EL ART. 1653.— Dispone el art. 1653 que serán nulas las siguientes estipulaciones:

a) Que ninguno de los socios pueda renunciar a la sociedad, o ser excluido de ella, aunque haya justa causa (inc. 1º). La primera cláusula dejaría inerme al socio frente a la mala fe o la negligencia de los demás; la segunda privaría de defensa eficaz a la sociedad frente a la mala fe o negligencia del socio. Hay, pues, un interés de orden público y de moral en invalidar tales estipulaciones.

b) Que cualquiera de los socios pueda retirar lo que tuviese en la sociedad, cuando quisiera (inc. 2º). Tal cláusula sería perturbadora para la vida social, pues los restantes socios no tendrían la posibilidad de contar con un mínimo de seguridad para el desenvolvimiento de sus actividades y negocios.

c) Que al socio o socios capitalistas se les ha de restituir sus partes con un premio designado o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias (inc. 3º). Los socios sólo pueden partir entre sí hasta el momento de la liquidación, las ganancias que hubieren obtenido. La cláusula que asegura a uno de los socios (sea capitalista o industrial) una cierta ganancia a pesar de que la sociedad tuviere pérdidas, sería leonina.

d) Asegurar al socio capitalista su capital o las ganancias eventuales (inc. 4º). Militan en el caso las mismas razones del inciso anterior. Hay que notar, empero, que el contrato podría valer como préstamo si pese a la calificación que le han dado las partes, resultara evidente que se trata de este contrato (ver nota 9). En tal caso las llamadas ganancias serían intereses y sufrirían la limitación establecida por los tribunales para la tasa que no puede ser excedida.

e) Estipular en favor del socio industrial una retribución fija por su trabajo haya o no

ganancias (inc. 5º). Pensamos, con SALVAT, que esta disposición sólo alude a las ganancias (aunque se haya empleado impropiamente la palabra retribución) y que no impide el pago de sueldos o salarios al socio industrial (ver nota 10).

1110/1303

1303.— El art. 1653 sólo sanciona con nulidad las estipulaciones aludidas y no el contrato, que conserva su validez.

1110/1304

1304. ESTIPULACIONES PERMITIDAS.— Puesto que en materia contractual rige el principio de la libertad de las convenciones, toda cláusula no prohibida debe considerarse lícita. Sin embargo, como algunos casos podrían ofrecer dudas, el codificador creyó útil declarar expresamente su validez. En este sentido, dispone el art. 1654 :

a) Son válidas las cláusulas por las cuales las ganancias se han de repartir sobre una base de igualdad, aunque los aportes sean desiguales (inc. 1º) o que dispongan que las pérdidas han de pesar sobre los socios en distinta proporción que las ganancias (inc. 5º). Es que la importancia del aporte muchas veces sólo puede ser medida por los propios socios. Así, por ejemplo, uno de ellos compensará su menor aportación en dinero con una mayor dedicación de su tiempo, o con la contribución de su experiencia o de sus vinculaciones comerciales, etcétera. Es bueno que esto sea regulado por el libre juego de las voluntades de los socios. En el fondo, éstas son cuestiones que sólo hacen al interés personal de ellos, de modo que no hay un motivo de orden público para interferir en tales estipulaciones.

b) Es lícito que cualquiera de los socios tenga derecho alternativo o a una cantidad anual determinada o a una cuota de las ganancias eventuales (inc. 2º). Lo que no se puede pactar es que uno de los socios tenga reconocida siempre una cantidad determinada (art. 1653 , incs. 3º y 5º); pero sí que cualquiera de los socios haya de percibir alternativamente una cantidad fija y un porcentaje de las ganancias, pues en este caso todos los socios se hallarán en situación de paridad.

c) Es igualmente lícito estipular que por fallecimiento de cualquiera de los socios, sus herederos sólo tengan derecho a percibir como cuota de sus ganancias una cantidad determinada o que el socio o socios sobrevivientes puedan quedarse con todo el activo social, pagando una cantidad determinada (art. 1654 , inc. 3º). Sobre este tema véase números 1490 y siguientes.

d) Es válida la cláusula por la cual, consistiendo la prestación de algún socio en el uso y goce de la cosa, la pérdida de los bienes de la sociedad queda a cargo sólo de los otros socios (inc. 4º). En verdad, se trata de una estipulación normal y razonable, desde que el aporte del socio ha consistido sólo en el uso y goce de la cosa, no en su propiedad. Su pérdida consiste en haberse privado del uso de la cosa durante el tiempo en que estuvo a disposición de la sociedad. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad eventual frente a

terceros, respecto de quienes todos los socios responden por su parte viril (véase nº 1440).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013430
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013430

1110/13430

C.— FORMA Y PRUEBA

1110/1305

1305. FORMA.— La sociedad es un contrato consensual; la ley no exige en principio ninguna formalidad, de modo tal que puede celebrarse aun verbalmente (art. 1662). Sin embargo, el Código disponía, en su redacción originaria, que si los aportes excedían de mil pesos, la sociedad debía ser hecha en escritura pública. La suma era importante cuando el Código se sancionó, pero luego perdió toda relevancia. La ley 17711 <>suprimió el límite y exige la escritura para toda sociedad (art. 1184 , inc. 3º). Hay una aparente contradicción entre el art. 1662 y el 1184 , inc. 3º. Sin embargo, el primero conserva su campo de acción con relación a la sociedad de hecho, en la que no hay instrumento escrito de ninguna naturaleza.

En cuanto a las sociedades comerciales, ellas deberán constituirse o modificarse mediante contrato otorgado por instrumento público o privado, el que deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio (arts. 4º y 5º , ley 19550).

1110/1306

1306.— De cualquier modo, la escritura pública es siempre una formalidad exigida ad probationem (art. 1185), de tal modo que no impide que la sociedad se acredite por otros medios (art. 1663).

1110/1307

1307. PRUEBA.— La prueba de la sociedad se rige por las reglas generales (art. 1662); son aplicables pues, las soluciones de los arts. 1190 y siguientes. A los efectos de la admisibilidad de la prueba testimonial, dispone el art. 1662 que el valor del contrato será el de todo el fondo social para la tasa de la ley.

Pero debe distinguirse entre la prueba del contrato en sí y la de las actividades sociales; éstos son hechos y como tales pueden acreditarse por cualquier medio, incluso testigos, cualquiera sea el valor del contrato. Esta solución se desprende claramente del art. 1663 y ha sido consagrada por la jurisprudencia (ver nota 11). Si la prueba resultara positiva, habrá

quedado demostrada la existencia de una sociedad de hecho o irregular con todos los efectos que veremos en su momento (núms. 1491 y sigs.).

1110/1308

1308. PROMESA DE SOCIEDAD.— Puede ocurrir que sin constituir actualmente la sociedad, varias personas se comprometan a constituirla en el futuro. ¿Cuáles son los efectos obligatorios de tal pacto?

a) De acuerdo con una primera opinión, el incumplimiento del promitente, sólo daría lugar a una acción de daños y perjuicios, porque la formación de la sociedad exige la voluntad de asociarse (ver nota 12); cuando el promitente no la tiene, ya no puede ser obligado a asociarse sin desnaturalizar el contrato.

b) Otros autores piensan que el promitente puede ser obligado a la prestación forzada de sus aportes (siempre, claro está, que no se trate de su trabajo personal) (ver nota 13). BAUDRY LACANTINERIE y WAHL sostienen que el fundamento de la opinión contraria es inconvincente; si el motivo por el cual el socio que se niega a cumplir su promesa sólo puede ser condenado por daños y perjuicios, es que este contrato exige la voluntad de asociarse, podría hacerse valer igual argumento para autorizarlo a retirarse en cualquier momento de la sociedad, pagando los daños (ver nota 14); en verdad, no habría razones valederas para separarse en este caso del principio de que puede exigirse el cumplimiento forzado de las prestaciones prometidas.

Aunque la cuestión es dudosa, nos inclinamos por la primera solución. Si la promesa de sociedad se ha otorgado sin llenar el requisito formal establecido por el art. 1184 , inc. 3º pensamos que el incumplimiento sólo puede dar lugar al pago de los daños y perjuicios. En efecto, esa promesa no puede tener más efectos que una sociedad irregular, en cuyo caso media no sólo una promesa de un contrato futuro, sino una sociedad actual, con aportes ya realizados. Y si en esta hipótesis los socios pueden retirarse en cualquier momento y pedir la restitución de lo que hubieren aportado (art. 1663), a fortiori cuando la sociedad no estuviere todavía constituida, debe reconocerse al socio la facultad de desligarse de su compromiso indemnizando a los otros futuros socios.

Bien entendido que nos referimos a la promesa de una sociedad futura y no al contrato celebrado con ánimo actual de constituir la sociedad, en cuyo caso es de aplicación el art. 1185 .

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013440
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013440

1110/13440

§ 4.— Los aportes

1110/1309

1309. NATURALEZA Y DISTINTAS CLASES DE APORTES.— Según el art. 1649 , los aportes de los socios pueden consistir en obligaciones de dar o en obligaciones de hacer. Se llama socio capitalista al que se obliga a dar una cosa, aunque no sea una suma de dinero; e industrial al que aporta su trabajo (art. citado). El conjunto de los bienes aportados a la sociedad es el capital social.

En principio, todas las cosas y los derechos pueden ser aportados a la sociedad: sumas de dinero u otras cosas muebles o inmuebles, créditos contra terceros, derechos de patente o invención, el nombre, la clientela, etcétera. También pueden serlo las cosas futuras (ver nota 15). Pero es nulo el contrato de sociedad cuando alguno de los socios sólo aportase su crédito o influencia, aunque se obligue a contribuir a las pérdidas, si las hubiera (art. 1650). El Código se refiere a la influencia política o amistosa u otra similar, con la cual no es legítimo ni decoroso medrar; por aplicación de esta regla, los tribunales han declarado nula la sociedad constituida entre una persona que sólo aportó su influencia para que la Municipalidad otorgara a la sociedad la construcción de una obra (ver nota 16), así como también la formada entre un abogado y quien le aporta la clientela, obligándose a repartir los honorarios (ver nota 17). En cambio, el crédito o buen nombre comercial tienen un valor económico que es lícito aportar (ver nota 18).

La ley establece la nulidad en el caso de que la influencia sea el único aporte de un socio, pero no si él aporta otra contribución. ¿Qué ocurre si en razón de esa influencia ilegítima se le reconoce una participación mayor de la que le hubiera correspondido por el solo aporte efectivo? La sociedad es desde luego válida (ver nota 19); porque las cláusulas que establecen una distribución de utilidades no proporcionadas a los aportes, son lícitas (véase nº 1304); pero si se demostrara que una cierta proporción de las utilidades correspondiera a dicha influencia, la cláusula debe reputarse nula. De lo contrario se protegería una conducta que la ley reputa inmoral.

Los aportes pueden ser heterogéneos. Nada se opone a que uno de los socios aporte un capital, otro una cosa en especie o un crédito; otro, en fin, su nombre comercial o su trabajo.

Salvo que el contrato establezca lo contrario, los aportes se presumen de igual valor.

1110/1310

1310. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y DEL USO Y GOCE; PRESUNCIÓN LEGAL.— Los bienes aportados por los socios se juzgan transferidos en propiedad a la sociedad, siempre que no conste manifiestamente que sólo se transfirió el uso y goce (art. 1703). Es una presunción legal nacida de lo que ordinariamente se entiende por aportar una cosa; si sólo se trata de su uso, el dueño se ocupará de dejarlo establecido claramente para evitar confusiones contrarias a sus intereses. Pero no es necesario que la constancia de que

sólo se transmite el uso y goce esté establecida expresamente en el contrato; basta que resulte inequívoco, sea del contrato, sea de otros documentos o antecedentes (ver nota 20).

1110/1311

1311.— No satisfecho con esta regla general, el codificador agregó otras que regulan ciertos casos particulares:

a) Pertenecen al dominio de la sociedad las prestaciones de cosas fungibles y de las no fungibles que se deterioran por el uso; y las cosas muebles o inmuebles aportadas para ser vendidas por cuenta de la sociedad o que hayan sido estimadas en el contrato social o en documentos que a éste se refieran (art. 1704). Pero hay que advertir que esta disposición es meramente interpretativa de la voluntad de las partes. Sólo en el caso de bienes aportados para ser vendidos por cuenta de la sociedad, no se concebiría que el socio hubiera reservado el dominio para sí; en las demás hipótesis, nada obsta a que el contrato deje constancia de que sólo se aporta el uso. Esta afirmación es válida aun respecto de las cosas fungibles (ver nota 21), que no siempre se consumen por el primer uso (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, núms. 782-786); en cuanto a las cosas cuyo valor ha sido estimado en el contrato o por documento aparte, tampoco hay inconveniente en que las partes convengan aportar sólo su uso, pues la valuación puede tener por objeto deslindar la responsabilidad de la sociedad o de los socios administradores si la cosa se pierde por su culpa.

b) En cambio cuando la sociedad es de capital e industria, se presume que el socio capitalista sólo ha aportado el uso y goce del capital (art. 1705). Pero como el dinero no puede usarse sin consumirse, estrictamente no es concebible que sólo se aporte su uso y no su propiedad. Lo que la ley ha querido significar es que a la liquidación de la sociedad, el capitalista tiene derecho a que se le reintegre la totalidad de su capital, sin que el industrial pueda pretender una participación en su división (ver nota 22). Lo que no obsta, claro está, a que las partes convengan otra cosa en el contrato (ver nota 23).

1110/1312

1312. APORTES EN PROPIEDAD.— La sociedad tiene el dominio de los bienes que los socios le hubieran entregado en propiedad (art. 1702). La transmisión del dominio de las cosas muebles requiere la tradición y el de las inmuebles la escritura pública y la tradición, de acuerdo con las reglas generales (ver nota 24).

Operada la transmisión del dominio, la sociedad corre con los riesgos y se beneficia con los frutos y acrecimientos de la cosa (ver nota 25). La transmisión del dominio es definitiva, en tal forma que si a la liquidación de la cosa, todavía subsistieran total o parcialmente los bienes, no podría exigir su restitución el socio que los aportó (art. 1702). En otras palabras, el socio tiene sólo un derecho personal para exigir la porción del capital social que le corresponde en la sociedad pero no un derecho real sobre los bienes aportados (ver nota 26). Esta solución se aplica aun a las sociedades de hecho (ver nota 27).

1110/1313

1313. APORTES DEL USO Y GOCE.— Cuando el aporte sólo consiste en el uso y goce de la cosa, el socio que la aportó continuará siendo propietario de ella (art. 1706). El derecho de uso que tiene la sociedad tiene carácter simplemente personal, a menos que expresamente se hubiera constituido de acuerdo con las formalidades del caso, un derecho real de uso o usufructo (ver nota 28). Es opinión general que en el supuesto común de tratarse de un derecho personal, las relaciones entre la sociedad y el socio se rigen subsidiariamente por las reglas de la locación (ver nota 29). Esta solución tiene particular importancia en todo lo referente a reparaciones y mejoras (ver nota 30). Claro está que se trata de una mera aplicación analógica; no hay aquí contrato de locación ni podría pretender la sociedad ampararse en las leyes de prórroga.

El aporte puede ser por todo el tiempo que dure la sociedad o por tiempo determinado, independiente de la vida de aquélla (ver nota 31).

1110/1314

1314. a) Riesgos y frutos.— De acuerdo con el principio res perit domine, el Código hace pesar sobre el dueño la pérdida total o parcial de la cosa (art. 1706); si la pérdida fuera total el socio quedará sin aporte y la sociedad puede disolverse (art. 1771) (ver nota 32).

En cuanto a los frutos ellos pertenecerán a la sociedad, no así los productos. Juzgamos de aplicación al caso las reglas generales establecidas para los poseedores de buena fe (arts. 2423 y sigs.). Nada impide, empero, que en el contrato se disponga lo contrario; así podría acordarse que el aportante conservará para sí los frutos y sólo aportará el mero uso; o que la sociedad hará suyos los productos, cláusula que va implícita cuando el objeto de ella fuera la explotación de una cantera o mina existente en el predio.

1110/1315

1315.— Pero si la pérdida hubiere ocurrido por culpa de alguno de los socios, éste deberá responder por los daños y perjuicios. Más aún, puede ocurrir que el culpable sea uno de los socios administradores; en tal caso responderá también la sociedad (ver nota 33).

1110/1316

1316.b) Disolución de la sociedad.— A la disolución de la sociedad, el dueño tiene derecho a reclamar la devolución de la cosa (art. 1706). Si la cosa ha sufrido deterioros, habrá que distinguir: cuando éstos han ocurrido por caso fortuito o fuerza mayor o son el resultado del desgaste natural conforme con el uso normal de la cosa, nada podrá reclamar el dueño, quien está obligado a recibirla en el estado en que se encontrare (art. 1706). Si, en cambio, los deterioros resultaran de un uso abusivo o culposo, el aportante deberá ser indemnizado

por el culpable y por la sociedad (ver nota 34).

1110/1317

1317. c) Efectos frente a terceros.— Frente a los terceros el socio aportante conserva todos sus derechos de dueño; es contra él que debe dirigirse la acción reivindicatoria del que pretende mejor derecho sobre la cosa y es él quien debe defenderla contra las pretensiones de terceros.

1110/1318

1318. APORTES DE CRÉDITOS.— Establece el art. 1707 que si la prestación consistiese en créditos, la sociedad después de la tradición se considera cesionaria de ellos, bastando que la cesión conste del contrato social. Por lo tanto, no es necesario un acto especial de cesión, bastando con el contrato. Adviértase que por un evidente error de redacción, este artículo dice que basta que la cesión conste del contrato social, cuando debe decir en el.

Esta disposición es objetable en cuanto dice que después de la tradición, la sociedad se considerará cesionaria de ellos. Hemos visto en otro lugar (nº 534), que la tradición del título del crédito no es esencial al contrato de cesión de créditos, el cual produce todos sus efectos entre las partes con independencia de dicha tradición. En cuanto al deudor cedido, será necesaria la notificación.

1110/1319

1319.— ¿Cómo se valora el aporte de un crédito? En principio, tiene el valor nominal del crédito más los intereses vencidos (y no percibidos por el cedente) hasta el día de la cesión (art. 1707). Esta solución se explica porque el cedente no garantiza la solvencia del deudor (véase nº 581) (ver nota 35). Los intereses posteriores a la fecha de la cesión pertenecen a la sociedad por derecho propio, de tal modo que no aumentan el aporte del socio (ver nota 36). Pero puede estipularse que el aportante garantiza la solvencia del deudor o que la cobranza del crédito correrá por su cuenta, en cuyo caso el aporte consistirá en el monto que cobrare efectivamente la sociedad (art. 1707).

El problema tiene también interés desde el punto de vista de la disolución de la sociedad. Si, en efecto, se trata de la hipótesis general de crédito aportado sin garantizar la solvencia del deudor, y éste resulta insolvente, la imposibilidad de cobrar no da lugar a la disolución de la sociedad. En cambio, si el aportante asumió la cobranza del crédito, y nada obtuviere del deudor o sólo cobrare una suma pequeña, la sociedad podrá disolverse por falta de aporte (ver nota 37), a menos que el socio ofreciera sustituir el crédito por su equivalente en efectivo. Esta sustitución le será exigible por sus consocios cuando hubiera garantizado la solvencia del deudor.

1110/1320

1320. APORTE DE TRABAJO O INDUSTRIA; REMISIÓN.— Si la prestación consistiese en trabajo o industria, el derecho de la sociedad contra el socio que lo prometió será regido por las obligaciones de hacer (art. 1708). Tratamos el tema en el número 1375, al que remitimos.

1110/1321

1321. SOCIEDADES UNIVERSALES.—Es nula la sociedad en la cual los socios aportan todos sus bienes presentes y futuros o todas las ganancias que por cualquier causa obtengan (art. 1651). Tales sociedades podrían envolver graves peligros para los socios, comprometiendo su futuro y oponiendo serias trabas al derecho a la libre disposición de su propiedad. Sin embargo, es lícito el aporte de todos los bienes presentes de los socios, siempre que ellos se designen individualmente (art. citado); tampoco habrá nulidad si la sociedad en un momento dado llega a abarcar de hecho todo el patrimonio de los socios (ver nota 38). Tampoco hay inconvenientes en que se aporten todas las ganancias actuales de los socios, siempre que ellas se señalen como pertenecientes a ciertos y determinados negocios (art. citado). No se puede impedir que las personas comprometan más bienes de lo que sería prudente; inclusive, muchas veces comprometen más de los que poseen, como ocurre cuando no cuentan con la suma prometida y tienen que recurrir al crédito para obtenerla. Nada de ello está prohibido. Lo que no se puede hacer es comprometer el futuro.

(nota 1) Sup. Corte San Juan, 14/7/1943, L.L., t. 31, p. 397; juzgamos inadmisible la opinión de algunos autores (SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1298; GARO, Sociedades comerciales, t. 1, nº 110), según los cuales los padres, tutores y curadores no podrían constituir una sociedad en nombre de sus representados ni aun con autorización judicial, limitándose sus facultades a continuar una sociedad heredada por el incapaz. En forma alguna podemos compartir tal tesis. Los actos que los representantes de los incapaces no pueden llevar a cabo en nombre de sus representados ni aun con autorización judicial, son estrictamente limitados a las prohibiciones expresas de la ley. El peligro que una sociedad puede significar para un menor o un demente, no es mayor que el que supone una transacción o compromiso en juicio arbitral; si la ventaja para el menor fuera evidente, sería injustificable negarle la posibilidad de ingresar en la sociedad con el recaudo de la autorización judicial, tanto más cuanto que el juez está facultado para autorizar la continuación del incapaz en una sociedad de la que formaba parte el causante a quien aquél heredó (art.443 , inc. 12). Sin perjuicio, claro está, de que la autorización sólo podrá ser concedida por el juez en caso de indudable necesidad o de ventaja evidente y por lo común será difícil que tal exigencia se tenga por demostrada en el supuesto de la sociedad.

(nota 2) En sentido negativo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1298, nota 40 a); CASTILLO, Derecho comercial, t. 3, nº 38; DEMOLOMBE, Minorité, t. 2, nº 343. En sentido de que pueden constituir sociedades: GARO, Sociedades comerciales, t. 1, nº 101; SEGOVIA, Explicación y crítica del Código de Comercio, t. 1, nota 72; SIBURU, t.

2, nº 329.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala D, 14/9/1951, L.L., t. 64, p. 391; 1ª Inst. Cap., 18/6/1951, J.A., 1951-III, p. 341 (firme); Sup. Corte Tucumán, 11/2/1919, J.A., t. 3, p. 103.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala D, fallo citado en nota anterior.

(nota 5) 1ª Inst. Cap., (firme), 18/6/1951, J.A., 1951-III, p. 341.

(nota 6) C. Civil 2ª Cap., 11/2/1950, J.A., 1951-II, p. 466.

(nota 7) PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1001; GUILLOUARD, De la societé, nº 60; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la societé, nº 88.

(nota 8) Autores y loc. cit. en nota anterior.

(nota 9) De acuerdo: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la societé, nº 287.

(nota 10) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1991 in fine.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala A, 5/4/1955, L.L., t. 79, p. 646; Sala C, 29/5/1952, L.L., t. 66, p. 825; Sala D, 2/6/1954, L.L., t. 75, p. 746; C. Com.Cap., Sala B, 24/8/1951, L.L., t. 64, p. 561; Sup. Corte Buenos Aires, 27/7/1948, J.A., 1948-III, p. 188.

(nota 12) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1296; GUILLOUARD, De la societé, nº 33; HUC, t. 11, nº 9.

(nota 13) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la societé, nº 33. Aunque no muy claro, ésta parece ser también la opinión de BOLAFFI, La societá semplice, ps. 154 y sigs.

(nota 14) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, loc. cit. en nota anterior.

(nota 15) PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1008; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la societé, nº 158.

(nota 16) C. Com. Cap., 12/7/1940, L.L., t. 19, p. 424.

(nota 17) C. Civil 1ª Cap., 14/8/1931, J.A., t. 36, p. 545; íd., 29/11/1935, J.A., t. 52, p. 465, con nota desaprobatoria de LEGÓN.

(nota 18) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1398; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1008; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la societé, nº 159; GUILLOUARD, De la societé, nº 64.

(nota 19) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1398.

(nota 20) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1400; LLERENA, t. 5, ps. 469 y sigs.

(nota 21) De acuerdo: LLERENA, t. 5, p. 470. ACUÑA ANZORENA, disiente de este criterio, pues afirma, reservarse la propiedad de una cosa consumible importa tanto como establecer su indisponibilidad (en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1401, nota 100, f]). A lo que cabe responder que las cosas fungibles no son siempre consumibles y que no siéndolo, no hay inconveniente en aportar sólo el goce.

(nota 22) C. Com. Cap., Sala A, 20/7/1960, L.L., t. 102, p. 462.

(nota 23) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1402.

(nota 24) C. Civil 2ª Cap., 26/12/1938, J.A., t. 65, p. 509; C. Fed. Cap., 7/8/1925, J.A., t. 17, p. 33. En estos fallos se resolvió que si del acto adquisitivo resulta que el inmueble se adquirió por los socios para destinarlo a la sociedad pero a nombre personal de ellos, el bien no pertenece a esta entidad, sino a los socios en condominio. En contra: C. Civil 1ª Cap., 1/4/1933, J.A., t. 41, p. 618.

(nota 25) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1404; MACHADO, t. 4, p. 537; LLERENA, t. 5, p. 468; SEGOVIA, t. 1, nota 44 al art. 1704 de su numeración.

(nota 26) C. Apel. 2ª La Plata, 4/4/1944, J.A., 1944-II, p. 69; C. Apel. 2ª Córdoba, 16/2/1940, Jur. Córd., t. 1, p. 62.

(nota 27) C. Com. Cap., 19/11/1954, L.L., t. 77, p. 125.

(nota 28) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1407; MACHADO, t. 4, p. 541.

(nota 29) SALVAT, loc. cit. en nota anterior; MACHADO, t. 4 p. 542, texto; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la societé, nº 167; PONT, núms. 381 y sigs. Es la solución adoptada por el Código italiano, art. 2254.

(nota 30) Serán por tanto, a cargo del socio, las reparaciones importantes y a cargo de la sociedad las meramente locativas (BOLAFFI, La societá semplice, p. 182).

(nota 31) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1407; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la societé, nº 171.

(nota 32) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1408; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la societé, nº 167.

(nota 33) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nota 111 c) al nº 1408; LLERENA, t. 5, p. 473. Estos autores opinan que se trata de una responsabilidad contractual, en tanto que PONT, nº 384, sostiene que es delictual. La primera opinión tiene en nuestro derecho la ventaja de eludir la aplicación del art. 1720 .

(nota 34) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 2, nº 113; LLERENA, t. 5, p. 473; MACHADO, t. 4, p. 541 y 542. Hay que hacer la salvedad de que MACHADO considera que nunca la sociedad es responsable por los hechos ilícitos de sus representantes, de modo que la limita al socio o administrador que obró con culpa o dolo. Es la expresión de la antigua interpretación del art. 43 , luego superada por la doctrina y jurisprudencia y finalmente, por la nueva redacción dada a ese texto por la ley 17711 <>.

(nota 35) El Código italiano acepta la solución opuesta: el aportante responde en caso de insolvencia del deudor (art. 2255).

(nota 36) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1406.

(nota 37) MACHADO, t. 4, p. 543.

(nota 38) C. Civil 2ª Cap., 2/3/1948, L.L., t. 50, p. 439 y J.A., 1948-II, p. 83.

CAPÍTULO XXIV - VIDA DE LA SOCIEDAD

1110/1322

1322. COMIENZO DE LA SOCIEDAD.— La sociedad comienza el día del contrato, a menos que éste fijare otro punto de partida (ver nota 1). No importa que los aportes no se hayan hecho efectivos. En vano se argüirá que no es concebible una persona jurídica sin patrimonio, porque la sociedad lo tiene ab initio aun antes de la entrega de los aportes, sólo que él está constituido, no por los bienes prometidos sino por los créditos que tiene contra los socios.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013460
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013460

1110/13460

§ 1.— De los socios

1110/1323

1323. QUIÉNES TIENEN CALIDAD DE SOCIOS.— Revisten calidad de socios todos los que hubieran firmado el contrato social y los que posteriormente se hubieran incorporado a él (art. 1667). Para que un tercero pueda incorporarse a la sociedad se hace preciso la conformidad de todos los socios (ver nota 2) (véase nº 1332); desde que se trata de un contrato celebrado intuitu personae no se concibe que uno de los socios originarios fuere obligado por la mayoría a admitir a un tercero que no merece su confianza.

Dispone el art. 1667 que si el administrador tuviera poderes suficientes de todos los socios para admitir otros nuevos, basta con su aceptación; era innecesario decirlo, pues el administrador actúa entonces como mandatario. Se trata de un mandato revocable que requiere poderes expresos (ver nota 3).

1110/1324

1324. SOCIOS APARENTES.— Puede ocurrir que una persona figure en el contrato como socio, cuando en verdad no lo es; él actúa sólo como prestanombre, pero el verdadero titular del derecho es otro. La situación del socio prestanombre debe ser analizada con relación a los restantes socios y a terceros.

a) En cuanto a los consocios, no será reputado socio aunque éstos le den alguna retribución o interés en la sociedad (art. 1668). Esta disposición alude al caso de que los restantes socios conozcan la verdadera situación del prestanombre; pero si éste oculta a su mandante aun respecto de los restantes socios, que lo creen el verdadero titular de los derechos, estará personalmente obligado respecto de ellos, pues en tal caso ellos son terceros en relación al acto simulado (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 1196). De donde resulta que los socios tendrán la siguiente opción por las obligaciones del prestanombre: o bien demandarlo a él, haciendo caso omiso de la simulación que les fue ocultada; o bien demandar al verdadero socio (art. 1669).

b) En cuanto a los terceros, serán considerados con todas las obligaciones propias del socio real (art. 1668), solución justa porque la simulación no puede perjudicar a los terceros de buena fe que contrataron con la sociedad.

1110/1325

1325. SOCIOS OCULTOS.— Veamos ahora la situación del socio oculto.

a) Con respecto a los demás consocios, será juzgado como socio (art. 1669). Esta solución se aplica tanto al caso de que los demás conocieran y aceptaran la simulación, como a la hipótesis de que el prestanombre haya actuado engañando a los propios socios. En esta última hipótesis, ya se ha dicho, ellos tienen opción para demandar al socio aparente o al oculto (nº anterior).

b) Con respecto a los terceros, no será considerado como socio y no estará obligado al pago de las obligaciones que resultarían de su calidad de tal (art. 1669), lo que es lógico, pues aquéllos no entendieron tratar con el socio oculto sino con el ostensible.

1110/1326

1326. HEREDEROS Y LEGATARIOS.— Los herederos y legatarios no pueden suceder al causante en su calidad de socio (art. 1670); su incorporación sólo puede derivar del consentimiento prestado por todos los restantes socios y por los herederos (art. citado). Es decir, hay un nuevo contrato social, si bien no es necesario, en nuestra opinión, que se lo formalice en un nuevo instrumento porque la ley lo considera como una mera sustitución de un socio por otro.

Se explica que los herederos y legatarios no sucedan en la calidad de socios, porque la persona de éstos es esencial en la vida societaria. Muchas veces, sin embargo, los socios se verán impulsados a admitir la participación de aquéllos para no desprenderse de la parte de capital que correspondía al causante. Son ventajas e inconvenientes que ellos deberán sopesar para optar por una u otra solución.

1110/1327

1327. CESIONARIOS.— Tampoco los cesionarios de los derecho de un socio adquieren la calidad de tal si no es con el consentimiento de todos los socios restantes, a menos que la facultad de ceder las cuotas esté contenida en el contrato (art. 1671). La solución es coherente con la concepción de la sociedad como un contrato celebrado intuitae personae.

La regla general es, por consiguiente, que la cesión no puede hacerse valer respecto de la sociedad, sin perjuicio de la validez del acto entre cedente y cesionario (art. 1674). Pero el cesionario, en su carácter de acreedor del socio, puede ejercer la acción subrogatoria para hacer valer los derechos que le corresponden al cedente (ver nota 4).

Estas soluciones se aplican tanto a la cesión total como a la parcial (art. 1671). En este último caso, la cesión se traduce en una sociedad entre el cedente y el cesionario (ver nota 5), pero sin vinculación directa con la sociedad madre.

1110/1328

1328. CESIÓN AUTORIZADA POR EL CONTRATO.— El principio de que los socios no pueden transferir sus partes sin el consentimiento de todos los demás, cede ante la cláusula contractual que los autoriza a hacerlo. Puede ocurrir que el contrato disponga que la cesión podrá hacerse en favor de los otros socios o de terceros, si los socios no la aceptaren. Si sólo está permitida la cesión en favor de otros socios, la que se haga a terceros no obliga a la sociedad; si se autoriza la cesión a terceros en el caso de que los socios no la acepten, el cedente debe previamente hacer conocer a todos los socios el precio y demás condiciones de la cesión que se le ofrecen (art. 1673); y en igualdad de condiciones, está obligado a preferir al socio (ver nota 6).

1110/1329

1329. EFECTOS DE LA CESIÓN.— Debemos considerar los efectos de la cesión en relación al supuesto de que ella esté autorizada por el contrato o que no lo esté.

1110/1330

1330. a) Cesión autorizada por el contrato.— El cesionario sustituye al socio primitivo en la sociedad, con todos los deberes y derechos inherentes a la situación que el cedente tenía, cualesquiera hayan sido las cláusulas de la cesión (art. 1675). Frente a la sociedad no se concibe sino una sustitución plena del cedente por el cesionario; las modalidades peculiares del contrato de cesión no tienen efecto respecto de la sociedad y sólo valen entre cedente y cesionario (ver nota 7). Así, por ejemplo, el cesionario no podría exonerarse de pagar una obligación que tuviera frente a la sociedad o terceros aduciendo que en el contrato de cesión el cedente se obligó a asumirla; sin perjuicio de hacer valer frente a éste el compromiso por él asumido.

1110/1331

1331. b) Cesión prohibida.— Si el contrato prohibiese expresamente la cesión o si guardara silencio (en cuyo caso juega la prohibición legal) y a pesar de ello, uno de los socios cede su parte, se produce la siguiente situación:

1) Frente a los socios el cedente conserva su calidad de socio (art. 1674); sólo él tendrá las facultades de administración que le reconozca el contrato o la ley; sólo él estará obligado frente a la sociedad y los consocios por las obligaciones emergentes del contrato. A su vez, el cesionario no tendrá derechos directos contra la sociedad, pero podrá hacer valer ciertos derechos por vía indirecta: por lo pronto, el cedente actuará como mandatario del cesionario (art. 1674), con todas las responsabilidades del caso si se aparta de las instrucciones de su mandante; además, en su carácter de acreedor del cedente y por vía de la acción subrogatoria, podrá demandar a la sociedad o a los restantes socios, según el caso, para exigirles el cumplimiento de sus obligaciones (ver nota 8) y en particular para reclamarles la entrega de lo que le corresponde al cedente por utilidades o por partición del capital social a su liquidación.

En consecuencia, el cesionario no podrá exigir que se le exhiban los libros de la sociedad (ver nota 9) ni inmiscuirse personalmente en su administración (ver nota 10), aunque podrá influir en ella a través del cedente que como mandatario suyo (art. 1674) está obligado a seguir sus instrucciones. Es claro que si se apartara de éstas, el cesionario sólo tiene una acción por daños y perjuicios contra el cedente; respecto de la sociedad, los actos llevados a cabo por el cedente dentro de sus atribuciones legales o convencionales son plenamente válidos, cualesquiera sean las instrucciones recibidas del cesionario.

2) Con relación a las partes (cedente y cesionario) la cesión es plenamente válida; y puesto que la oposición de los consocios impide los plenos efectos de la cesión, el cedente está obligado a seguir cumpliendo con sus obligaciones de socio, pero en carácter de mandatario del cesionario (art. 1674). En consecuencia deberá ajustarse a sus instrucciones en todo lo que atañe a la administración de la sociedad y deberá hacerle entrega de su parte en los beneficios y en la liquidación del capital. El cesionario, a su vez, soporta las deudas y debe reembolsarlas al cedente que las hubiera pagado.

En suma, la cesión de los derechos sociales, cuando ella está prohibida en la ley o en el contrato, no anula el acto sino que lo hace inoponible a la sociedad y a los restantes socios.

1110/1332

1332. INGRESO DE NUEVOS SOCIOS.— El ingreso de nuevos socios requiere el consentimiento unánime de los restantes; en el fondo, se trata de un nuevo contrato. Desde el momento de su ingreso, el nuevo socio asume las obligaciones sociales y adquiere todos los derechos de socio sobre el capital social, sin necesidad de una reinscripción del dominio (ver nota 11).

No es necesario que el consentimiento sea prestado personalmente por los restantes socios; con frecuencia, el administrador o gerente está autorizado para admitirlos, sea por el contrato o por acto posterior (ver nota 12).

Un socio no puede hacer ingresar a un tercero a la sociedad; su derecho se limita a asociarlo a su parte (véase nº 1410).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013470
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013470

1110/13470

§ 2.— Administración de la sociedad

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013480
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013480

1110/13480

A.— ADMINISTRACIÓN PREVISTA EN EL CONTRATO

1110/1333

1333. PRINCIPIO GENERAL.— De acuerdo con el principio de la libertad de las convenciones, el contrato puede fijar la forma en que se ha de llevar a cabo la administración, cómo se designarán y renovarán los administradores, sus atribuciones, etcétera. Esas normas contractuales regirán el gobierno de la entidad, pues las disposiciones contenidas en esta materia por la ley son simplemente supletorias.

1.— Socio administrador designado en el contrato

1110/1334

1334. PRINCIPIO Y CONSECUENCIAS.— El contrato puede designar uno o más socios que se ocupen de la administración de la sociedad. En tal caso, la designación forma parte del acuerdo de voluntades, lo que significa que el mandato conferido es en principio irrevocable y que la separación del administrador desvirtúa el contrato a punto tal que debe reputarse disuelta la sociedad. Nos ocuparemos en los párrafos siguientes de estas consecuencias.

1110/1335

1335. IRREVOCABILIDAD DEL MANDATO DE ADMINISTRACIÓN.— Cuando el mandato para administrar ha sido otorgado por una cláusula del contrato, no puede ser revocado sin causa legítima (art. 1681); mientras no se haya producido la causa legítima de remoción, el administrador puede seguir administrando a pesar de la voluntad contraria de todos los restantes socios (art. 1681). La solución es lógica. Si la designación forma parte del acuerdo de voluntades, sólo por el consentimiento unánime de los socios —incluido el administrador— puede pasarse por alto dicha estipulación.

1110/1336

1336. a) Justas causas de remoción.— Habrá causa legítima para revocar el mandato, si el socio administrador, por un motivo grave, dejase de merecer la confianza de sus coasociados, o si le sobreviniese algún impedimento para administrar bien los negocios de la sociedad (art. 1682). Se trata de una norma flexible, que deja librado al prudente arbitrio judicial la apreciación de la gravedad de los motivos alegados para pedir la remoción.

Habrá justa causa cuando el administrador incurre en cualquiera de los actos que según el art. 1735 dan lugar a la exclusión de un socio (ver nota 13) (cesión de sus aportes contra la prohibición social, incumplimiento de sus obligaciones para la sociedad, incapacidad sobreviniente, insolvencia, fuga, perpetración de algún crimen, mala conducta, provocación de discordia entre los socios); si comete delitos contra el patrimonio de la sociedad, si utiliza los bienes sociales en beneficio propio, si en los negocios con terceros favorece los intereses de éstos en desmedro de los que están a su cuidado; para decirlo de una manera general, si incurre en infidelidad hacia la sociedad (ver nota 14). También la habrá si maneja la administración con negligencia o descuido evidente o si por motivos de enfermedad, ausencia o incompatibilidad con otras tareas, se ve impedido de cumplir eficazmente su trabajo (ver nota 15). Pero no corresponde la remoción si sólo se trata de desavenencias personales o de disparidad de opiniones en la conducción de los negocios (ver nota 16).

1110/1337

1337. b) Procedimiento de remoción; administración judicial provisoria.— La remoción puede ser pedida por cualquiera de los socios sin dependencia de la deliberación de la mayoría (art. 1685). La solución es razonable porque se trata de hechos graves que ponen en peligro los aportes, y no sería justo que la minoría quedase indefensa ante una confabulación urdida en su perjuicio por la mayoría, o simplemente ante la indiferencia o desinterés de los otros socios.

Mientras se ventila el juicio de remoción (que debe tramitar por vía ordinaria), el administrador impugnado sigue en su cargo hasta la sentencia definitiva que lo remueva (art. 1683). Mientras no se prueben los hechos aducidos, hay que presumir la inocencia del administrador y respetar el contrato que lo designó. Pero ésta no es una regla rígida. En

muchos casos, la continuación del administrador negligente o inescrupuloso durante todo el trámite del juicio, ocasionaría perjuicios irreparables y haría inocua la sentencia de remoción. Habiendo peligro en la demora, el juez podrá decretar la remoción luego de comenzado el pleito y nombrar un administrador provisorio, que puede ser un socio o un extraño (art. 1684).

Nuestra jurisprudencia ha considerado que hay peligro en la demora cuando el impedimento sobrevenido al administrador es notorio (ver nota 17), o cuando tramita contra él una querella de defraudación promovida por otros socios (ver nota 18), o cuando median graves disidencias entre los socios administradores conjuntos que condujeran al cierre de la fábrica, (ver nota 19), o cuando uno de los administradores ha presentado a la sociedad en convocatoria de acreedores, en desacuerdo con otro socio administrador (ver nota 20). Es improcedente la designación de administrador provisional si no se demandó la remoción de los administradores (ver nota 21).

1110/1338

1338.— La designación del administrador judicial tiene carácter de medida cautelar; en consecuencia puede decretarse sin oír al administrador removido (ver nota 22). La necesidad y urgencia de la medida pueden acreditarse en forma sumaria (ver nota 23).

1110/1339

1339.— El administrador judicial sustituye al contractual con facultades de representación y gobierno de la sociedad y puede actuar con independencia de la voluntad de los socios (ver nota 24); pero sus facultades se limitan a la administración ordinaria. No puede realizar actos de disposición ni nombrar empleados sin recabar autorización judicial (ver nota 25).

1110/1340

1340.— El juez está autorizado —si se considera que con ello basta para proteger los intereses en juego— a limitar la actuación del funcionario designado a la simple intervención de los negocios sociales (ver nota 26). El interventor no asume la administración de la sociedad pero controla su funcionamiento y la actuación del administrador; la extensión de sus facultades está por lo común establecida en el mismo auto de designación.

1110/15200

1340 bis.— El interventor y el administrador sólo podrán retener fondos o disponer de ellos con el objeto de pagar los gastos normales de la administración, entendiéndose por tales los que habitualmente se invierten en el bien, sociedad o asociación administrados. Los gastos extraordinarios o nombramientos de auxiliares serán autorizados por el juez, previo traslado

a las partes, salvo que su postergación pudiere irrogar perjuicios, en cuyo caso, después de efectuados, se dará inmediata noticia al juzgado.

1110/1341

1341.— El art. 1684 , que autoriza la remoción del socio administrador se aplica tanto a las sociedades regularmente constituidas como a las irregulares o de hecho (ver nota 27).

1110/1342

1342. c) Efectos de la remoción.— La remoción del administrador designado en el contrato dará derecho a cualquiera de los socios para disolver la sociedad (art. 1686). Si la persona del administrador ha sido considerada esencial al contratar —a punto de hacer de ella una de las estipulaciones del contrato— su remoción modifica las bases en atención a las cuales se prestó el consentimiento. Es justo, por tanto, que cualquiera de los socios (inclusive el administrador removido) pueda pedir la disolución de la sociedad por más que el contrato no haya vencido todavía. Bien entendido que la remoción no produce la disolución de pleno derecho, sino que solamente autoriza a pedirla (ver nota 28).

1110/1343

1343.— De cualquier modo, se disuelva o no la entidad, el socio removido es responsable por los daños y perjuicios derivados de las deficiencias de su gestión (art. 1686). Para que tal responsabilidad pueda existir, es preciso que medie dolo o culpa del administrador (ver nota 29); si por el contrario, la remoción se ha fundado en un caso fortuito, no hay responsabilidad del removido, a menos que éste se haya empeñado en retener la administración no obstante el impedimento sobrevenido. Así por ejemplo, si una enfermedad física le impide desempeñar sus tareas de administración, a pesar de lo cual se niega a renunciar a su mandato, su resistencia lo hace pasible de los daños que pueda sufrir la sociedad por su administración deficiente; si en cambio, el administrador ha sufrido una enfermedad mental, la sociedad no podrá reclamarle indemnización alguna.

1110/1344

1344. RENUNCIA DEL SOCIO ADMINISTRADOR.— En principio, el socio administrador no puede renunciar a su mandato sin justa causa; y si lo hiciere, deberá pagar los daños y perjuicios que derivaren a la sociedad de su actitud (art. 1687). La ley no dice qué debe entenderse por justa causa de renuncia. Es un problema que deja librado a la apreciación judicial. Debe admitirse que la hay en caso de enfermedad física o mental, de sufrir una privación de la libertad más o menos prolongada, de necesidad de ausentarse del asiento de la administración por razones serias, tales como un problema de familia, el exilio político, etcétera. Pero no podría admitirse como causa suficiente las nuevas tareas asumidas por el administrador como consecuencia de otros negocios emprendidos por él o

de la aceptación de otros empleos públicos o privados, pues las nuevas obligaciones contraídas no pueden eximirlo de su deber de cumplir con las anteriores. Por excepción debe admitirse que es justa causa de renuncia la designación en una función pública de gran responsabilidad (ministerio, dirección de una gran repartición, diputación, etc.), pues la aceptación de estas funciones es un verdadero deber ciudadano.

No será necesaria la existencia de una justa causa de renuncia, si los restantes socios dan su consentimiento.

1110/1345

1345.— La renuncia del administrador designado en el contrato da derecho a cualquiera de los socios a pedir la disolución de la sociedad (art. 1687). El fundamento es el mismo que en el caso de remoción: la persona del administrador ha sido una de las condiciones tenidas en mira al contratar. Cabe preguntarse si el derecho a pedir la disolución lo tiene el mismo socio renunciante. No dudamos de la respuesta afirmativa en caso de que exista justa causa de renuncia, pues si esta actitud es legítima, no hay por qué privarlo del derecho que a todos los socios reconoce el art. 1687 . En cambio, si la renuncia no ha tenido justa causa, no debe reconocérsele el derecho a pedir la disolución, porque ello significaría poner en sus manos la vida de la sociedad; le bastaría con renunciar para provocar luego su disolución.

2.— Socio administrador designado por acto separado del contrato

1110/1346

1346. REVOCACIÓN DEL MANDATO.— Cuando el poder para administrar no ha sido conferido en el contrato sino en una convención posterior, puede ser revocado en cualquier momento por la mayoría de los socios, haya o no justa causa (art. 1688). La situación en este caso es muy diferente: desde que la persona del administrador no forma parte de las estipulaciones contractuales, se entiende que su designación ha sido un problema de simple conveniencia y no una condición de la existencia de la sociedad. Es justo, pues, que dicho administrador pueda ser removido si existe mayoría en este sentido. La mayoría se cuenta por personas y no por capitales (ver nota 30).

Pero es necesario dejar sentado que si la revocación sin justa causa es atributo de la mayoría, cualquiera de los socios puede pedir la remoción si existen justas causas. Los arts. 1682 y 1683, tanto se aplican a los administradores designados en el contrato como a los que fueron por actos separados.

Nada se opone a que la convención posterior establezca la irrevocabilidad del mandato conferido al administrador (ver nota 31); en tal caso no podrá ser removido sin justa causa.

1110/1347

1347.— La revocación del poder por la mayoría o la remoción obtenida a pedido de cualquiera de los socios, no autoriza a solicitar la disolución de la sociedad, porque la persona del administrador no ha sido condición del contrato.

1110/1348

1348. RENUNCIA DEL ADMINISTRADOR.— El administrador puede renunciar en cualquier momento al mandato sin responsabilidad alguna, tenga o no justa causa para hacerlo (art. 1689). Se aplican en este caso las reglas del mandato ordinario; la renuncia no le origina ninguna responsabilidad a menos que sea intempestiva (ver nota 32).

1110/1349

1349. MODO DE LLENAR LA VACANTE; REMISIÓN.— Se aplican al caso las soluciones que estudiaremos en el número 1352 para la hipótesis a todas luces análoga, de la revocación, remoción o renuncia del administrador no socio.

3.— Administrador no socio

1110/1350

1350. REVOCACIÓN DEL PODER.— Cuando el administrador de la sociedad es un tercero no socio, su poder puede ser revocado en cualquier momento, haya o no justa causa (art. 1690). La revocación del mandato debe ser decidida por mayoría de los socios (ver nota 33); contados por personas. Cualquiera de los socios puede pedir la remoción judicial si hubiere justa causa (arts. 1682 y 1685).

La revocación del poder de administración por la mayoría o la remoción judicial, no da derecho a pedir la disolución de la sociedad (art. 1690).

1110/1351

1351. RENUNCIA.— Puesto que se trata de un mandato común de administración, el tercero, a quien se ha confiado la de una sociedad, puede renunciar en cualquier momento, sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe en caso de renuncia intempestiva.

1110/1352

1352. MODO DE LLENAR LA ADMINISTRACIÓN VACANTE.— Cuando como consecuencia de la revocación, remoción o renuncia del administrador, la administración ha quedado vacante, se designará su sucesor de conformidad a lo dispuesto en el contrato; y si éste no previere el caso y no hubiere acuerdo unánime para la designación, cada uno de los

socios tendrá derecho a desempeñarse como administrador, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1677 (ver nota 34) (véase nº 1553). De donde se desprende que si bien la mayoría tiene facultades para separar al administrador, no las tiene para designar uno nuevo. Hubiera sido más coherente resolver también este problema por mayoría.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013490
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013490

1110/13490

B.— ADMINISTRACIÓN NO PREVISTA EN EL CONTRATO

1110/1353

1353. PRINCIPIO LEGAL.— Cuando en el contrato no se ha designado administrador ni se ha previsto el modo de hacerlo, lo que cualquiera de los socios hiciere, obliga a la sociedad como hecho por un mandatario suyo (art. 1677). Es decir, la ley reputa que hay un mandato tácito recíproco entre todos los socios.

A primera vista, el sistema de la ley parece anárquico, pues atribuye la administración a todos los socios. Pero si bien se mira, en el orden interno la sociedad está gobernada por el principio de la mayoría, ya que como veremos en seguida, es ésta la que decide cuando hay divergencias entre los socios. El sistema legal está más bien encaminado a la protección de los terceros que contratan con uno de los socios; basta con esto para que la sociedad quede obligada (salvo lo que se dirá en el párrafo siguiente para el caso de oposición).

1110/1354

1354. DERECHO DE OPOSICIÓN.— Si cada uno de los socios tiene facultades para obrar en nombre de la sociedad obligándola con sus actos, la ley reconoce a los restantes socios un derecho de oposición, cuando todavía dichos actos no hubieran producido sus efectos legales (art. 1677).

¿Este derecho de oposición puede ser ejercido por cada uno de los socios, o por la mayoría? Según algunos autores, se trata de un derecho absoluto que puede ser ejercido por cualquiera de los socios y que impide la realización del acto impugnado; en apoyo de ese punto de vista, se hace notar que la ley confiere el derecho a cada uno de los socios y no a la mayoría (ver nota 35). Para otros autores, cuyo punto de vista compartimos, debe distinguirse entre el derecho de oposición, que puede ser ejercido por cualquiera de los socios y la decisión sobre el punto, que debe ser tomada por la mayoría (ver nota 36). De acuerdo con este criterio, el socio oponente no tendría otro derecho que impedir que el otro lleve a cabo el acto proyectado mientras no cuente con la aprobación de la mayoría. Es una solución más razonable, que da la vía para resolver las divergencias entre los socios y que

impide que uno solo de ellos haga obstruccionismo trabando de esa manera las actividades y negocios de la sociedad. Importa además, hacer funcionar el sano principio de la mayoría en la administración de la sociedad. La solución que propugnamos tiene un sólido apoyo en el art. 1672 según el cual la mayoría de los socios no puede alterar el contrato social ni facultar actos opuestos al fin de la sociedad o que puedan destruirla; ello significa que mientras no se trate de tales actos, la mayoría puede hacerlos aun en contra de la oposición de la minoría.

1110/1355

1355. EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS.— En tanto no medie oposición, el acto ordinario de administración (sobre este concepto véase nº 1360) celebrado por cualquiera de los socios, obliga a la sociedad respecto de terceros (art. 1676). Pero cabe preguntarse qué ocurre si el socio lo ha realizado no obstante la oposición de la mayoría. Es necesario hacer un distingo: si el tercero conocía la oposición, el acto es nulo; pero si no tenía conocimiento de ella, el acto es válido (ver nota 37), salvo los derechos de los restantes socios contra el que lo celebró pasando por alto la oposición. Esta solución resulta de la aplicación de los principios del mandato: según el art. 1964 , el mandato sólo cesa cuando los terceros que contrataron con el mandatario, hayan sabido o podido saber la cesación; y como la oposición implica la revocación del mandato en relación a ese acto, el tercero que ha tenido conocimiento de ella no puede pretender la validez del acto. En cambio, si ignoró la cesación del mandato, el contrato realizado es válido para el mandante (art. 1967).

1110/1356

1356. OPOSICIÓN DESECHADA POR LA MAYORÍA.— El socio cuya oposición ha sido desechada por la mayoría, no responde en principio por los daños y perjuicios que su conducta haya podido ocasionar a la sociedad, pues no ha hecho sino poner en juego un derecho que la ley le reconoce; pero si su oposición ha sido abusiva o dolosa, si está inspirada en un espíritu obstruccionista, debe ser obligado a repararlos (ver nota 38).

1110/1357

1357. ALTERACIÓN DEL CONTRATO SOCIAL Y ACTOS CONTRARIOS A SU OBJETO.— Establece el art. 1672 que, la mayoría de los socios no puede alterar el contrato social respecto al objeto y modo de la existencia de la sociedad, ni facultar actos opuestos al fin de la sociedad, o que puedan destruirla. Innovaciones de ese género, sólo pueden hacerse por deliberación unánime de los socios.

La primera parte de esta disposición alude a la alteración del contrato social; es obvio que ella requiere la unanimidad de los socios, pero no sólo cuando se trata de una modificación relativa al objeto y modo de existencia, sino también de cualquier alteración del contrato que no puede llevarse a cabo sin la conformidad de todos los otorgantes.

La segunda parte se refiere a los actos opuestos al fin de la sociedad o que puedan destruirla. Los socios sólo tienen mandato para representar a la sociedad en tanto actúen dentro de los fines tenidos en mira al contratar; fuera de ellos, ni los socios individualmente ni la mayoría pueden obligar a la entidad con sus actos. Va de suyo que los terceros tampoco podrían hacer valer contra la entidad los contratos que hubieran sido celebrados fuera del objeto, aunque hubiesen sido aprobados por la mayoría; ni siquiera podrían invocar su buena fe, es decir, su ignorancia de que el contrato estaba fuera del objeto de la sociedad, pues de haber obrado con la debida diligencia, hubieran exigido se les hiciera conocer el contrato social, con lo que hubiera quedado de relieve que los administradores obraban fuera de los límites de su mandato.

1110/1358

1358. ACTOS EXTRAORDINARIOS DE ADMINISTRACIÓN.— Tratándose de actos extraordinarios de administración, la decisión de la mayoría es requisito esencial de la validez del acto (véase nº 1361). En otras palabras, aunque no medie oposición, el acto es nulo si no cuenta con la aprobación de la mayoría.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013500
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013500

1110/13500

C.— ALCANCE DE LOS PODERES DEL SOCIO ADMINISTRADOR

1110/1359

1359. PRINCIPIO GENERAL.— Cuando el alcance de los poderes de administración ha sido fijado en el contrato, debe estarse a lo que en él se dispone; si el contrato guarda silencio la extensión de los poderes se determina por el objeto de la sociedad, es decir, por el fin común para el cual se ha constituido (art. 1691) (ver nota 39). Este principio general exige algunas precisiones; la ley distingue entre los actos ordinarios y extraordinarios de administración y alude también a los negocios prohibidos.

1110/1360

1360. a) Negocios ordinarios.— Los administradores están autorizados a realizar todos los actos ordinarios de la administración (art. 1694). Se entiende por tales, aquellos para los cuales la ley no exige poderes especiales (art. citado); la ley remite, pues, a los dispuesto sobre el mandato (arts. 1881 y sigs.). Pero adviértase que el art. 1694 dice que la administración comprende los negocios ordinarios de la sociedad con todas sus consecuencias; esto significa que tiene poder para celebrar todos los actos conducentes al

logro del objeto social. Así, por ejemplo, si se dedica a la construcción, podrá contratar préstamos bancarios (ver nota 40), firmar subcontratos, adquirir materiales, etcétera. La Cámara Civil de la Capital resolvió que el contrato que autorizaba a una sociedad a "adquirir bienes", debe reputarse comprensivo de la autorización de adquirir inmuebles, si no se compró para especular sino para un ensanche de la fábrica de tejidos que constituía el objeto social (ver nota 41).

De donde resulta que los poderes del administrador pueden ser más extensos que los de la administración ordinaria legislada en los arts. 1880 y siguientes.

1110/1361

1361. b) Negocios extraordinarios.— Se reputan actos extraordinarios aquellos para los cuales se necesitan poderes especiales (art. 1694) (véase núms. 1649 y sigs.). A modo de ejemplo, el art. 1695 dice que el mandato general no autoriza para hacer innovaciones sobre los inmuebles, ni para modificar el objeto de la sociedad, cualquiera sea la utilidad que pueda resultar de estos cambios. Pero deben reputarse actos de administración ordinaria las pequeñas innovaciones tales como las modificaciones de tabiques para una mejor distribución de las oficinas, etcétera (ver nota 42), o las innovaciones aun importantes si ellas forman parte del objeto de la sociedad (ver nota 43), como ocurriría si una empresa constructora se dedicara a reformar o modernizar casas viejas para revenderlas. Puesto que la innovación en los inmuebles importa un negocio extraordinario, tanto más lo serán los actos de disposición de bienes muebles o inmuebles (a menos que la enajenación constituyera una de las actividades normales de la sociedad), hipotecarlos o prendarlos, constituir sobre ellos usufructo, etcétera.

La realización de estos actos requiere poderes especiales, que sólo pueden ser otorgados por la mayoría de los socios (art. 1697) contada por personas (ver nota 44).

1110/1362

1362. c) Negocios prohibidos o contrarios al objeto.— Los negocios prohibidos en el contrato (sean o no de administración ordinaria) y los que sean contrarios al objeto de la sociedad, sólo pueden realizarse con la conformidad unánime de los socios (arts. 1672 y 1698).

1110/1363

1363. ACTOS REALIZADOS EN CONTRA DE LA DECISIÓN MAYORITARIA.— Si cualquiera de los socios celebra el acto desaprobado por la mayoría, todas sus consecuencias (ganancias y pérdidas) correrán por su exclusiva cuenta (art. 1699). Lo mismo cabe decir de los actos realizados sin haber logrado la unanimidad que por la naturaleza del negocio se requería. Es lógico que así sea, porque el otorgante lo ha realizado por su cuenta y riesgo. Todo ello sin perjuicio de los derechos de los terceros de

buena fe que ignoraban la desaprobación de la mayoría, siempre que se tratara de un acto de administración ordinaria (véase nº 1355).

1110/1364

1364. PLURALIDAD DE ADMINISTRADORES.— Cuando dos o más socios han sido encargados de la administración sin determinarse sus funciones, o sin haberse expresado que no podrán obrar los unos sin los otros, cada uno de ellos puede ejercer los actos de administración separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones del otro antes de que ellas hayan producido sus efectos legales (art. 1692).

Aunque la ley sólo se refiere a los socios administradores, es evidente que la solución es igualmente aplicable al caso de que la administración sea desempeñada por extraños.

Si hay oposición, la mayoría decide (véase nº 1354).

1110/1365

1365.— En caso de haberse estipulado que uno de los socios administradores no haya de obrar sin el otro, se necesita el concurso de todos ellos para la validez de los actos, sin que pueda alegarse la ausencia o imposibilidad de alguno de los socios, salvo que hubiese peligro inminente de un daño grave o irreparable para la sociedad (art. 1693). La razón de urgencia justifica en este caso prescindir del acuerdo que el contrato requería.

1110/1366

1366. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES.— Los administradores de la sociedad y los socios que la representen en cualquier acto administrativo, tendrán las mismas obligaciones y derechos que el mandatario respecto del mandante (art. 1700).

1110/1367

1367. DERECHO DE CONTRALOR DE LOS SOCIOS NO ADMINISTRADORES.— La designación de un administrador, sea en el contrato social, sea con posterioridad, priva a los restantes socios de su derecho de administración. No pueden inmiscuirse en ella, pero conservan facultades de contralor y tienen derecho a exigir que se les exhiban los libros, documentos y papeles de la sociedad (art. 1696). Ese derecho puede ser ejercido en cualquier momento, sin que el socio tenga necesidad de expresar cuál es el motivo que lo guía a hacer el requerimiento (ver nota 45). En un caso, la Cámara Comercial de la Capital, resolvió que si la sociedad tiene un administrador judicial que da cuenta del estado de los negocios en el expediente, los socios no tienen el derecho de acudir libremente al establecimiento para examinar los libros, sino que deben exigirlos en el juicio (ver nota 46).

Nos parece una solución inadmisible probablemente determinada por peculiares circunstancias de hecho. No se advierte por qué ha de variar el derecho de contralor del socio, cuando el administrador ha sido designado judicialmente. Precisamente el origen de esta designación hace útil —tanto desde el ángulo de los intereses de los socios como de la seriedad de la justicia— facilitar al máximo el contralor de la marcha de la administración.¿Es válida la cláusula que limite o niegue este derecho de contralor? Una negación total del derecho de contralor sería inválida, porque dejaría indefenso al socio no administrador frente a la negligencia o la mala fe de los gerentes; pero nada se opone a que se limite prudentemente el derecho a una revisión periódica de los libros (anual, semestral, trimestral) para evitar se perturbe la administración con un contralor excesivamente frecuente. Aun así el socio no administrador podrá pedir en cualquier momento la exhibición de los libros si hay base para suponer una gestión desleal (ver nota 47).

Complementario de este derecho, es el de exigir periódicamente rendición de cuentas (ver nota 48).

1110/1368

1368.— Además, los socios no administradores pueden asumir la representación de la sociedad en los casos previstos por el art. 1726 (véase nº 1397).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013510
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013510

1110/13510

§ 3.— Obligaciones de los socios respecto de la sociedad

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013520
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013520

1110/13520

A.— OBLIGACIÓN DE HACER LOS APORTES PROMETIDOS

1110/1369

1369. DISTINTAS CLASES DE APORTES; REMISIÓN.— Respecto de la naturaleza de los aportes, sus distintas clases y las consecuencias de haber aportado la propiedad o el uso de las cosas, remitimos a lo tratado en los números 1309 y siguientes.

1110/1370

1370. CUANTÍA DE LOS APORTES.— Los socios están obligados a aportar lo que hubiesen prometido en el contrato. Si los aportes prometidos fueran de la misma naturaleza y no se hubiere especificado en el contrato la parte con que cada socio debe contribuir a la formación del capital social, todos deben aportar una cantidad igual (ver nota 49). Si el contrato no hubiera fijado el capital de la sociedad, todos los socios deben contribuir por partes iguales a la formación del que sea necesario para alcanzar el objeto social (ver nota 50). En caso de duda, sobre el monto del capital necesario, lo fijará la mayoría, pero el socio disidente podrá impugnar judicialmente esa resolución, demostrando que el capital fijado es excesivo o insuficiente.

1110/1371

1371. TIEMPO EN QUE DEBEN HACERSE LOS APORTES.— Los aportes deben hacerse en el plazo fijado expresa o implícitamente en el contrato; si éste guarda silencio, debe hacerse en tiempo propio para el cumplimiento de los fines sociales, siendo innecesaria la fijación del plazo por el juez (ver nota 51), a menos que el contrato, apreciado de buena fe, no brinde elementos de juicio suficientes para establecer cuál fue el tiempo tenido en mira por las partes.

1110/1372

1372. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE APORTAR.— Puede ocurrir que el socio no cumpla con los aportes prometidos. En tal supuesto, habrá que distinguir las siguientes hipótesis:

1110/1373

1373. a) Aportes de bienes muebles o inmuebles.— Los restantes socios tienen la siguiente opción: exigir el cumplimiento forzado de la obligación prometida, continuar la sociedad con exclusión del socio que no cumplió sus aportes, para lo cual hace falta la decisión unánime de los restantes socios (art. 1773) o, finalmente, disolver la sociedad, sin perjuicio de reclamar en cualquier caso la reparación de los daños sufridos. Es la solución que surge de la aplicación analógica del art. 1709 . Hay que agregar que la falta de aportes no priva de la calidad de socio al remiso: esa calidad la adquirió por el solo contrato y la mantiene hasta el momento de su exclusión (ver nota 52).

1110/1374

1374. b) Aportes de créditos.— La solución es la misma, pero en este supuesto hay que considerar además, la hipótesis de que el crédito se hubiera aportado y luego el deudor

resultara insolvente. Remitimos sobre el punto a los números 1318 y siguientes.

1110/1375

1375. c) Aporte de trabajo o industria.— La promesa de un aporte de trabajo o industria está regida por las obligaciones de hacer (art. 1708). Conjugando esta regla general con la naturaleza peculiar de la sociedad, el art. 1709 establece las siguientes reglas para el caso de incumplimiento:

1) Si el trabajo no se prestase sin culpa de parte del socio industrial, la sociedad podrá disolverse a pedido de los restantes socios (art. 1709). Va de suyo que el socio industrial no incurre en responsabilidad alguna por más que la disolución cause perjuicio a la sociedad o a los socios (ver nota 53).

2) Si el servicio se interrumpiere sin culpa de su parte, los restantes socios tendrán únicamente el derecho de exigir una disminución proporcional de las ganancias que le hubieran correspondido (art. 1709). Es decir, no podrán pedir la disolución. Debe entenderse que el Código alude aquí a una interrupción más o menos breve; si en cambio, la imposibilidad se prolongara indefinidamente o por un largo período, la situación cae dentro del supuesto que hemos considerado en el apartado anterior y por consiguiente los otros socios pueden pedir la disolución (ver nota 54).

3) Pero si el servicio no se prestare por culpa del socio industrial, los restantes pueden pedir, bien la disolución de la sociedad, bien la continuación de ella con exclusión de aquél (art. 1709), además de reclamarle los daños y perjuicios que se les han derivado de su incumplimiento (ver nota 55).

1110/1376

1376. d) Intereses correspondientes a la demora en hacer los aportes.— Si uno de los socios incurre en demora en aportar la suma de dinero prometida, deberá intereses desde el día en que debió entregarla, sin necesidad de constitución en mora (art. 1721). Es la forma de poner en paridad de condiciones al socio moroso con los que cumplieron su prestación. ¿Puede la sociedad exigir el pago de otros daños y perjuicios que le hubiere ocasionado la demora? La cuestión está debatida (ver nota 56); por nuestra parte, nos inclinamos por la afirmativa de acuerdo con la regla general que admitimos en materia de reparación de daños surgidos del incumplimiento de una obligación de pagar una suma de dinero (ver nota 57).

1110/1377

1377.— Si la cosa es productora de frutos (sean naturales, civiles o industriales) el socio debe los frutos percibidos desde el momento en que se obligó. Pero cabe preguntarse si en este caso es necesaria la constitución en mora. A nuestro juicio, la falta de necesidad de

cumplir con ese requisito formal se desprende claramente del art. 1721 . Esta disposición, después de establecer que si el aporte consiste en una suma de dinero, el aportante debe los intereses desde el momento en que debió aportar la cosa sin necesidad de interpelación, agrega: si la prestación ofrecida consistiese en otro género de cosas, debe satisfacer (el aportante) las pérdidas e intereses. Es evidente pues, que esta norma está directamente vinculada con la anterior y que si en un caso no es necesaria la interpelación, tampoco lo es en el otro. La ratio legis es idéntica: la justicia de poner en paridad de condiciones al socio que cumplió en término con el moroso, pues de lo contrario éste saldría beneficiado (ver nota 58). Por lo demás, si la cuestión podía ser dudosa antes de la ley 17711 <>, ya no lo es desde que el nuevo art. 509 estableció la mora de pleno derecho en las obligaciones a plazo. Las pérdidas e intereses deben cubrir todos los daños que han resultado a la sociedad de la demora, incluso los frutos.

1110/1378

1378. QUIÉN TIENE DERECHO A EXIGIR LOS APORTES Y A DEMANDAR POR INCUMPLIMIENTO.— El derecho de la sociedad a exigir los aportes que se le han prometido, no ofrece duda; pero no resulta tan claro si también los socios no administradores pueden reclamarlos. Aunque la cuestión está discutida (ver nota 59), pensamos que debe reconocérseles ese derecho. Los aportes son esenciales a la vida de la sociedad y a la posibilidad de que ésta logre sus fines; en todo ello el interés de cada socio particular es obvio. En nuestro derecho positivo esta solución cuenta con un apoyo importante en el art. 1709 , según el cual los socios pueden pedir la disolución de la sociedad en caso de que el socio industrial no cumpla con el trabajo prometido. La disposición alude a los socios indiscriminadamente; no exige que se trate de los socios administradores ni de la mayoría. Y si cualquiera de ellos puede pedir la disolución por falta de aportes, es obvio que debe reconocérsele el derecho a reclamar primeramente el cumplimiento. Pues no es concebible que los socios tengan en sus manos el instrumento jurídico para matar la sociedad y no para hacerla vivir (ver nota 60).

Pero la demanda de los socios no administradores, sólo es admisible en caso de demora del administrador; no pueden superponer su acción a la de éste ni hacerlo en forma que perturbe la ordenada gestión social (ver nota 61).

1110/1379

1379.— En cambio creemos que la acción por cobro de los intereses, frutos u otros daños derivados de la demora en hacer los aportes que finalmente se hacen efectivos, sólo compete a la sociedad y debe ser ejercida por los administradores. Los que carecen de este carácter no podrían hacerlo porque aquí no está en juego la existencia de la sociedad sino solamente los beneficios.

1110/1380

1380.— ¿Puede oponer la exceptio non adimpleti contractus el socio a quien se demanda por pago de sus aportes? Cuando la demanda es hecha por el socio administrador, es obvio que no podría el incumplidor oponer la excepción fundándose en el incumplimiento de otro socio, incluso el propio administrador, desde que la demanda es instaurada por una persona jurídica a la que no se le puede reprochar ningún incumplimiento (ver nota 62). La cuestión parece más dudosa cuando la demanda es instaurada por un socio no administrador que no ha cumplido con su parte. Con todo, nos inclinamos también en esta hipótesis por negar el derecho a oponer la excepción, porque la acción es ejercida para beneficio de la sociedad y no del socio que la intenta (ver nota 63).

1110/1381

1381. NUEVOS APORTES.— Muchas veces el desenvolvimiento de los negocios sociales hace conveniente o necesario nuevos aportes.¿Pueden ser exigidos ellos a los socios? El art. 1710 resuelve expresamente el problema con una acertada norma: ninguno de los socios podrá ser obligado a nueva prestación si no se hubiese prometido en el contrato de sociedad, aunque la mayoría de los socios lo exija para dar mayor extensión a los negocios de la misma; pero si no pudiese obtener el objeto de la sociedad, sin aumentar las prestaciones, el socio que no consienta en ello podrá retirarse, y deberá hacerlo si sus consocios lo exigen.

Sólo por excepción y para el supuesto de que de otro modo no sea posible llenar el objeto de la sociedad, podrá la mayoría exigir nuevos aportes a los socios. Éstos tendrán la opción entre hacer los aportes que se les piden o retirarse de la sociedad, devolviéndoseles su parte en el capital social. A su vez, la mayoría puede obligarlos a que se retiren si no consienten en los nuevos aportes. Es claro que no se podrán exigir en ningún caso mayores aportes que los que a cada socio corresponda proporcionalmente a su participación en la sociedad.

Los nuevos aportes hechos unilateralmente, por uno o más socios, no obligan a los restantes, quienes conservan incólume su derecho a participar en las ganancias sociales en la proporción establecida en el contrato (ver nota 64).

1110/1382

1382.— Esta disposición no afecta la obligación de los socios de contribuir a la conservación de los bienes comunes (art. 1677), en tanto se trate de gastos de poca consideración (ver nota 65). En ese supuesto, el administrador podría exigirles compulsivamente su contribución y ellos no podrán invocar el art. 1710 para retirarse de la sociedad. Pero sí pueden invocarlo si se trata de grandes gastos: la hipótesis cae dentro de lo previsto en esa norma (ver nota 66).

(nota 1) Es una solución sobre la que no hay disidencias.

(nota 2) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1337; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 224; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1050; AUBRY y RAU, § 381.

(nota 3) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1337.

(nota 4) C. Civil 2ª Cap., 11/5/1932, J.A., t. 38, p. 321.

(nota 5) C. Com. Cap., 2/7/1920, J.A., t. 4, p. 506; C. Com. Cap., 18/6/1952, J.A., 1952-IV, p. 58.

(nota 6) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1348 y su anotador ACUÑA ANZORENA.

(nota 7) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1349; MACHADO, t. 4, p. 503; LAFAILLE, Contratos, t. 2, nº 564.

(nota 8) C. Civil 2ª Cap., 11/5/1932, J.A., t. 38, p. 321; MACHADO, t. 4, p. 580; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1049; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 239; HUC, t. 11, nº 96.

(nota 9) Autores y loc. cit. en nota anterior.

(nota 10) PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1049; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 238.

(nota 11) De acuerdo: ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 179; LARENZ, Obligaciones, t. 2, ps. 427 y sigs. Hay que agregar, sin embargo, que el autor designado en último término limita la responsabilidad del nuevo socio por las obligaciones pendientes al momento de ingresar el monto de su aporte. Nos parece una solución inaceptable. El acto del socio importa una asunción de deberes y obligaciones y, por tanto, debe responder ilimitadamente.

(nota 12) ENNECCERUS-LEHMANN, loc. cit. en nota anterior.

(nota 13) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1366, nota 82 bis; MACHADO, t. 4, nº 517; LLERENA, t. 5, p. 451.

(nota 14) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1366 y su anotador ACUÑA ANZORENA; MACHADO, t. 4, p. 517; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 295; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1023; HUC, t. 11, nº 88.

(nota 15) Autores y loc. cit. en nota anterior.

(nota 16) C. Com. Cap., 15/10/1942, J.A., 1942-IV, p. 250.

(nota 17) C. Com. Cap., 16/11/1949, J.A., 1950-II, p. 50; íd., 23/12/1941, J.A., 1942-II, p. 31.

(nota 18) C. Com. Cap., 19/9/1939, J.A., t. 67, p. 819.

(nota 19) C. Com. Cap., Sala B, J.A., 1960-II, p. 514.

(nota 20) C. Com. Cap., 7/10/1929, J.A., t. 31, p. 624.

(nota 21) C. Com. Cap., Sala B, 5/10/1950, L.L., t. 103, p. 5.

(nota 22) C. Com. Cap., Sala A, 3/6/1953, L.L., t. 71, p. 273; C. Com. Cap., 6/7/1948, L.L., t. 52, p. 322; íd., 10/6/1938, J.A., t. 62, p. 824; C. Apel. 1ª La Plata, 21/6/1955, L.L., t. 78, p. 517; Sup. Corte Salta, 25/7/1949, J.A., 1949-III, p. 648.

(nota 23) C. Com. Cap., 4/8/1937, L.L., t. 7, p. 867. Ésta es, además, la doctrina que se desprende implícitamente de los fallos citados en nota anterior.

(nota 24) C. Civil Cap., 15/10/1945, J.A., 1945-IV, p. 557; C. Com. Cap., 12/5/1944, L.L., t. 34, p. 985; íd., 26/11/1948, L.L., t. 53, p. 193.

(nota 25) C. Com. Cap., 26/11/1948, L.L., t. 53, p. 193.

(nota 26) Fallo citado en nota anterior.

(nota 27) C. Com. Cap., Sala A, 1/8/1951, L.L., t. 64, p. 318; C. Com. Cap., 16/10/1941, J.A., t. 76, p. 642; Sup. Corte Salta, 25/7/1949, J.A., 1949-III, p. 648; SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1372.

(nota 28) Sup. Corte Buenos Aires, 5/6/1949, L.L., t. 55, p. 611.

(nota 29) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1372; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 309; GUILLOUARD, De la société, nº 138.

(nota 30) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1378; AUBRY y RAU, § 382, citado en la nota a este artículo.

(nota 31) LLERENA, t. 5, p. 456; GUILLOUARD, De la société, nº 133.

(nota 32) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1379; MACHADO, t. 4, p. 516; LLERENA, t. 5, p. 456; SEGOVIA, t. 1, nota 39 al art. 1691 de su numeración.

(nota 33) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1381; LLERENA, t. 5, p. 457.

(nota 34) SALVAT, loc. cit. en nota anterior; MACHADO, t. 4, p. 516.

(nota 35) En ese sentido: ARIAS, Contratos, t. 2, p. 163; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 318; HUC, t. 11, nº 93.

(nota 36) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1358; LLERENA, t. 5, p. 446; MACHADO, t. 4, p. 509; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1029; GUILLOUARD, nº 144.

(nota 37) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1359, nota 81 a); MACHADO, t. 4, p. 510; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1028; GUILLOUARD, De la société, nº 322; LAURENT, t. 26, nº 318.

(nota 38) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1360, nota 81 b); BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 323; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1028, p. 294, nota 3 (ed. La Habana). AUBRY y RAU van más

allá y sostienen que el oponente es responsable en todo caso (§ 382).

(nota 39) Advertimos que el art. 1691 habla de los poderes del socio administrador; pero es obvio que sus disposiciones son aplicables a todo administrador, sea o no socio (SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1384; MACHADO, t. 4, p. 524).

(nota 40) El ejemplo está tomado de la nota al art. 1694 , según el cual la facultad de comprar importa la de tomar dinero prestado.

(nota 41) C. Civil en Pleno, 16/5/1923, J.A., t. 10, p. 629.

(nota 42) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1390, nota 97 a); BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 326.

(nota 43) ACUÑA ANZORENA, loc. cit. en nota anterior; MACHADO, t. 4, p. 530.

(nota 44) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1391; MACHADO, t. 4, nº 532; LLERENA, t. 5, p. 465.

(nota 45) C. Civil 1ª Cap., 8/4/1942, J.A., 1942-II, p. 354. Aun cuando la sociedad se encuentre en liquidación: C. Com. Cap., Sala A, 7/7/1954, L.L., t. 75, p. 383.

(nota 46) C. Com. Cap., Sala A, 2/12/1953, L.L., t. 73, p. 492.

(nota 47) LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 407.

(nota 48) LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 411.

(nota 49) Es la solución admitida expresamente en los Códigos italiano, art. 2253; alemán, art. 706; suizo, art. 531. El Código español, como el nuestro, guarda silencio, pero la doctrina y la jurisprudencia aplican sin vacilaciones igual principio: véase PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 377; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, p. 396.

(nota 50) Cód. Civil italiano, art. 2253; suizo, art. 531.

(nota 51) C. Civil 2ª Cap., 1/5/1919, J.A., t. 3, p. 381.

(nota 52) C. Civil 1ª Cap., 20/5/1949, J.A., 1949-III, p. 106.

(nota 53) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1411.

(nota 54) MACHADO, t. 5, p. 545; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1411, nota 115. Estos autores reputan que el codificador incurrió en un error de doctrina al no distinguir entre la interrupción temporaria (en cuyo caso está bien que los demás socios sólo puedan pedir la disminución proporcional de las ganancias) y la permanente (en cuya hipótesis hay que admitir el derecho a pedir la disolución). A nuestro juicio no hay tal error. Lo que estos autores llaman interrupción permanente está contemplado en la primera parte del art. 1709 en la hipótesis de que el socio industrial no prestase el trabajo prometido sin culpa de su parte; y la solución que allí se da es precisamente la que estos autores propugnan.

(nota 55) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1411 in fine.

(nota 56) De acuerdo con nuestra solución: LLERENA, t. 4, p. 562. Es la solución del art. 1846, Cód. Civil francés. En contra: MACHADO, t. 4, p. 562; SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1432. ACUÑA ANZORENA, anotador de SALVAT, está de acuerdo con que la opinión de éste es la que se conforma con nuestro derecho positivo, aunque la cree injusta.

(nota 57) En este sentido: C. S. N., 20/8/1947, L.L., t. 47, p. 865; C. Com. Cap., 27/5/1949, L.L., t. 55, p. 754. En contra: C. Fed. Mendoza, 31/10/1947, L.L., t. 49, p. 39.

(nota 58) De acuerdo: MACHADO, t. 4, p. 562; LLERENA, t. 5, p. 489. En contra: SALVAT, t. 2, nº 1433. La misma discusión se ha planteado en la doctrina francesa: en el sentido que sostenemos en el texto: GUILLOUARD, nº 183; AUBRY y RAU, § 380; PONT, nº 263; POTHIER, nº 115; en contra: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, núms. 177 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 10, nº 1010. Debe decirse, empero, que los textos franceses favorecen la solución que propugnamos, pues el art. 1721 que establece el curso de los intereses de pleno derecho no agrega nada respecto de los daños derivados por la demora en entregar una cosa de distinta naturaleza, como lo hace nuestro art. 1721 .

(nota 59) Véase una buena síntesis de la discusión sobre este punto en BOLAFFI, La

societá semplice, ps. 177 y sigs.

(nota 60) De acuerdo con nuestro punto de vista, LARENZ, Obligaciones, t. 2, ps. 403 y 415.

(nota 61) LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 416.

(nota 62) De acuerdo: PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 405; LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 394; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, notas a ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, p. 393. Los autores anotados, en cambio, mantienen la opinión contraria aunque citan en el sentido que sostenemos en el texto la opinión de DERNBURG, PLANCK y KIPP (ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 173, III).

(nota 63) Conf. PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, loc. cit. en nota anterior.

(nota 64) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 174, I, 3.

(nota 65) MACHADO, t. 5, p. 546.

(nota 66) MACHADO, loc. cit. en nota anterior.

B.— GARANTÍA POR EVICCIÓN

1110/1383

1383. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.— El socio que aportare un cuerpo cierto, es responsable por evicción (arts. 1701 y 2132). Por lo común los Códigos extranjeros remiten sobre el punto a las reglas relativas a la compraventa (Códigos italiano, art. 2254; español, art. 1681; mexicano, art. 2702; venezolano, art. 1654; etc.). Pero como nuestro Código tiene disposiciones generales sobre la evicción (arts. 2089 a 2117) la referencia a la compraventa era en rigor innecesaria, por más que algunas de sus reglas sean aplicables por analogía.

1110/1384

1384. REGLAS PARTICULARES.— En caso de que la cosa aportada sufra evicción, el aportante responderá por los daños e intereses que resulten para la sociedad y para los otros

socios (art. 2132). Las consecuencias de la evicción deben considerarse con relación a distintos supuestos: que el aporte consista en cosas ciertas o en el usufructo o en el uso, o finalmente, en créditos.

1110/1385

1385. a) Aporte de cosas ciertas.— Ocurrida la evicción total, los restantes socios tienen los siguientes derechos: 1) continuar la sociedad con exclusión del aportante (ver nota 1), a menos que se tratare de cosas destinadas a ser vendidas y el aportante ofreciere sustituirlas por otras exactamente semejantes (art. 2135); 2) disolver la sociedad, a menos que el aportante sustituyese la cosa por otra igual; este derecho a disolver la sociedad se desprende claramente del art. 2133 y se conforma con la solución admitida para el caso evidentemente análogo de que no se hagan los aportes (véase nº 1373); 3) en cualquier caso tienen derecho a reclamar los daños y perjuicios que resultaren a la sociedad y a ellos personalmente (art. 2132). Pero los socios no tienen derecho a obligar al socio responsable a sustituir los bienes que sufrieron la evicción por otros exactamente semejantes (art. 2134); en cambio, pueden oponerse a la pretendida sustitución aunque se trate de bienes exactamente semejantes, si la cosa de que la sociedad ha sido privada está afectada a un destino especial por el contrato (art. 2136). La ley supone que en este caso, la sustitución de un bien por otro, aunque sea semejante, no resulta ya indiferente para la sociedad y no se la puede obligar a que lo reciba. Pero no debe extremarse el rigor en la aplicación de esta regla: si se demostrara que la sociedad no experimenta ningún perjuicio con la sustitución, debe admitirse el derecho de hacerla; la negativa de la sociedad sería en ese caso abusiva.

1110/1386

1386.— Si la evicción fuere parcial, los restantes socios sólo podrán disolver la sociedad cuando la importancia de la parte que sufrió la evicción respecto del todo fuere tal que dificultase el cumplimiento del objeto de la entidad. Tal es la solución que resulta de la aplicación analógica del artículo 2125 (ver nota 2).

1110/1387

1387.— En caso de disolución por evicción total o parcial, el socio responsable pagará las indemnizaciones debidas a la sociedad por todas las pérdidas que la disolución le ocasione (art. 2133). Esta reparación es comprensiva de todos los daños que hayan resultado a los socios de la privación de la cosa y la subsiguiente disolución de la entidad.

Si la sociedad continuase, la indemnización comprenderá: 1) el valor de la cosa o de la parte de ella de que la sociedad fue privada; 2) los gastos que la sociedad hubiese hecho para transportar o recibir los bienes vencidos; 3) las costas del pleito; 4) el valor de los frutos que la sociedad hubiese sido obligada a pagar al vencedor (art. 2133).

1110/1388

1388.— La obligación de garantía se extiende no sólo a la hipótesis de que la sociedad hubiese sido privada materialmente de la cosa o de una parte de ella, sino también al caso de que se vea obligada a reconocer servidumbres no declaradas en favor de terceros, o que sea privada de las servidumbres de que el predio gozaba respecto de otro vecino (ver nota 3), o que deba levantar una hipoteca que pesaba sobre el inmueble y que ella no hubiese tomado a su cargo en el contrato social (ver nota 4).

1110/1389

1389. b) Aporte de usufructo.— Si la prestación fuere el usufructo de un inmueble, la evicción obliga al aportante como al vendedor de frutos y pagará a la sociedad lo que se juzgue valía el derecho de usufructo (art. 2137), además de las indemnizaciones complementarias a que nos hemos referido anteriormente (nº 1387) (ver nota 5).

1110/1390

1390. c) Aporte de uso.— El art. 2138 contiene sobre el punto una disposición confusa: Si la prestación consistía en el uso de una cosa, el socio que lo concedió no es responsable a la evicción, sino cuando al momento del contrato sabía que no tenía derecho para conceder el uso de ella. Debe, sin embargo, ser considerado como el socio que ha dejado de aportar la cosa a que se obligó. Pero si se lo considera como tal, es responsable. ¿Cómo conciliar proposiciones tan contradictorias? Los primeros comentaristas de nuestro Código advirtieron que los autores citados por VÉLEZ al pie de la nota, aludían al préstamo gratuito, que no es precisamente el caso del aporte de un socio (ver nota 6). Si queremos eliminar la contradicción, habremos de admitir que la primera parte de este artículo se refiere al préstamo de una cosa hecha por el socio a la sociedad, no a título de aporte, sino con ánimo liberal; si en cambio, el goce de la cosa fue su aporte o parte de él, se aplica el último párrafo según el cual el socio debe responder por la evicción aunque no supiera que carecía de derecho para conceder el uso de la cosa (ver nota 7). Se aplicarán, entonces, las reglas de la evicción en la locación (véase nº 1313) (ver nota 8).

1110/1391

1391. d) Aporte de crédito.— Es también poco feliz el art. 2139 , que dice que si la prestación del socio fue de créditos, el socio responsable está obligado a la sociedad por la evicción como si él hubiese recibido el valor de los créditos. Expresada en términos tan generales y absolutos, esta disposición parece indicar que el aportante responde inclusive por la solvencia del deudor. No es ésta, sin embargo, la solución del art. 1707 , que sólo pone a cargo del aportante la responsabilidad de la solvencia del deudor en caso de que se hubiere acordado que la cobranza estaba a su cargo. Si esto no se hubiera estipulado ni el cedente hubiera garantido la solvencia del deudor, no responde por evicción. El art. 2139 debe, por tanto, considerarse referido a la hipótesis de que la incobrabilidad del crédito se

deba a su inexistencia o ilegitimidad y no a la insolvencia del deudor (ver nota 9).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013540 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013540

1110/13540

C.— GARANTÍA POR VICIOS REDHIBITORIOS

1110/1392

1392. REGLAS LEGALES.— El socio que aportó una cosa cierta es responsable por los vicios redhibitorios (art. 1701). Los socios carecen de la acción quanti minoris, que es propia de la compraventa (art. 2172) y sólo podrán hacer valer la redhibitoria. De igual modo pueden excluir al socio que puso la cosa viciada o disolver la sociedad (art. 2180).

Si el aporte consistiera sólo en el uso de la cosa, se aplicarán las reglas relativas a los vicios redhibitorios en la locación (véase núms. 720 y sigs.).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013550 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013550

1110/13550

D.— DEBER DE FIDELIDAD

1110/1393

1393. CONCEPTO Y APLICACIONES PRÁCTICAS.— El socio debe fidelidad a la sociedad y a los otros socios; es un deber que no sólo obliga a los socios a omitir lo que es perjudicial al interés común, sino a hacer lo que requieran las circunstancias y sea exigible a cada uno de acuerdo a lo que un hombre honorable y prudente espera de un socio (ver nota 10).

Nuestro Código consagra esta obligación en el art. 1724 , según el cual los socios deben poner en todos los negocios sociales la misma diligencia que pondrían en los suyos. Otras disposiciones hacen aplicaciones concretas del principio.

1110/1394

1394. a) Responsabilidad por actos u omisiones perjudiciales a la sociedad.— Todo socio debe responder ante la sociedad de los daños y perjuicios que por su culpa le hubiere causado (art. 1725).

Por conducta culpable debe entenderse toda acción u omisión (ver nota 11) que infrinja el deber de fidelidad y colaboración que debe esperarse de los socios y que perjudique a la sociedad; tales, por ejemplo, la divulgación de un secreto o negocio reservado (ver nota 12), la omisión de informaciones útiles a los negocios sociales; la negligencia en la conducción de un negocio o tratativa con terceros; la culpa o dolo en el ejercicio de la administración. No es indispensable que el socio haya obrado de mala fe (ver nota 13), aunque sin duda la concurrencia de ésta hace más clara la culpabilidad de la conducta y puede decidir la cuestión en casos dudosos.

El mero desinterés en los negocios sociales, por más que contraría en su esencia el deber de fidelidad, no da lugar a reparación mientras no se haya traducido en un perjuicio efectivo, desde que sin daño no hay acción.

El derecho de oposición no genera obligación de indemnizar aun cuando de su ejercicio hayan resultado perjuicios a la sociedad, a menos que fuera ejercido de mala fe o abusivamente (véase nº 1356).

1110/1395

1395.— El socio que hubiera ocasionado perjuicios a la sociedad con su conducta culpable, no podrá compensarlo con los beneficios que por su cuidado o industria le hubiere proporcionado en otros negocios (art. 1725). No hay compensación simplemente porque no hay deudas recíprocas; y ni siquiera desde el punto de vista de la equidad podría admitirse tal compensación, pues al obrar con cuidado y diligencia en la gestión de los negocios comunes, el administrador no ha hecho otra cosa que cumplir con su deber. Pero si se trata de un negocio único en algunos de cuyos aspectos ha mediado negligencia y perjuicio para la sociedad y en otros diligencia, acierto y beneficio, la equidad y la razón exigen que el negocio se examine en su conjunto; y si así considerado, ha sido beneficiosa la gestión, no hay responsabilidad (ver nota 14).

El grave incumplimiento del deber de fidelidad puede dar lugar incluso a la exclusión del socio culpable (véase nº 1413).

1110/1396

1396. b) Prohibición de realizar negocios del mismo género de los sociales.— Los socios no pueden hacer competencia a la sociedad. Haciendo aplicación de esta idea, dice el art. 1727 que el socio industrial debe a la sociedad lo que hubiese ganado con el trabajo que se obligó a aportar a ella. Aunque referida a este caso particular, es obvio que la regla debe generalizarse a las actividades de cualquiera de los socios que perjudicaran los negocios sociales (ver nota 15). Este principio no debe aplicarse con exageración. Nada se opone a

que el socio participe en otro negocio similar o que se asocie o trabaje para una sociedad análoga si en ello no hay perjuicio para la entidad (ver nota 16). Es ésta una cuestión que debe resolverse de acuerdo con las circunstancias del caso y conforme a la buena fe (ver nota 17). Cuando la sociedad hubiere desechado un determinado negocio, los socios pueden hacerlo por su cuenta (art. 1699).

1110/1397

1397. c) Obligación de representar a la sociedad.— Los socios no administradores no representan a la sociedad, que para ello tiene conferido mandato sea a uno de los socios, sea a un tercero; pero en caso de que los bienes sociales estén comprometidos por colisión de intereses entre la sociedad y el administrador o por negligencia o dolo de éste, los socios no administradores tienen el derecho y el deber de asumir la representación (art. 1726). Obsérvese que la ley le atribuye el carácter de una verdadera obligación, derivada del deber de fidelidad. Por tanto, si cualquiera de los socios, pudiendo asumir esa representación no lo hiciera, será responsable ante la sociedad de los daños y perjuicios que se le deriven, con independencia de la responsabilidad que eventualmente corresponda al socio administrador.

1110/1398

1398.— El socio no administrador tiene el deber de asumir la representación de la sociedad en los siguientes casos:

1) Cuando los intereses de la sociedad se opusieren a los del administrador designado por contrato o por acto posterior (art. 1726). La oposición de intereses debe ser evidente; la habrá cuando la sociedad estuviera en situación de demandar al administrador o cuando la sociedad y el administrador compitieran en un mismo negocio, como podría ser si ambos se presentaran a una misma licitación. No la habrá si los intereses son sólo paralelos o concurrentes (ver nota 18).

2) Cuando hubiese demanda contra alguno de los socios (art. 1726); aunque la disposición no lo dice expresamente, es obvio que debe tratarse de un socio administrador, pues si fuera contra uno no administrador, la defensa debe ser asumida por quien ostenta ese carácter (ver nota 19). Va de suyo que la solución es igual, sea la sociedad actora o demandada.

3) Cuando hubiere demanda contra terceros y el administrador fuese omiso en la defensa de la sociedad (art. 1726). En este caso el socio puede sustituir al administrador en el pleito y continuarlo. Puede ocurrir que, presentado un conflicto con un tercero, el administrador sea de opinión de no entablar juicio. ¿Puede el socio que no compartiere su opinión hacerlo en nombre de la sociedad? La cuestión es extremadamente delicada. Si se la resuelve afirmativamente, cualquiera de los socios podría demandar a nombre de la sociedad aun en contra de la voluntad del administrador o de la mayoría, con lo que compromete a la sociedad por las consecuencias del juicio (ver nota 20). Si se admite la solución contraria, el art. 1726 que reconoce a los socios el derecho de defender la sociedad en este caso, quedaría convertido en letra muerta. A nuestro juicio la solución es la siguiente: tratándose

de medidas urgentes (interrupción de un plazo, medidas precautorias, etc.) cualquiera de los socios está autorizado a actuar por sí mismo sin necesidad del asentimiento de la mayoría; fuera de esa hipótesis, los socios no pueden, sin autorización de la mayoría, iniciar una demanda a la que el administrador se opone.

1110/1399

1399.— En estos casos, el socio no administrador puede defender la sociedad e interponer los recursos que podría interponer en sus negocios propios (art. 1726). Adviértase que la autorización legal sólo se refiere a los recursos destinados a la mejor defensa de la sociedad; en ningún caso puede considerarse autorizado para transar en juicio, comprometer en árbitros, prorrogar la jurisdicción, renunciar al derecho de apelar o a la prescripción adquirida, ni hacer renuncia, remisión o quita, salvo el caso de falencia, para todo lo cual se necesitan poderes especiales (ver nota 21) (art. 1881 , incs. 3º y 4º).

1110/1400

1400. d) Extracción de fondos sociales en provecho propio— El socio que tomase dinero de la caja para usos propios debe los intereses a la sociedad desde el día que lo hizo, además de los daños y perjuicios que sufriere la sociedad (art. 1722). Los intereses se deben desde el día de la extracción, sin necesidad de constitución en mora (ver nota 22), porque la ley dice desde el día que lo hizo sin ningún otro requisito formal.

Para que corran los intereses no es necesario que haya daño para la sociedad (ver nota 23); así, por ejemplo, el socio que extrajo los fondos puede demostrar que éstos estaban inactivos o que, de haberlos tenido en caja, la sociedad no habría podido utilizarlo. No obstante ello debe los intereses hasta el momento del reintegro; pero no deberá otros daños.

1110/1401

1401.— Aunque la ley habla sólo del caso de extracción de fondos de la caja social, es indudable que la misma solución debe aplicarse cuando el socio ha retenido para sí fondos sociales, antes de su ingreso a la caja (ver nota 24).

Para responsabilizar al socio, basta probar que extrajo o retuvo en su poder fondos necesarios; si él quiere eludir su responsabilidad debe demostrar que se sirvió de ellos en interés común de los socios (ver nota 25).

1110/1402

1402. e) Deudas de un tercero a la sociedad y a un socio; imputación de su cobro.— Cuando un tercero adeuda obligaciones distintas y exigibles a la sociedad y a un socio administrador, lo cobrado por éste debe imputarse a la sociedad y al socio en proporción a

sus respectivas acreencias, si el administrador no prefiere imputar una cantidad mayor al crédito de la sociedad (art. 1728); lo que le está prohibido es imputar al pago de su propio crédito una suma mayor que la que corresponde proporcionalmente a los montos respectivos. Y si lo hubiere hecho así, deberá reintegrar a la sociedad lo que a ésta correspondía, con más sus intereses y daños y perjuicios si los hubiere (art. 1722).

La solución es lógica, pues habría deslealtad en la conducta del administrador que posterga el cuidado de los intereses que se le han confiado en beneficio de los suyos personales.

1110/1403

1403.— Para que la regla legal opere, es preciso que ambas deudas sean exigibles (art. 1728); si el socio administrador ha cobrado su crédito antes de que fuera exigible la deuda social, su conducta es legítima. Es menester también que no sea el propio deudor quien haya elegido al socio administrador en razón de que el crédito de éste le era más gravoso, ya sea porque devengaba mayores intereses o porque estaba garantizado con hipoteca, prenda, etcétera (art. 1728). En este supuesto no se le podría negar al deudor el derecho a desobligarse de su deuda más gravosa. Pero si las condiciones de ambas son iguales y no obstante ello el deudor eligiese pagarle al socio, la sociedad puede exigir de éste el reintegro proporcional a su acreencia. De lo contrario se facilitaría una colusión dolosa en perjuicio de la sociedad (ver nota 26).

1110/1404

1404.— Esta regla se aplica sólo al socio administrador, sea designado especialmente para esas funciones sea que las desempeñe cualquiera de los socios en razón de no haber administrador designado (ver nota 27); pero no al socio no administrador, quien tiene derecho a cobrar íntegramente sus créditos a pesar de que el mismo deudor tenga otra deuda exigible con la sociedad (ver nota 28).

1110/1405

1405. f) Insolvencia del deudor subsiguiente al pago parcial de una deuda común.— Puede ocurrir que un deudor de la sociedad caiga en insolvencia después de haberle pagado a alguno de los socios la parte que a él le correspondía en el crédito social; en tal caso, el socio debe traer a la masa social lo que cobró (art. 1729). Dos explicaciones igualmente valederas se han dado de esta solución, cuyos orígenes se remontan al derecho romano (ver nota 29): por una parte, el deber de fidelidad obliga a los socios a distribuir equitativamente el producido de los negocios sociales; por otra, el socio no ha podido percibir, ni siquiera parcialmente, un crédito que no era el suyo sino de una entidad con personería propia como es la sociedad. Cualquiera que sea el fundamento de la norma, hay que reconocer que es inútil. Porque la obligación de reintegro la tiene el socio, caiga o no en insolvencia el deudor, ya que él no puede dar recibo de un crédito que es de la sociedad sino a nombre de ésta.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013560
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013560

1110/13560

§ 4.— Derechos de los socios

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013570
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013570

1110/13570

A.— REEMBOLSO DE ANTICIPOS Y REINTEGRO DE PÉRDIDAS

1110/1406

1406. REGLA LEGAL.— Los socios tienen derecho a que la sociedad les reembolse:

a) Las sumas que hayan adelantado con conocimiento de ella en razón o con motivo de los negocios sociales (art. 1731). ¿Se aplica esta disposición a todos los socios o sólo a los no administradores? Cuando el gasto ha sido hecho por el administrador designado, es obvio que no es necesario que los demás socios tengan conocimiento de su realización, pues en tal caso, el administrador obra como mandatario autorizado para la realización de las gestiones y de los gastos (ver nota 30). En cambio, el requisito del conocimiento por la sociedad resulta claramente aplicable al caso de las gestiones hechas por los socios no administradores (ver nota 31).

El socio que ha obrado sin conocimiento de la sociedad sólo podrá exigir el reintegro en la medida del enriquecimiento experimentado por ésta (ver nota 32).

Pero sólo habrá derecho al reintegro (trátese de gastos hechos por el administrador o por otro socio, haya o no mediado conocimiento de la sociedad) si el gasto fue hecho de buena fe (ver nota 33); mediando mala fe, sólo podrá pretender el reembolso en la medida del enriquecimiento (ver nota 34).

1110/1407

1407.— b) Las pérdidas experimentadas en la gestión de los negocios sociales (art. 1731). Hubiera bastado con esta disposición, pero el art. 1732 aclara: los socios no tienen derecho a indemnización alguna cuando la gestión de los negocios sociales no ha sido una ocasión

puramente accidental (de la pérdida). VÉLEZ SARSFIELD quiso eliminar las dudas en una cuestión que, como lo recuerda MACHADO, ya se había debatido entre proculeyanos y sabinianos (ver nota 35). Habría sido suficiente con aplicar al regla de que no se responde por las consecuencias casuales de un hecho.

1110/1408

1408. INTERESES.— La sociedad debe reembolsar esas sumas con sus intereses desde el momento en que se hizo el desembolso o se sufrió la pérdida, sin necesidad de constitución en mora (ver nota 36).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013580
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013580

1110/13580

B.— BENEFICIO DE COMPETENCIA

1110/1409

1409. REGLA LEGAL.— Los socios tienen el beneficio de competencia (arts. 1733 y 800 , inc. 4º). Se explica que así sea porque resulta repugnante al espíritu de comunidad que inspira la sociedad, que uno de los socios pudiera ser dejado en la miseria.

Para que el beneficio de competencia pueda ser invocado, es menester que la deuda nazca del contrato social o se haya contraído con motivo de las actividades sociales; las deudas particulares de uno de los socios respecto de otro de ellos no permiten hacerlo valer (art. 1733). También lo tienen los socios cuya deuda para la sociedad se ha originado en su dolo o fraude. Para un estudio completo de este tema remitimos al Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. I, núms. 834 y siguientes.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013590
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013590

1110/13590

C.— ASOCIACIÓN DE UN TERCERO A SU PARTE

1110/1410

1410. SOLUCIÓN LEGAL.— Los socios no pueden incorporar a un tercero a la sociedad, ya sea como nuevo socio con propio aporte, ya sea como cesionario total o parcial de su parte (art. 1730), salvo que sea autorizado por todos sus consocios. Es una solución que surge necesariamente de que la sociedad es, en el ámbito civil, un contrato celebrado intuitu personae.

Pero si no se puede asociar un tercero a la sociedad, en cambio no hay inconveniente en asociarlo a la parte del socio (art. 1730). Las consecuencias serán las siguientes: a) frente a la sociedad habrá solamente un socio, el que lo era por el contrato, único que tiene derecho a intervenir en su gobierno, sea para administrarla, sea para formar mayoría; el asociado a su parte sólo por excepción puede hacer valer ciertos derechos contra la sociedad por vía de acción oblicua (véase núms. 1329 y sigs.); b) frente al coasociado se aplican las reglas generales del contrato de sociedad, sólo que el socio primitivo viene a tener el carácter de administrador necesario de esta subsociedad, pues frente a la sociedad originaria sólo puede actuar él, salvo el derecho del subsocio de exigirle rendición de cuentas (ver nota 37).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013600
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013600

1110/13600

D.— DERECHO A LA EXCLUSIÓN DEL CONSOCIO

1110/1411

1411. JUSTAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN.— Los socios no pueden ser excluidos de la sociedad por sus coasociados mientras no hubiere justa causa (art. 1734). Pero si la hay, pueden serlo a pedido de cualquiera de los consocios; este derecho a pedir la exclusión es irrenunciable (art. 1653 , inc. 1º). Según el art. 1735 habrá justa causa:

1110/1412

1412. a) Cuando contra la prohibición del contrato cediese sus derechos a otros (inc. 1º).— Es verdad que la cesión no podrá hacerse valer contra la sociedad, para la cual el cedente sigue siendo socio (véase nº 1327), pero de cualquier modo ella no es indiferente al acto realizado porque el cedente actuará como mandatario del cesionario (nº 1331), obedecerá sus instrucciones y a través de él se hará sentir en la sociedad la influencia de una voluntad extraña. Para que esta sanción pueda imponerse, es necesario que la prohibición esté contenida en el contrato, no bastando con la que deriva solamente de la ley; pero no será indispensable que esté dispuesta expresamente si surge con claridad del contrato (ver nota 38).

1110/1413

1413. b) Cuando no cumpliese con alguna de sus obligaciones para con la sociedad, tenga o no culpa (inc. 2º).— Adviértase que la ley permite excluir al socio que no cumplió, haya o no culpa de su parte; es decir, aunque el incumplimiento derive de una fuerza mayor. Es que, como dice SALVAT, la sociedad exige una colaboración permanente y recíproca de todos los socios y si uno de ellos deja de prestarla por cualquier motivo que sea, no es razonable exigir a los otros que sigan prestando la suya (ver nota 39).

Para que el incumplimiento dé lugar a la expulsión del socio, debe revestir gravedad y referirse a obligaciones importantes (ver nota 40). Así, se ha declarado que es causa suficiente el incumplimiento de la obligación de aportar (ver nota 41), la conducta del socio que compromete los intereses de la sociedad o perturba su normal funcionamiento y demuestra poco interés por el trabajo común, como lo revela el hecho de tomarse 40 días corridos de vacaciones en contra de la voluntad de los consocios y el de llegar tarde a cumplir con sus obligaciones cotidianas (ver nota 42); librar cheques sin provisión de fondos a nombre de la sociedad, porque lesiona su crédito (ver nota 43); ser el motivo de las discordias nacidas entre los socios (ver nota 44); promover sin razón atendible un pleito gravemente dañoso para la sociedad (ver nota 45). En cambio, no es causa suficiente de exclusión del socio gerente la disparidad de las opiniones de los socios sobre la forma de conducir los negocios sociales, ni las deficiencias que arroja la teneduría de libros, aunque éstos fuesen llevados con irregularidad y gran atraso, si tales deficiencias no se le pueden imputar exclusivamente y, en cambio, conserva en orden toda la documentación para hacer factible la actualización de los libros (ver nota 46).

Un incumplimiento no grave, pero reiterado, puede justificar la expulsión; tal sería, la permanente falta de colaboración, el incumplimiento frecuente de su trabajo, la oposición sistemática y obstruccionista (ver nota 47), etcétera.

1110/1414

1414.— ¿Basta un incumplimiento temporario para decretar la expulsión? Pensamos que en este caso es necesario distinguir: si se trata de un incumplimiento culpable del que derivaron perjuicios sensibles a la sociedad, la expulsión es procedente; pero si obedece a una causa de fuerza mayor y el socio reanuda el cumplimiento de sus obligaciones inmediatamente después de cesada aquélla, no hay lugar, a nuestro juicio, para la exclusión. El artículo 1735 , inciso 2º no podría hacerse valer en contra de esta solución firmemente asentada en los principios que sustentan la responsabilidad contractual, porque esa disposición tiene en vista un incumplimiento permanente; sólo en ese caso es justo prescindir del elemento culpabilidad en la decisión de la expulsión, que no tiene entonces el carácter de una sanción (ver nota 48) sino que es simplemente la consecuencia natural de la imposibilidad de cumplir con las prestaciones que se esperaban del socio impedido de hacerlas. Pero cuando éste se encuentra nuevamente en condiciones de cumplir, la expulsión sería una sanción y es imposible imponerla a quien no tiene culpa.

1110/1415

1415.— De cualquier modo, el elemento culpa no es nunca indiferente, pues el socio culpable que fue expulsado deberá además los daños y perjuicios, no así el que carecía de ella (ver nota 49).

1110/1416

1416. c) Cuando le sobreviniese alguna incapacidad (inc. 3º).— En verdad este inciso podría haberse suprimido, pues está comprendido dentro de los términos más amplios del anterior; en efecto, la incapacidad es una causal de exclusión sólo en tanto se traduzca en una imposibilidad de cumplir. Tal podría ser la demencia, una enfermedad física grave, etcétera.

1110/1417

1417. d) Cuando perdiese la confianza de los otros socios, por insolvencia, fuga, perpetración de algún crimen, mala conducta, provocación de discordia entre los socios u otros hechos análogos (inc. 4º).— Se trata de una enumeración simplemente enunciativa; cualquier hecho grave suficiente para hacer perder la confianza en el que lo comete, puede dar origen a la expulsión. Bien entendido que cuando la ley alude a crímenes no se refiere a los delitos culposos, que no arrojan deshonor sobre el autor.

Pensamos que para que la insolvencia del socio pueda traducirse en su expulsión, debe mediar declaración de concurso o quiebra. A nuestro juicio no bastaría la simple convocatoria de acreedores o la existencia de embargos más o menos numerosos. Incluso la falencia carece de relevancia suficiente para decretar la expulsión del socio industrial (art. 1736), porque el concursado o quebrado no queda privado de trabajar.

1110/1418

1418. QUIÉN DECRETA LA EXPULSIÓN; RECURSO DEL EXPULSADO.— El Código no ha previsto punto tan importante; a falta de previsión legal, hay que volver a la regla cardinal de las sociedades: la mayoría (ver nota 50). Los administradores no podrían hacerlo, pues evidentemente la expulsión de un socio excede los límites normales de la administración y se vincula más bien con la disolución de la entidad. Pero no hay inconveniente en que el contrato social regule de otro modo el punto, ya sea exigiendo una mayoría especial (dos tercios, tres cuartos) ya sea atribuyendo esa facultad de modo expreso a los administradores, quienes gozarían en tal caso de un poder habilitante especial (ver nota 51).

El afectado puede interponer recurso ante la justicia contra la decisión que lo expulsa (ver nota 52); este recurso no puede ser coartado por una cláusula contractual, pues si la decisión de la mayoría fuera inapelable, la sociedad contaría con una vía para burlar el

régimen legal que quiere que la expulsión sólo pueda decretarse en virtud de justas causas (ver nota 53).¿Puede un socio, en contra de la decisión de la mayoría, pedir judicialmente la expulsión de un coasociado? Indudablemente sí, pues la atribución de expulsar al socio no puede ser ejercitada arbitrariamente por la mayoría; y así como hay recurso contra la decisión que decreta la expulsión, debe haberlo contra la que la deniega. De lo contrario, la minoría quedaría supeditada a la actuación arbitraria de la mayoría. El art. 1738 brinda otro argumento importante en apoyo de esta solución, pues dispone que el socio que no quisiere ejercer el derecho de expulsión puede renunciar, lo que significa que puede ejercerlo personalmente (ver nota 54). En suma, será siempre el juez quien tenga la decisión de la cuestión, pero con una diferencia importante: en caso de que la mayoría disponga la expulsión, el socio queda separado desde ese momento, a menos que luego obtenga la revocación judicial; en el otro supuesto en cambio, la minoría no decide nada y la separación sólo se hará efectiva desde que la ordena el juez, aunque con efectos retroactivos al día de la demanda (ver nota 55).

1110/1419

1419. EFECTOS DE LA EXCLUSIÓN; REMISIÓN.— El Código trata de los efectos de la exclusión juntamente con los de la renuncia. Para ajustarnos a ese método, trataremos esta materia en los números 1426 y siguientes.

(nota 1) MACHADO, t. 5, p. 544; LLERENA, t. 6, p. 402; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 2292, nota 81 b).

(nota 2) SALVAT está de acuerdo en que esta disposición es aplicable por analogía a nuestro caso: Contratos, t. 3, nº 2288.

(nota 3) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 2290; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 10, nº 1012; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 184.

(nota 4) SALVAT, loc. cit. en nota anterior; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 185.

(nota 5) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 2, nº 2294.

(nota 6) Véase en este sentido: SEGOVIA, t. 1, nota 44 al art. 2140 de su numeración; MACHADO, t. 5, p. 546.

(nota 7) MACHADO, loc. cit. en nota anterior; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT,

Contratos, t. 3, nº 2294, nota 83 a).

(nota 8) MACHADO opina, a nuestro juicio con error, que deben aplicarse las reglas de la compraventa de frutos (t. 5, p. 546).

(nota 9) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2296, nota 84 a); LAFAILLE, Contratos, t. 2, nº 736.

(nota 10) LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 404.

(nota 11) De acuerdo en que también una omisión configura una conducta culpable: SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1437; LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 404; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 197.

(nota 12) LARENZ, loc. cit. en nota anterior.

(nota 13) Nota del codificador al art. 1725; SALVAT, loc. cit. en nota anterior.

(nota 14) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1439; MACHADO, t. 4, p. 566; LLERENA, t. 5, p. 494; SEGOVIA, t. 1, nota 44 a su art. 1727; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 199, PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1035.

(nota 15) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1440; en contra: MACHADO, t. 4, p. 571; LLERENA, t. 5, p. 498.

(nota 16) MACHADO, loc. cit. en nota anterior; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 196 bis.

(nota 17) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 174, II.

(nota 18) MACHADO, t. 4, ps. 568 y sigs.

(nota 19) MACHADO, t. 4, p. 569.

(nota 20) MACHADO (loc. cit. en nota anterior) sostiene que en este supuesto cualquiera de los socios puede intentar la acción corriendo por su cuenta los riesgos de la gestión y debiendo ser indemnizados por la sociedad con lo que obtuvieren. La solución no nos parece admisible. Permitiría que cuando un pleito se presentara como dudoso, los socios acordaran reservadamente que la demanda fuera entablada por uno de los socios (que por hipótesis es insolvente), dejando constancia ostensible de la oposición del administrador y la mayoría. Si el pleito se gana, la sociedad sale beneficiada; si se pierde, no sufre sus consecuencias. Y el demandado vencedor no tendrá cómo hacer efectiva la responsabilidad derivada del juicio.

(nota 21) MACHADO, t. 4, p. 569.

(nota 22) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1434; SEGOVIA, t. 1, nota 62 al art. 1724 de su numeración; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 10, nº 1032; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 190.

(nota 23) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1436; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 192.

(nota 24) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1435; MACHADO, t. 4, p. 563; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 10, nº 1032; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 191.

(nota 25) MACHADO, t. 4, p. 563, ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1436, nota 143 b); AUBRY y RAU, § 381 bis.

(nota 26) De acuerdo: MACHADO, t. 4, p. 573.

(nota 27) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1442.

(nota 28) SALVAT, loc. cit. en nota anterior; MACHADO, t. 4, p. 571; LLERENA, t. 5, p. 499.

(nota 29) Digesto, ley 63, § 5, título 2, lib. 17.

(nota 30) MACHADO, t. 4, p. 577.

(nota 31) MACHADO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 32) MACHADO, t. 4, p. 577.

(nota 33) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1451, nota 152 bis; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 10, nº 1036; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 214.

(nota 34) Autores citados en nota anterior.

(nota 35) MACHADO, t. 4, p. 581.

(nota 36) MACHADO, t. 4, p. 578; SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1453; LLERENA, t. 5, p. 506; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 10, nº 1036; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 215; GUILLOURAD, De la société, nº 166; AUBRY y RAU, § 381.

(nota 37) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1449; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 226; GUILLOUARD, De la société, nº 263.

(nota 38) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1457; LLERENA, t. 5, p. 509.

(nota 39) SALVAT, loc. cit. en nota anterior.

(nota 40) LLERENA, t. 5, p. 510; MACHADO, t. 4, ps. 584 y sigs., texto.

(nota 41) C. Com. Cap., 1/5/1920, J.A., t. 5, p. 686.

(nota 42) C. Com. Cap., Sala A, 16/10/1959, L.L., t. 97, p. 217 y J.A., 1960-II, p. 270.

(nota 43) Fallo citado en nota anterior.

(nota 44) Fallo citado en nota 2314; C. Com. Cap., Sala B, 21/10/1959, L.L., t. 98, p. 130.

(nota 45) Fallo de la C. Com. Cap., Sala B, cit. en nota anterior.

(nota 46) Fallo citado en nota anterior.

(nota 47) C. Civil Cap., Sala B, 31/10/1978, L.L., t. 82, p. 388.

(nota 48) Dice LAFAILLE que no es una pena (t. 2, nº 581), opinión a la que adhiere ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1457, nota 155 a).

(nota 49) MACHADO, t. 4, p. 585 in fine.

(nota 50) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala C, 17/10/1963, J.A., 1963-VI, p. 497 y L.L., t. 114, p. 104 (el tribunal transcribió literalmente nuestro párrafo).

(nota 51) De acuerdo: MACHADO, t. 4, p. 583. Este autor va más allá y sostiene que el contrato podría disponer que la expulsión queda librada al arbitrio de alguno de los socios. Es una opinión inadmisible, pues significa negar el derecho a la apelación, que según lo demostramos en el texto es de orden público.

(nota 52) De acuerdo en el derecho de apelación: SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1460; LLERENA, t. 5, p. 510. Estos autores sostienen, sin distinguir si la expulsión ha sido dispuesta por la mayoría o no, que decidida por los demás socios la expulsión, si el afectado se opone, la cuestión debe someterse a la decisión judicial. Nos parece que el sistema que nosotros propugnamos es más práctico y se adecua a lo que es jurisprudencia reiterada en materia de asociaciones (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, nº 657).

(nota 53) Juzgamos de aplicación al caso la jurisprudencia sentada en materia de expulsión de los miembros de una asociación civil (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, núms. 658 y sigs.).

(nota 54) Esta solución es expresa en el Código francés, art. 457; alemán, art. 723; español, art. 1707; venezolano, art. 1679; peruano, art. 1719. En cambio en el derecho italiano el derecho de exclusión sólo corresponde a la mayoría (art. 2287) con recurso ante la justicia.

(nota 55) C. Civil Cap., Sala C, 17/10/1963, J.A., 1963-VI, p. 497 y L.L., t. 114, p. 104. GARO, Sociedades comerciales, t. 1, vol. 2, nº 396, opina que en el caso de expulsión pedida por un socio, la disolución se opera en el momento en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, lo que contradice lo dispuesto por el art. 1776 .

E.— DERECHO A RENUNCIAR A LA SOCIEDAD

1110/15210

1419 bis. SOCIEDADES POR TIEMPO DETERMINADO.— Las sociedades por tiempo determinado no pueden renunciarse por los socios sin justa causa (art. 1738). Es natural que así sea, porque los otros socios han hecho previsiones en mira al tiempo durante el cual todos se comprometieron a mantenerse asociados y no sería justo que esa previsión pudiese ser burlada unilateralmente. Esta disposición tan razonable es la mejor prueba de que la affectio societatis no es un elemento esencial para la vida de la sociedad, ya que los socios deben mantenerse asociados, aun cuando ya no quieran estarlo.

Habrá justa causa para la renuncia:

a) Cuando el administrador de la sociedad hubiere sido removido o hubiere renunciado (art. 1738); pero debe tratarse del socio administrador designado en el contrato; si lo fue posteriormente o si se trata de un administrador extraño, sea o no designado en el contrato, su remoción o renuncia no da derecho a los socios para renunciar como tales.

b) Cuando hubiere motivo para la exclusión de algún socio y no quisiere ejercer ese derecho (art. 1738). Es decir, que la ley confiere la siguiente opción a los consocios del que ha incurrido en una falta susceptible de provocar su expulsión: o bien pedir su expulsión (véase nº 1418) o bien renunciar a la sociedad. De esta manera, la ley se propone evitar a los socios la enojosa actitud de plantear la expulsión del consocio.

c) Cuando la justa causa de la exclusión se ha dado con relación al propio socio renunciante, por un motivo que no le es imputable; por ejemplo, la alienación mental o una enfermedad que impidiese al socio cumplir con sus obligaciones (ver nota 1).

Nada se opone a que el contrato amplíe los motivos por los cuales el socio puede renunciar y aun establecer que podrá hacerlo cuando lo crea conveniente (ver nota 2); sólo que en esta hipótesis la sociedad no será ya de tiempo determinado, por más que alguna cláusula del contrato fije la fecha de duración.

1110/1420

1420. EL DERECHO DE RENUNCIAR POR JUSTA CAUSA ES DE ORDEN PÚBLICO. — Es nula la cláusula contractual por la cual los socios se comprometen a no renunciar aunque hubiera justa causa para hacerlo (art. 1653 , inc. 1º). La ley ha considerado, con

razón, que de aceptar la solución contraria se dejaría a los socios de buena fe en la imposibilidad de defenderse contra la negligencia o la deshonestidad de los otros.

1110/1421

1421. SOCIEDADES POR TIEMPO INDETERMINADO.— La sociedad por tiempo indeterminado puede renunciarse en cualquier momento por los socios siempre que la renuncia no sea de mala fe o intempestiva (art. 1739). Es natural que así sea, pues por lo mismo que no se ha fijado plazo, debe entenderse que los socios se reservaron el derecho de apartarse de la sociedad siempre que así conviniera a sus intereses.¿Qué debe entenderse por tiempo indeterminado? A nuestro entender, el texto legal es claro. Tiempo indeterminado es tiempo no determinado en el contrato, concepto que debe distinguirse del plazo indeterminado o incierto a que alude el art. 568 . Así, por ejemplo, si la sociedad se pacta por el tiempo necesario para realizar el objeto social (por ej.: la construcción de una obra pública), habrá plazo incierto pero tiempo determinado. La cuestión se ha suscitado con motivo del texto francés que inspiró a VÉLEZ, aunque éste cambió su redacción. El art. 1869 del Código Napoleón, dispone que cuando la sociedad es de término ilimitado, cualquiera de los socios puede renunciar en cualquier momento. El propósito era evitar las sociedades que se prolongaran más allá de la vida humana o durante toda la vida de los socios, lo cual parece atentatorio contra la libertad. VÉLEZ SARSFIELD alteró el texto y el concepto. Nuestra ley sólo confiere el derecho de renunciar en cualquier momento, cuando el contrato no ha determinado la duración de la sociedad, sea expresa o implícitamente. Empero, creemos que una sociedad que ligara a uno de los socios de por vida sin darle oportunidad de retirarse cuando ella no conviniera ya a sus intereses, resulta lesiva de la libertad y contraria al espíritu de hermandad que sustenta la idea social. Tal cláusula sería nula y por tanto no impediría el ejercicio del derecho de renuncia, como si la sociedad careciere de plazo (ver nota 3).

1110/1422

1422.— Aun siendo por tiempo indeterminado la sociedad, el contrato social puede válidamente estipular que ninguno de los socios podrá renunciar sin un preaviso (por ej., un año, seis meses, etc.) (ver nota 4); o bien que el retiro del socio le significará la pérdida de un porcentaje de sus aportes (ver nota 5). Va de suyo que tales cláusulas no funcionan si el socio ha tenido justa causa para renunciar.

1110/1423

1423. RENUNCIA DE MALA FE O INTEMPESTIVA.— Pero el derecho de renunciar a las sociedades sin término, tiene una limitación: no podrá hacerse de mala fe o intempestivamente (art. 1739).

La renuncia será de mala fe cuando se haga con la intención de aprovechar exclusivamente un negocio o ventaja que hubiera correspondido o podido corresponder a la sociedad (art.

1740). Como ocurriría si renunciara para presentarse a una licitación en condiciones más ventajosas que las sociedad ofreció o se propone ofrecer. Será intempestiva cuando la actitud del socio sea inesperada y perjudicial al negocio o negocios que en ese momento se estaban llevando a cabo (ver nota 6). Es ésta una cuestión de hecho cuya apreciación queda librada al arbitrio de los jueces.

1110/1424

1424. EFECTOS DE LA RENUNCIA DE MALA FE.— La renuncia hecha de mala fe es nula respecto de los socios. Lo que el renunciante ganare en el negocio que ha tenido en mira al renunciar, pertenece a la sociedad; pero si perdiese en él, la pérdida es de su sola cuenta (art. 1741). Como bien lo dice MACHADO la renuncia no es nula, a pesar de que así lo dispone el art. 1741 ; la verdadera sanción es la que impone la segunda parte de este artículo: el socio renunciante debe entregar sus ganancias a la sociedad pero las pérdidas corren por su exclusiva cuenta (ver nota 7). Pero la sociedad queda disuelta, porque una vez satisfecho el interés social dañado con la renuncia de mala fe (la pérdida de las ganancias eventuales) no puede negarse al socio el derecho a retirarse cuando la sociedad no tiene tiempo determinado.

1110/1425

1425. EFECTOS DE LA RENUNCIA INTEMPESTIVA.— El que renunciare intempestivamente debe satisfacer los perjuicios que la renuncia causare a la sociedad (art. 1741). Aquí la sanción está claramente expresada y la ley no habla ya de nulidad como erróneamente dice en el caso anterior.

1110/1426

1426. EFECTOS DE LA EXCLUSIÓN O RENUNCIA.— La exclusión o renuncia de un socio da derecho a cualquiera de los restantes a pedir la disolución de la sociedad, pero nada se opone a que éstos, de común acuerdo, la continúen (art. 1769). Respecto del socio excluido o renunciante, los efectos son los siguientes:

1110/1427

1427. a) En cuanto a los negocios concluidos, el socio excluido o renunciante, sólo participará de las ganancias realizadas hasta el día de la exclusión o renuncia (art. 1742 , inc. 1º).— La ley supone que la sociedad continúa y limita la participación del socio separado al día en que dejó de pertenecer a la entidad. Lo que se dispone respecto de las ganancias rige también para las pérdidas.

1110/1428

1428. b) En cuanto a los negocios pendientes, la sociedad continuará con el socio excluido o renunciante hasta la terminación de los negocios (art. 1742 , inc. 2º).— La solución es razonable: evita que la sociedad se prevalezca de una coyuntura favorable (el incumplimiento de un socio) para excluirlo de las ganancias inminentes de algún buen negocio o que el socio renuncie para evitarse las pérdidas previsibles de un negocio infortunado. Y aunque la sociedad se disolviera como consecuencia del egreso del socio, la ley la reputa subsistente a todos los efectos de la terminación de los negocios pendientes.

1110/1429

1429. c) En cuanto a las deudas pasivas de la sociedad, hasta el día de la exclusión o renuncia, los acreedores conservarán sus derechos contra el socio excluido o renunciante, del mismo modo que contra los socios que continuasen en la sociedad, aunque éstos hayan tomado a su cargo el pago total; salvo si expresamente y por escrito exonerasen al socio excluido o renunciante (art. 1742 , inc. 3º).— Es una aplicación de los principios que rigen la asunción de deudas. Mientras esa asunción no sea consentida por el acreedor, no desobliga al socio separado; frente al acreedor habrá dos deudores: el socio separado y los que asumieron su obligación.

1110/1430

1430. d) En cuanto a las deudas pasivas de la sociedad, posteriores a la exclusión o renuncia, los acreedores sólo tendrán derecho contra los socios que continuasen en la sociedad, y no contra el socio excluido o renunciante, a no ser que hubiesen contratado sin saber la exclusión o la renuncia (art. 1742 , inc. 4º).— Y el inciso siguiente agrega que la exclusión o la renuncia no perjudicará a los acreedores por deudas posteriores, y a terceros en general, si no fue publicada, o si de otro modo no tuvieron conocimiento oportuno de la exclusión o renuncia. Pero como la ley no dice en qué forma debe hacerse la publicación, ésta no se hace nunca o casi nunca. Es una omisión lamentable. De cualquier modo, la publicación no es esencial; lo importante es que el tercero se haya enterado por cualquier medio de la separación forzosa o voluntaria del socio. Mientras ello no se pruebe, el tercero se verá perjudicado por la separación (véase nº 1479).

En cuanto a las deudas derivadas de negocios que tuvieron su origen antes de la separación pero que surgieron después, el socio separado responde, pues se trata de los negocios pendientes a los que aluden los incs. 1º y 2º de este artículo.

1110/1431

1431.— ¿Pueden acordar las partes sea en el contrato social, sea en el momento de la separación, que el socio excluido o renunciante quedará eliminado de la sociedad aun respecto de los negocios pendientes? Si todos los socios (incluido el separado) han dado su conformidad, la estipulación es válida entre las partes (ver nota 8), no así con relación a los

terceros acreedores, que mantienen incólumes sus derechos contra el socio separado, a menos que consientan en su liberación.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013620 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013620

1110/13620

G.— PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

1110/1432

1432. REGLAS LEGALES.— Los socios tienen derecho a participar en los beneficios periódicos y en las ganancias resultantes al momento de la liquidación de la sociedad. Es nulo el contrato social en el cual se establezca que uno de los socios no participa en los beneficios (art. 1652).

La proporción en que los socios deben participar en ellos, queda librada a la convención de las partes; es lícito estipular que los beneficios no guarden relación con el aporte (art. 1654 , inc. 1º); que alguno de los socios no soporte las pérdidas en la misma proporción que las ganancias (art. 1654 , inc. 5º); que cualquiera de los socios tenga derecho alternativo o a una cantidad anual determinada o a una cuota de las ganancias eventuales (art. 1654 , inc. 2º). Es también lícito dejar librada la fijación de las proporciones en que se repartirán los beneficios, a la determinación de un tercero; y ellas sólo serían impugnables en caso de ser notoriamente contrarias a la equidad (ver nota 9). En cambio, es nula la cláusula que deja librada la determinación de las partes a la decisión de uno de los socios (ver nota 10). Igualmente inválida es la estipulación por la cual se asegure a uno de los socios, sea capitalista o industrial, un beneficio mínimo, haya o no ganancias (art. 1653 , incs. 3º, 4º y 5º), salvo el derecho del socio industrial a percibir sueldos o salarios si así lo convinieren las partes (véase nº 1302, e).

1110/1433

1433.— En caso de que el contrato no establezca la proporción en que los socios deben participar en los beneficios, pero sí en las pérdidas, se observará igual proporción; y si tampoco se fijase la proporción de las pérdidas, los beneficios se adecuarán al monto de los respectivos aportes (art. 1778). En caso de que la sociedad sea de capital e industria, la participación de los socios en los beneficios se regirá por las reglas de los arts. 1779 y siguientes (véase núms. 1484 y sigs.). Si el aporte fuera solamente del uso de una cosa no valuado en el contrato, su valuación se hará judicialmente, en defecto de acuerdo entre los socios; establecido ese valor, los beneficios se distribuirán proporcionalmente.

1110/1434

1434.— ¿En qué momento puede ser exigido el pago de los beneficios? Habrá que estar a lo dispuesto en el contrato; y si éste no lo prevé hay que admitir que los beneficios deben ser distribuidos anualmente, al fin del ejercicio financiero, porque ésa es la costumbre (ver nota 11).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013630
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013630

1110/13630

H.— DERECHO DE USAR LAS COSAS DE LA SOCIEDAD

1110/1435

1435. ¿TIENEN DERECHO LOS SOCIOS DE USAR LAS COSAS DE LA SOCIEDAD? — Nuestro Código ha guardado silencio sobre esta cuestión, que en la legislación comparada ha dado lugar a soluciones dispares. Algunos Códigos autorizan ese uso, hecho en interés particular, siempre que sea conforme con la costumbre y no impida el derecho similar de los otros consocios (ver nota 12); otros lo niegan, salvo el consentimiento de los consocios (ver nota 13). Esta última solución nos parece más adecuada a la idea de que el patrimonio social es distinto del individual de los socios. Pero quizás el rigor de los principios deba ceder ante la costumbre del lugar; por lo demás, está fuera de duda que basta con el consentimiento de lo socios, expresado en el contrato (en cuyo caso es irrevocable) o posteriormente; ese consentimiento puede ser tácito y resultar del silencio guardado por lo consocios ante el uso de una cosa en interés personal de un socio.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013640
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013640

1110/13640

I.— OTROS DERECHOS

1110/1436

1436. ENUMERACIÓN.— Los socios tienen además otros derechos cuyo estudio hemos hecho en otro lugar: el de representar a la sociedad en los casos previstos en el art. 1726 , el de administrar la sociedad cuando no hubiere administrador designado (véase núms. 1353 y sigs.), el de formular oposición, en este caso, a los actos de administración de otro socio

(véase nº 1354), el de controlar la administración ejercida por otro (véase nº 1367).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013650
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013650

1110/13650

§ 5.— Derechos y obligaciones de la sociedad y de los socios respecto de terceros

1110/1437

1437. IDEA DOMINANTE DEL SISTEMA LEGAL.— La idea dominante de nuestro sistema legal en lo que atañe a las relaciones con terceros, es que la sociedad está dotada de personería jurídica propia. Tiene un patrimonio independiente de sus socios (formado por los aportes, los bienes que por subrogación real han reemplazado en el patrimonio social a los aportados por los socios, los beneficios de las operaciones sociales, los créditos contra terceros), puede contratar con los socios como si fueran terceros extraños, los créditos de la sociedad no pertenecen a los socios. Pero aun siendo tan marcada la separación entre los socios y la sociedad, no es plena porque los socios son deudores mancomunados de las deudas de la sociedad (véase nº 1440). Esta responsabilidad personal de los socios explica que a estas sociedades se les reconozca personería sin necesidad de someterlas al estrecho contralor que el Estado ejerce sobre las personas jurídicas en las que la responsabilidad de los socios se limita estrictamente a su aporte. La responsabilidad personal, en efecto, pone un límite a las fantasías y a las audacias que la irresponsabilidad de los miembros, por el contrario, favorece (sobre el tema véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, nº 611).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013660
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013660

1110/13660

A.— DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD FRENTE A TERCEROS

1110/1438

1438. CONCEPTO DE TERCERO.— Se reputan terceros no sólo las personas que no sean socios, sino también los mismos socios en todo lo que atañe a sus relaciones con la sociedad que no deriven de su calidad de socio o de administrador (art. 1711). Así, por ejemplo, un socio puede comprar o vender bienes a la sociedad, celebrar otros contratos con ella, etcétera. En todos estos casos obra en calidad de tercero. No debe pensarse por ello

que la situación del socio acreedor es exactamente igual a la de un acreedor ajeno a la entidad. El deber de fidelidad que tiene en su carácter de socio lo obligará muchas veces a actuar con una prudencia que no tiene por qué exigirse de un extraño. Así, por ejemplo, si resultase dudoso si la actitud intemperante del acreedor configura o no abuso del derecho, la circunstancia de que ese acreedor sea al propio tiempo socio, contribuirá a delinear más claramente el abuso. Además, el tercero extraño a la sociedad puede cobrar su crédito de los socios en proporción de su parte viril en tanto que el acreedor socio debe hacerlo en proporción al interés de cada una (véase núms. 1452 y 1458).

1110/1439

1439. CRÉDITOS SOCIALES.— Los deudores de la sociedad no son deudores de los socios (art. 1712). Por ello mismo, ninguno de los socios a menos que sea en ejercicio de la administración o de la representación de la sociedad, tiene derecho a cobrar los créditos sociales ni a demandar por ellos a terceros (art. 1748). Y como corolario lógico, los deudores de la sociedad no quedarán desobligados si pagasen al socio que no estuviese autorizado para recibir el pago, aunque sólo pagasen su parte en la deuda (art. 1749). No podrá aducirse la validez del pago ni siquiera en esta parte, porque los socios no son ni siquiera acreedores parciales del tercero; la única acreedora es la sociedad. Es claro que si el que cobró el crédito lo hubiere ingresado a los fondos sociales, la sociedad no tendría acción contra el tercero.

Otra consecuencia natural de la misma idea de la personalidad separada de las sociedades, es que los deudores de la sociedad no pueden compensar lo que le debieren con el crédito particular que tuvieren contra alguno de los socios, aunque sea el administrador de la sociedad (art. 1712).

1110/1440

1440. DEUDAS SOCIALES.— Aquí la situación es distinta. Si bien la sociedad no responde por las deudas particulares de los socios (arts. 1743 y sigs.), en cambio los socios responden por las deudas sociales (art. 1713) en proporción a su porción viril (art. 1747 ; véase nº 1452). La deuda de los socios debe considerarse mancomunada y no subsidiaria; vale decir, que el acreedor no está obligado a excutir previamente los bienes de la sociedad, sino que puede dirigirse directamente contra el socio (ver nota 14); puede también entablar la demanda en forma conjunta contra la entidad y cada uno de sus miembros. Estas disposiciones presentan algunos delicados problemas cuyo estudio haremos en párrafos que siguen.

1110/1441

1441. a) Qué deudas deben considerarse sociales; supuesto de duda.— Con frecuencia los negocios de las sociedades civiles son manejados por los socios como propios, con peligro de confusión para los terceros y para los mismos consocios. De ahí que el Código

establezca algunas reglas destinadas a poner en claro cuál es el verdadero deudor. Según el art. 1715 , sólo serán deudas contraídas por la sociedad aquellas que sus administradores contrajeren como tales, indicando de cualquier modo esa calidad, u obligándose por cuenta de la sociedad, o por la sociedad. La ley no exige formalidades determinadas; sólo quiere que sea claro para el tercero con el que se obligó la sociedad. Y aunque el contrato nada diga, la sociedad quedará obligada si de otra manera se prueba que las partes entendieron concluirla para la sociedad (ver nota 15).

La circunstancia de que quien contrajo la obligación sea el administrador, no hace presumir que la obligación sea contraída por la sociedad; más aún, en caso de duda, si el contrato nada dijere, debe reputarse que fue contraída personalmente por el administrador (art. 1716).

1110/1442

1442.— No sólo es menester que el administrador o representante obre a nombre de la sociedad; es preciso también que lo haga dentro de los límites de su mandato. Si las deudas se hubieren contraído con exceso en el mandato, la sociedad sólo estará obligada por el beneficio recibido, a menos que hubiera ratificado el acto (art. 1717). En otras palabras: si luego de celebrado el acto con exceso en el mandato, la sociedad lo ratifica, será responsable de todas sus consecuencias; si no lo ratifica, pero luego recibe beneficios, debe responder ante el tercero en los límites del beneficio, porque de lo contrario habría un enriquecimiento sin causa.

Corresponde a los acreedores la prueba del beneficio recibido (art. 1717).

1110/1443

1443.— Esta solución general tiene una excepción importante en favor de los terceros de buena fe. La sociedad responderá plenamente y no tan sólo en la medida de su enriquecimiento, si el exceso en el mandato o su cesación resultaren de estipulaciones que no pudieron ser conocidas por los acreedores (arts. 1718 y 1719). La ley supone que el mandato surge de documentos conocidos por el tercero, a quien no se le han exhibido, en cambio, otros documentos posteriores de los cuales resulta la limitación de los poderes del mandatario o la revocación del mandato. La ley presume la buena fe del tercero (art. 1719) cuando éste puede exhibir documentos que acreditan que el mandatario tenía poder suficiente; si la sociedad pretende eximirse de responsabilidad, debe probar que el tercero conocía la restricción o revocación del mandato (ver nota 16).

La mera buena fe derivada de la negligencia del tercero o de su confianza en quien le dijo obrar con poderes suficientes, no basta para responsabilizar a la sociedad; actuando con la debida diligencia en el manejo de sus negocios, debía haber exigido la exhibición del documento que habilitaba al socio a representar la sociedad; sólo él debe cargar con las consecuencias de su omisión (ver nota 17).

1110/1444

1444.— Pero si hay duda acerca de si los administradores se obligaron o no dentro de los límites del mandato, se presume que lo hicieron dentro de ellos (art. 1716) y la sociedad queda obligada. Es una solución equitativa, que consulta las exigencias de la dinámica jurídica y protege a los terceros de buena fe.

1110/1445

1445. b) Compensación.— Hemos dicho ya que los socios responden personalmente por las deudas sociales. ¿Autoriza esto a la sociedad a oponer la compensación de una deuda suya con el crédito de uno de los socios? El Código resuelve negativamente la cuestión (art. 1713), porque siendo la sociedad una persona diferente de sus socios, no puede hacer valer un crédito que no le pertenece. Pero si el tercer acreedor dirigiera su acción contra el socio personalmente (en la medida que éste es responsables), el socio puede, naturalmente, oponer compensación con un crédito que él tuviera contra el demandante (art. 1713).

1110/1446

1446. c) Concurso de la sociedad.— Si la sociedad se concursa, sus acreedores serán pagados con preferencia respecto de los acreedores particulares de los socios (art. 1714), porque no son acreedores de la sociedad y no podrían dirigir su acción contra el patrimonio social. Pero si pagados los acreedores sociales, quedaran bienes y la sociedad se disolviera, recién entonces los acreedores particulares de los socios podrían hacer valer sus derechos sobre la parte que a su deudor le corresponda luego de efectuada la liquidación.

Nada se opone a que el propio socio pueda pedir el concurso de la sociedad en su carácter de tercer acreedor, es decir, por motivo de un crédito no derivado de la calidad de socio (ver nota 18).

1110/1447

1447.— En el concurso de los socios, no habrá preferencia entre los créditos de sus acreedores particulares y los acreedores de la sociedad (art. 1714), puesto que los socios son deudores personales de las deudas sociales (art. 1713) en proporción a su parte viril (art. 1747). Quedan desde luego a salvo, las preferencias derivadas de privilegios de derechos reales de garantía (ver nota 19) (art. 1714)

1110/1448

1448. d) Responsabilidad por hechos ilícitos.— En su redacción originaria el art. 1720 disponía que la sociedad no responderá de los daños causados por sus administradores en el

ejercicio de sus funciones a menos que de ellos hubiere obtenido algún provecho; y entonces su responsabilidad será en razón del provecho obtenido. Esta disposición guardaba coherencia con el art. 43 , relativo a las personas jurídicas en general, y respondía a la concepción de la teoría de la ficción seguida por VÉLEZ. Según esta idea, los representantes de las personas jurídicas son simples mandatarios y como no se puede otorgar mandato para cometer un hecho ilícito, la responsabilidad por éstos recae, exclusivamente en quien los cometió, sin afectar para nada a la entidad. El sistema no resistía la crítica y estos textos legales fueron dejados de lado sin miramientos por la jurisprudencia (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, núms. 701 y sigs.). La ley 17711 concluyó con este anacronismo, modificando así los arts. 43 y 1720 . El último ha quedado redactado así: En el caso de los daños causados por los administradores son aplicables a las sociedades las disposiciones del título "De las personas jurídicas", en el cual se establece una amplia responsabilidad de dichas entidades por los actos que realicen los administradores en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013670
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013670

1110/13670

B.— DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS RESPECTO DE TERCEROS

1110/1449

1449. OBLIGACIONES PARTICULARES DE LOS SOCIOS.— Las obligaciones contraídas a título personal (y no como administrador) por uno de los socios, sólo a él afectan. Su calidad de socio no puede serle opuesta por sus acreedores, que no tienen acción alguna contra la sociedad ni contra los consocios del deudor (arts. 1743 y 1744). Más aún, sus acreedores no tienen ninguna acción directa contra la sociedad o los consocios por más que el resultado del negocio que motiva el crédito haya sido beneficioso para la sociedad (art. 1744). La ley les niega inclusive, la acción in rem verso; pero queda a salvo su derecho a demandar por vía oblicua lo que la sociedad debiese al socio, sea por motivo de ese negocio o de otro cualquiera (ver nota 20).

1110/1450

1450.— Los acreedores de los socios no pueden cobrarse sus créditos de los aportes hechos por los socios (art. 1754), pues ellos han salido ya de su patrimonio para ingresar al de la sociedad. La acción sólo sería posible si el aporte prometido todavía no se hubiera hecho efectivo y el socio conservara aún el dominio de la cosa (art. citado). Si el aporte no consistiera en el dominio sino en un derecho real de usufructo o un derecho personal de uso, los acreedores del socio, sólo podrán ejercer su acción respetando los derechos constituidos en favor de la sociedad (ver nota 21) (art. 1754). Es claro que si el acreedor

tenía constituido un derecho de hipoteca o prenda sobre el bien aportado, el incumplimiento del socio deudor le permite ejecutar el bien, pues la transferencia del dominio no impide el ejercicio del derecho de persecución (ver nota 22).

1110/1451

1451.— De lo dicho se desprende que los terceros acreedores no pueden afectar de modo alguno los derechos o bienes de la sociedad, en razón de deudas particulares de un socio. Ello no les impide cobrar sus deudas de las ganancias que resulten de los balances periódicos, siempre que el socio tuviera derecho para retirarlas, conforme al contrato social (art. 1755). Y si la sociedad se liquida, podrán cobrarse de la parte que correspondiera al socio deudor, pero no podrán embarazar de modo alguno las operaciones sociales, ni exigir nada de la sociedad sino después de su disolución o partición (art. 1756), que desde luego no tienen derecho a pedir ni provocar (ver nota 23). Sin embargo, la ley les reconoce el derecho de embargar y aun rematar y hacer vender la parte que al deudor le corresponde en la sociedad, siempre que ello pudiera hacerse sin embarazar los negocios sociales (art. citado). En cuanto al embargo de los bienes, es obvio que queda supeditado al resultado de la partición. La subasta y venta de la parte que corresponde al socio deudor exige algunas aclaraciones. Resulta a primera vista difícil conciliar el derecho de los acreedores de ejecutar todos los bienes del deudor (entre los cuales figura no su aporte a la sociedad, pero sí su participación en ella) con el principio de que la acción de los acreedores no debe embarazar el funcionamiento de la sociedad. Difícil, pero no imposible. Se admite, generalmente, que el adjudicatario permanece extraño a la sociedad, en cuya administración no puede inmiscuirse; se encuentra en la situación del cesionario (ver nota 24) (véase nº 1331) y sólo tiene derecho a reclamar de la sociedad las ganancias que corresponden al socio y su parte en la liquidación de la sociedad cuando ésta ocurra de acuerdo con el contrato o la ley (ver nota 25).

1110/1452

1452. RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS POR LAS DEUDAS SOCIALES.— Los socios responden personalmente por las deudas sociales en proporción a su parte viril (art. 1747). Por parte viril se entiende la que corresponde a cada socio por cabeza sin consideración a su interés en la sociedad (ver nota 26). Las deudas, pues, se dividen por partes iguales, aunque sean desiguales sus aportes y su participación en los beneficios (art. citado). La solución es razonable como regla general, porque los terceros que contratan con la sociedad no tienen por qué estar enterados de la participación en ella de cada uno de los socios; pero el Código ha llevado demasiado allá la aplicación de la norma, ya que la establece aun para el caso de que se pruebe que el acreedor conocía la estipulación del contrato social que establecía partes desiguales (art. 1747). En este caso la solución deja de ser razonable y desde el punto de vista del socio que paga más que lo que le corresponde según su interés social, es injusta (ver nota 27). Es verdad que el socio tendrá luego una acción de reintegro contra sus consocios si ha pagado más de lo que le correspondía de acuerdo a su participación (art. 1752), pero este recurso puede ser inocuo si los socios resultaran insolventes.

La solución legal es enfáticamente reiterada en el art. 1750 según el cual los acreedores no tienen derecho a reclamar de los socios el pago de sus créditos de otro modo que no sea por partes iguales, ni obligación de recibir el pago de otro modo. Es una norma sobre-abundante. Es claro que nada impediría la validez del convenio suscripto con el tercero según el cual éste deberá dirigir su acción contra los socios de acuerdo al interés de cada uno de ellos o de acuerdo a cualquier otra proporción que se establezca (ver nota 28), pues lo único que dispone el art. 1747 es que el solo conocimiento por el acreedor de la proporción del interés de cada uno de los socios, no afecta su derecho y su deber de dirigir la acción contra cada uno de ellos dividiendo su crédito por cabeza.

1110/1453

1453.— Pero si alguno de los socios no pagase su parte por haber caído en insolvencia, la cuota que le corresponde en la deuda será absorbida por los consocios a prorrata de su interés social (art. 1751). Esta regla significa una importante modificación de los principios que rigen el pago de las obligaciones simplemente mancomunadas, en cuyo caso la insolvencia de uno de los deudores perjudica solamente al acreedor y no afecta a los codeudores (arts. 691 y sigs.). VÉLEZ SARSFIELD se apartó de esa solución sin razones valederas. Los acreedores sociales tienen en primer término la garantía del patrimonio de la entidad; si éste no alcanzara, tienen todavía acción contra los socios. Pero no parece razonable llevar la garantía aún más allá y obligar a los consocios como si fuera una deuda solidaria. Pues aunque la ley sienta expresamente el principio de que los socios no responden solidariamente sino cuando así se hubiere convenido en el contrato (art. 1747) en la práctica la situación de los consocios es casi la misma, pues si uno resulta insolvente, los demás deben responder por él. Hay sin embargo, una diferencia importante y es que el tercero no puede dirigirse por el todo contra ninguno de los socios, sino que debe hacerlo por su parte y sólo en caso de que uno de ellos resultara insolvente puede hacer pesar su parte, nuevamente dividida, sobre los demás.

1110/1454

1454.— Es menester tener presente que al hacerse la división de la parte no pagada por el socio insolvente, no se la hará por partes iguales, sino a prorrata del interés social de cada socio (art. 1751). Es una notoria inconsecuencia (ver nota 29). No se explica que cuando se trate de dividir la totalidad de la deuda se lo haga por cabeza y cuando lo que está en cuestión es una parte, se lo haga de acuerdo al interés.

1110/1455

1455.— Hemos dicho ya que la deuda de los socios no tiene carácter solidario salvo pacto en contrario (art. 1747) y que, por tanto, el acreedor no puede dirigir su acción por el total contra uno de los socios. El administrador no podrá obligar solidariamente a los socios en los contratos que a nombre de la entidad suscriba con terceros, sin tener poder especial de

cada socio para hacerlo (ver nota 30). Pero si la obligación fuere indivisible, cada socio es responsable por el total, pues así lo impone la naturaleza de la prestación (arts. 686 y 1745).

1110/1456

1456.— La acción de los terceros contra los socios no tiene carácter subsidiario. Ellos pueden dirigir su acción directamente contra los socios sin demandar previamente a la sociedad (ver nota 31) o bien pueden hacerlo en forma conjunta. Esta solución resulta claramente del art. 1747 que establece la responsabilidad de los socios por las deudas sociales sin restricción alguna y sin atribuirle carácter subsidiario.

1110/1457

1457. RECURSO ENTRE LOS SOCIOS.— Respecto de terceros, ya se ha dicho, los socios están obligados por la deudas sociales en proporción a su parte viril; pero entre los socios la participación en el pago de las obligaciones no podría se hecha sobre esa base sino en proporción al interés que cada uno de ellos tenga en la sociedad. Por ello, cuando alguno de los socios ha pagado más de lo que le correspondía (porque su interés en la sociedad es menor que su parte viril) tiene una acción de reintegro contra sus socios. En este sentido dispone el art. 1752 que si los socios hubiesen pagado las deudas de la sociedad por entero, o por cuotas iguales o desiguales, la división entre ellos se hará en proporción a la parte en la sociedad, o a la parte en que participasen de las ganancias y pérdidas. La redacción del texto legal deja bastante que desear.¿Qué debe entenderse por parte en la sociedad? Se admite generalmente que la ley se refiere a los aportes (ver nota 32). Ahora bien: cuando las ganancias y pérdidas se distribuyen en proporción a aquéllos, no habrá problema. Pero cabe preguntarse qué elemento de juicio se tomará en consideración cuando no haya tal coincidencia. No cabe duda de que la deuda habrá de distribuirse en proporción a la parte que corresponda a los socios en las ganancias y las pérdidas porque en definitiva una deuda que los socios tienen que afrontar de su propio bolsillo es una pérdida (ver nota 33). Por ello mismo, si la proporción en las ganancias fuera diferente de la que se tiene en las pérdidas, debe tomarse en consideración esta última (ver nota 34).

Todo ello sin perjuicio de que el contrato social puede disponer que el pago de las deudas con terceros se afrontará en una proporción distinta, que no tenga relación ni con los aportes ni con las ganancias y pérdidas (ver nota 35).

1110/1458

1458. DEUDAS PARTICULARES DE LA SOCIEDAD CON UNO DE LOS SOCIOS.— Puede ocurrir que uno de los socios sea acreedor de la sociedad por un título que no tenga vinculación con su calidad de socio. Él es un tercero para la sociedad y en tal carácter puede demandar el pago de su crédito no sólo de ella sino también de cada uno de los socios. Pero si demanda a sus consocios, deberá hacerlo en proporción al interés de cada

uno (art. 1753), para lo cual se tendrán en cuenta las reglas que hemos sentado en el párrafo anterior. Y, desde luego, el socio acreedor deberá soportar él mismo la parte que le corresponde en la sociedad (art. citado).

Si uno de los socios resultara insolvente, la cuota que a éste correspondía pagar deberá dividirse entre los restantes (incluso el socio acreedor) en la misma forma (ver nota 36).

(nota 1) De acuerdo: PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1065; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 469; GUILLOUARD, De la société, nº 368; PONT, nº 762.

(nota 2) De acuerdo: MACHADO, t. 4, p. 589; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1463, nota 162.

(nota 3) En este sentido: SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1466; MACHADO, t. 4, p. 591; AUBRY y RAU, § 384; HUC, t. 11, nº 126; GUILLOUARD, De la société, nº 392; LAURENT, nº 396. En contra: PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 10, nº 1063; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 445.

(nota 4) C. Com. Cap., 24/3/1942, J.A., 1943-I, p. 912.

(nota 5) C. Apel. Bahía Blanca, 2/6/1953, L.L., t. 76, p. 347.

(nota 6) Dice el art. 1740 , en expresión poco feliz, que la renuncia será intempestiva cuando se haga en tiempo en que aún no esté consumado el negocio que hace el objeto de la sociedad. Evidentemente no basta con ello. Es menester además, que la sociedad sufra un perjuicio y que la actitud del denunciante tenga carácter sorpresivo o inesperado.

(nota 7) MACHADO, t. 4, p. 593. SEGOVIA piensa que la renuncia es nula en el caso de mala fe, no así cuando es intempestiva (t. 1, notas 84 y 95 al art. 1743 de su numeración). ACUÑA ANZORENA va más allá, y dice que en ambas hipótesis la renuncia es nula y el renunciante puede ser obligado a permanecer en la sociedad (en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1468, nota 166). Esta opinión nos parece inadmisible, ¿por qué obligar a un socio a continuar en la sociedad cuando todo lo que la ley quiere es evitar los daños y perjuicios que puedan resultar de una renuncia intempestiva o de mala fe? El interés social se satisface reconociendo a la sociedad el derecho a reclamar las ganancias que el renunciante de mala fe obtuvo en el negocio en vista del cual renunció, y obligando al socio que se apartó intempestivamente a pagar los daños y perjuicios sufridos por su actitud. Sin contar que en esta última hipótesis la pretensión de la sociedad de que el renunciante continúe en ella carecería de un texto legal que le sirviera de punto de apoyo como el que, en la hipótesis de

la renuncia de mala fe, permite a SEGOVIA sostener esa solución.

(nota 8) MACHADO, t. 4, p. 596.

(nota 9) Código español, art. 1690; Código italiano, art. 2264; véase MESSINEO, t. 5, § 150 bis, nº 5 y PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 382.

(nota 10) Código español, art. 1690.

(nota 11) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 289; MESSINEO, t. 5, § 150 bis; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 382. Es insostenible la opinión de GUILLOUARD de que los socios sólo pueden reclamar el pago de los beneficios en el momento de la liquidación de la sociedad (De la société, nº 220).

(nota 12) Código Civil francés, art. 1859; español, art. 1695; venezolano, art. 1668; brasileño, art. 1386.

(nota 13) Código Civil italiano, art. 2256.

(nota 14) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1421, nota 125 b).

(nota 15) C. Com. Cap., Sala A, 5/9/1951, L.L., t. 66, p. 258.

(nota 16) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1425; MACHADO, t. 4, p. 559.

(nota 17) MACHADO, t. 4, p. 558.

(nota 18) MACHADO, t. 4, p. 552.

(nota 19) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1422; MACHADO, t. 4, p. 553; LLERENA, t. 5, p. 481.

(nota 20) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1473; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 10, nº 1038; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 334; GUILLOUARD, nº

265.

(nota 21) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1474; MACHADO, t. 4, p. 611.

(nota 22) SALVAT y MACHADO, loc. cit. en nota anterior; LLERENA, t. 5, p. 528 SEGOVIA, t. 1, nota 106 al art. 1756 de su numeración.

(nota 23) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1475; MACHADO, t. 4, p. 614; LLERENA, t. 5, p. 530; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 356; GUILLOUARD, De la société, nº 271; AUBRY y RAU, § 381 bis; MESSINEO, t. 5, § 150 bis, nº 8.

(nota 24) MACHADO, t. 4, p. 613.

(nota 25) De acuerdo en todo lo que se dice respecto de la posición del adjudicatario: MACHADO, loc. cit. en nota anterior; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 356; GUILLOUARD, De la société, núms. 252 bis y 271; AUBRY y RAU, § 381 bis.

(nota 26) Éste es el concepto que se desprende claramente de los arts. 1747 y 1750 y que ha sido expresado por VÉLEZ SARSFIELD en la nota al art. 3940 .

(nota 27) Tan injusta que MACHADO (t. 4, p. 604) y ACUÑA ANZORENA (en SALVAT, t. 2, p. 484, nota 173) sostienen que en este caso debe entenderse que el tercero ha aceptado dividir su crédito en la forma que corresponde de acuerdo a la parte de cada socio en el contrato. Pero el texto expreso de la ley dice otra cosa y no se puede prescindir de él. En este sentido: SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1478.

(nota 28) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1481; MACHADO, t. 4, p. 607; SEGOVIA, t. 1, nota 100 al art. 1752 de su numeración.

(nota 29) Así lo hacen notar todos los autores que se ocupan del tema: SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1482; MACHADO, t. 4, p. 608; SEGOVIA, t. 1, nota 101 al art. 1752 de su numeración.

(nota 30) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 349; POTHIER, nº 183.

(nota 31) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1421, nota 125 b). En el derecho italiano la responsabilidad de los socios es subsidiaria (art. 2268, Cód. Civ.).

(nota 32) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1483; MACHADO, t. 4, p. 609; LLERENA, t. 5, p. 525.

(nota 33) Autores citados en nota anterior.

(nota 34) LLERENA, t. 5, p. 525.

(nota 35) Autores citado en nota 2359.

(nota 36) MACHADO, t. 4, ps. 610 y sigs.; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1484, nota 179 b).

CAPÍTULO XXV - FIN DE LA SOCIEDAD. SOCIEDADES DE HECHO

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013690
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013690

1110/13690

§ 1.— Disolución de la sociedad

1110/1459

1459. DISOLUCIÓN TOTAL Y PARCIAL.— La disolución de la sociedad puede ser total o parcial. Es total cuando la entidad se extingue, desaparece la personería jurídica y se liquidan todos sus bienes. Es parcial cuando se refiere tan sólo a la parte que corresponde a uno de los socios, pero la sociedad continúa su existencia jurídica. No hay liquidación de todos los bienes y sólo se realizan aquellos que sean indispensables para devolver su capital (con las ganancias o las pérdidas que le correspondieron) al socio excluido.

Son causas de disolución total el cumplimiento del plazo pactado, la voluntad unánime de los socios, el cumplimiento del objeto que se persiguió al constituir la sociedad o la imposibilidad de cumplirlo y finalmente, la circunstancia de que el objeto social haya devenido ilícito como consecuencia de una reforma legal.

Son causas de disolución parcial la muerte, renuncia o exclusión de un socio; pero estos

mismos hechos son motivo de disolución total si se trata de una sociedad de dos personas o si, siendo varios los socios, sólo queda uno; o si habiendo previsto el contrato social la exigencia de un cierto número de socios para deliberar, los que restan en la sociedad no lo alcanzan.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013700
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013700

1110/13700

A.— CAUSALES

1.— Muerte de los socios

1110/1460

1460. SOCIEDADES COMPUESTAS DE DOS PERSONAS.— Cuando la sociedad está compuesta de dos socios, la muerte de uno de ellos, sea o no administrador, provoca la disolución de pleno derecho de la sociedad (art. 1758). Cabe preguntarse si esta solución es aplicable incluso al caso de que el contrato disponga que la sociedad se continuará con los herederos. La validez de tal cláusula debe ser juzgada con relación al socio sobreviviente y con respecto a los herederos del fallecido. En cuanto a éstos, la estipulación no los obliga y la sociedad continuará solamente si todos ellos manifiestan su conformidad (art. 1761) en forma expresa (ver nota 1). En cuanto al socio sobreviviente, la cláusula contractual lo obliga a aceptar la continuación de la sociedad con los herederos (ver nota 2).

1110/1461

1461. SOCIEDADES COMPUESTAS DE MÁS DE DOS PERSONAS.— Cuando la sociedad se compone de más de dos personas, la situación varía, pues la muerte de uno de los socios no deja ya a la entidad en la imposibilidad de deliberar. La sociedad no se extingue entonces por el fallecimiento a menos que así se hubiere dispuesto en el contrato social; pero la ley reconoce a cualquiera de los sobrevivientes el derecho a pedir la disolución si quien ha fallecido es el administrador nombrado por contrato o el socio industrial no tuviere tal importancia personal que su falta hiciere probable que la sociedad no pueda continuar con buen éxito (art. 1759). En este último caso, la divergencia entre los socios sobre la importancia del socio fallecido en la vida social será decidida judicialmente (ver nota 3). La duda debe ser resuelta en el sentido de que dicha importancia no era esencial, que es lo que permite la subsistencia de la sociedad (ver nota 4).

En caso de que los restantes socios quisieren continuar la sociedad podrán hacerlo y la disolución sólo será parcial y referida al socio que se retira (ver nota 5).

1110/1462

1462.— Cuando la muerte ha sobrevenido en número tal que sólo queda un socio superviviente o que siendo varios los supervivientes, falta el número exigido por el contrato social para deliberar, debe seguirse la solución prevista por la ley para las sociedades compuestas de dos personas (nº 1460).

1110/1463

1463. CLÁUSULA DE OPCIÓN PARA CONTINUAR CON LOS HEREDEROS.— Frecuentemente los contratos sociales contienen una cláusula según la cual los socios sobrevivientes pueden continuar la sociedad con los herederos o bien eliminarlos de la sociedad desinteresándolos, en cuyo caso sólo habrá una disolución parcial, pues la sociedad continuará el giro de los negocios. Esta cláusula responde a necesidades prácticas evidentes, pues toda sociedad supone una relación de confianza recíproca y es natural que los socios dejen abierta la posibilidad de no continuar sus negocios con los herederos.

La decisión sobre si se admite o no a los herederos debe ser tomada por mayoría, si el contrato no lo hubiere dispuesto de otro modo; ésta es en efecto, la regla cardinal de las sociedades a la que debe acudirse para resolver las desinteligencias de los socios siempre que la ley no hubiera dispuesto otra solución. Sin embargo, si el socio fallecido fuese administrador nombrado por contrato o socio industrial o si su persona fuese importante para el éxito de la sociedad, ésta no podrá continuar sin el consentimiento de todos los socios (art. 1759).

1110/1464

1464.— ¿Qué ocurre si los herederos se niegan a continuar la sociedad? ¿Quedan obligados por la opción hecha por los socios para continuar con ellos la sociedad de acuerdo con el contrato? En nuestro derecho positivo los herederos no pueden ser nunca obligados a formar parte de la sociedad en contra de su voluntad (ver nota 6) (arts. 1670 y su nota y 1761). Basta la oposición de uno de los herederos para que la sociedad deba disolverse; claro está que si los restantes socios y herederos desean continuarla, la disolución sólo será parcial y referida a la parte del heredero disidente.

1110/1465

1465.— Supongamos ahora que el contrato no dé la opción a los socios sino que disponga simplemente que la sociedad continuará con los herederos. Dicha cláusula obliga a los socios que la han firmado; en cuanto a los herederos, siempre quedan libres de optar por continuar o retirarse.

1110/1466

1466. SUBSISTENCIA DE LA SOCIEDAD CON EXCLUSIÓN DE LOS HEREDEROS DEL FALLECIDO.— Cuando la sociedad continúa con exclusión de los herederos del socio fallecido, la partición (limitada a la entrega a éstos de la parte que les corresponde en el capital social) se fijará el día de la muerte y los herederos no participarán de los derechos y obligaciones ulteriores sino en cuanto sean una continuación necesaria de operaciones entabladas antes de la muerte del socio al cual suceden (art. 1760). Sólo los negocios pendientes continuarán con los herederos (art. 1762). Pero si los actos se han llevado a cabo ignorando el administrador la muerte del socio, las operaciones hechas son obligatorias para los herederos (art. 1763), como lo son todas las obligaciones contraídas por el mandatario que ignora la cesación del mandato (arts. 1966 y sigs.).

1110/1467

1467. CLÁUSULA RELATIVA A LOS DERECHOS DE LOS HEREDEROS; REMISIÓN. — Según el art. 1654 , inc. 3º (modif. por ley 17711) es válida la estipulación conforme con la cual se disponga que por fallecimiento de cualquiera de los socios, sus herederos sólo tengan derecho a percibir como cuota de sus ganancias una cantidad determinada o que el socio o socios sobrevivientes puedan quedar con todo el activo social, pagándole una cantidad determinada; pero la aplicación de esta estipulación no podrá afectar la legítima de los herederos forzosos. De esta disposición nos ocuparemos en otro lugar (nº 1490).

2.— Cumplimiento del término o condición

1110/1468

1468. REGLA LEGAL.— La sociedad expira por el vencimiento del término contractual (sea expreso o implícito) o por el cumplimiento de la condición resolutoria prevista en el contrato aunque no estén concluidos los negocios que tuvo por objeto (art. 1764). Desde el momento en que venció el plazo o acaeció la condición, la sociedad entra en disolución; en cuanto a los negocios pendientes, la sociedad se reputa subsistente al solo efecto de llevarlos a término (arg. art. 1762).

Entre las condiciones resolutorias que ponen término a la sociedad la más típica consiste en el cumplimiento del negocio que fue el objeto único de la sociedad.

1110/1469

1469. CONTINUACIÓN DE COMÚN ACUERDO.— Nada se opone a que los socios resuelvan continuar una sociedad cuyo término ha vencido (art. 1766), para lo cual se requiere consentimiento unánime, único capaz de reformar lo convenido en el contrato originario. Pero no es indispensable un nuevo acto formal; basta que la continuación y la subsistencia de la sociedad se pruebe por su acción exterior manifestada en hechos notorios

(art. 1766). En otras palabras: aunque la constitución originaria fuera normal de acuerdo con las exigencias legales, la prórroga no exige un nuevo contrato escrito (ver nota 7); es claro que si no lo hay, la sociedad se considerará prorrogada por tiempo indeterminado y cualquiera de los socios puede retirarse de ella en cualquier momento; si se desea evitarlo y obligar a los socios a continuar como tales durante un cierto plazo, la forma escrita será inevitable.

3.— Pérdida del capital social

1110/1470

1470. SOLUCIÓN LEGAL.— La sociedad se disuelve por la pérdida total del capital social y aun por la pérdida parcial, cuando ésta fuere de tal magnitud que imposibilitare el cumplimiento del objeto para el que fue formada (art. 1771). Si, en efecto, el cumplimiento del objeto social se ha hecho imposible no tiene razón de ser la subsistencia. Aplicando la misma idea dispone el art. 1772 que también concluye la sociedad cuando pierde la propiedad o el uso de la cosa que constituía el fondo con el cual obraba o cuando se perdiese una parte tan principal de ella que no se pudiese llenar el fin social.

Muchas veces será dudoso si la pérdida parcial del capital pone a la sociedad en la imposibilidad de lograr sus fines. En tal caso la solución del problema debe ser sometida siempre a la decisión judicial. La mayoría no podría impedir la disolución, si con motivo suficiente, a criterio del Tribunal, la pide uno solo de los socios; ni podría tampoco resolver por sí misma la disolución si uno de los socios sostiene que no hay causa suficiente.

4.— Imposibilidad de continuar los negocios

1110/1471

1471. SOLUCIÓN LEGAL.— Se disuelve la sociedad cuando por un motivo imputable a los socios u otra causa externa, se encuentra en la imposibilidad de continuar los negocios (art. 1774). Precisamente uno de los motivos de imposibilidad es el que hemos considerado en el párrafo anterior; pero esta disposición es más amplia y comprende cualquier causal que obste a la continuación de los negocios.

La causa puede ser imputable a los socios, en cuyo caso el responsable deberá pagar los daños y perjuicios consiguientes si fuere culpable; como ocurriría si el socio industrial se ausenta del país para radicarse en el extranjero. No habrá responsabilidad si el incumplimiento deriva de un caso fortuito, tal como sería la enfermedad física o mental del socio industrial. Los hechos externos a los socios que imposibiliten el desenvolvimiento de las actividades sociales no originan desde luego responsabilidad alguna para el socio administrador.

El desacuerdo entre los socios sobre si el acontecimiento hace o no imposible el cumplimiento de los negocios sociales, debe ser decidido judicialmente.

5.— Exclusión o renuncia de un socio

1110/1472

1472.— DISTINTOS SUPUESTOS LEGALES.— El problema de la influencia de la exclusión o renuncia de los socios en la disolución de la sociedad, debe ser considerado con relación a diferentes supuestos.

1110/1473

1473. a) Sociedades de tiempo indeterminado.— Si la sociedad es por tiempo indeterminado, los socios pueden renunciar en cualquier momento quedando los restantes en libertad de continuar o resolverla (art. 1767). La única limitación a este derecho es que la renuncia no debe ser intempestiva o de mala fe (véase núms. 1421 y sigs.).

1110/1474

1474. b) Sociedades de plazo determinado.— La exclusión o renuncia sólo puede tener lugar en virtud de justas causas (véase núms. 1411 y sigs.). La sociedad queda disuelta parcialmente con relación al socio excluido o renunciante; pero cabe preguntarse si los restantes socios están obligados a continuar la sociedad o si, por el contrario, tienen derecho a pedir que la sociedad se disuelva. Esta última interpretación, sostenida por algunos autores (ver nota 8), se apoya en el art. 1769 según el cual la sociedad puede disolverse por la salida de alguno de los socios. Pero esta solución es incongruente con otros textos del Código. Según el art. 1759 la muerte de un socio no da derecho a los restantes a pedir la disolución, sino cuando la persona del socio fuere esencial a la sociedad. Carecería de todo sentido aplicar una solución distinta al caso de que la salida del socio obedezca a otra causa, pues lo que interesa es que uno de los socios ha quedado eliminado y este hecho debe producir las mismas consecuencias cualquiera sea la causa de la eliminación (ver nota 9). Por consiguiente, los restantes socios no pueden renunciar a la sociedad fundándose en la renuncia o exclusión de uno de los socios, salvo los siguientes casos: a) que el socio renunciante o excluido sea el administrador designado por contrato o el socio industrial o su persona fuere necesaria para el buen éxito de los negocios sociales (art. 1759); b) que las exclusiones o renuncias sean en número tal que la sociedad haya quedado en la imposibilidad de deliberar de acuerdo con el contrato social (véase nº 1462); c) que la salida del socio obligue a la sociedad a entregarle, en concepto de restitución de su aporte, una parte tal del capital que sin él la sociedad quede en la imposibilidad de cumplir su objeto (art. 1771).

1110/1475

1475. INCAPACIDAD SOBREVINIENTE DE ALGUNO DE LOS SOCIOS.— La

incapacidad sobreviniente de alguno de los socios, ya lo hemos dicho, es causa suficiente para su exclusión a pedido de cualquiera de los restantes (véase nº 1416). Ahora examinaremos el problema desde el ángulo del incapaz. Dice el art. 1770 que: sobreviniendo incapacidad a alguno de los socios, su representante no tendrá derecho para exigir la disolución de la sociedad, ni para renunciarla, ni para continuarla, si no hubiese sido expresamente autorizado por juez competente. La sociedad puede comprometer seriamente los intereses del insano y por consiguiente es lógico que se requiera la autorización del juez.

La disposición comentada no es clara cuando exige la autorización del juez incluso para continuar la sociedad. ¿Significa esto que sobrevenida la demencia de un socio, la sociedad no puede continuar sin la autorización del juez? No lo creemos así. El curador del demente puede, es verdad, renunciar a la sociedad (véase nº 1419); pero mientras no lo haga, la sociedad continúa. Pensamos, por lo tanto, que el art. 1770 alude al caso en que sea necesario ese consentimiento para continuar la sociedad, como ocurre en la hipótesis de la renuncia o exclusión del socio industrial o del administrador designado en el contrato.

6.— Incumplimiento de los aportes

1110/1476

1476. REGLA LEGAL.— Si uno de los socios no cumple su aporte —haya o no culpa de su parte— la sociedad se disolverá a menos que todos los restantes socios quisieran continuar (art. 1773). El aporte es la obligación primera y la más esencial de todas las contenidas en el contrato social; su incumplimiento es por consiguiente causa de exclusión de la sociedad. Hemos visto anteriormente que la exclusión de un socio no autoriza a los restantes a pedir la disolución sino en casos excepcionales (art. 1474); pero el aporte hace a la constitución misma de la sociedad; ha sido tenido en mira como esencial por los demás socios para celebrar el acto. Por ello es que, en este caso particular, cualquiera de los socios puede pedir la disolución, sea o no esencial la persona del que omitió su aporte. La sociedad sólo puede continuar con el consentimiento de todos los restantes (art. 1773).

A los efectos de la disolución de la sociedad, no interesa que el incumplimiento sea o no culpable (art. citado); porque aunque obedezca a una razón de fuerza mayor, quien nada pone en la sociedad no tiene derecho a ser considerado socio. Pero si hay culpa, deberá todos los daños y perjuicios que se deriven a los otros socios (ver nota 10), ya sea que la sociedad deba disolverse, ya sea que los restantes decidan continuarla.

¿Qué ocurre si el socio ha hecho un aporte parcial? Desde luego, la sociedad podría rechazar el ofrecimiento de un pago parcial (art. 1742); pero supongamos que lo ha recibido. Cabe preguntarse si los restantes socios conservan el derecho de excluirlo. Es indudable que sí, a menos que el faltante sea de tan escasa importancia que el ejercicio del derecho de exclusión en esas condiciones resulte abusivo. Aun así, el socio debería los daños y perjuicios y tendría que admitir una disminución proporcional en la participación de las ganancias.

1110/1477

1477.— La falta de aportes no priva al socio de su calidad de tal, que ha adquirido por efecto del contrato y que pierde sólo por la exclusión o la disolución de la sociedad (ver nota 11).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013710
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013710

1110/13710

B.— QUIÉNES PUEDEN PEDIR LA DISOLUCIÓN

1110/1478

1478. PERSONERÍA PARA PEDIRLA.— La disolución de la sociedad puede ser pedida: a) por los propios socios; b) por sus herederos (véase núms. 1460 y sigs.); c) por sus representantes legales con autorización judicial (nº 1475).

Pero no puede ser pedida por los acreedores de los socios en ejercicio de la acción subrogatoria, porque se trata de un derecho estrictamente personal; sólo los socios pueden apreciar circunstancias tales como la confianza recíproca, las probabilidades de mejoramiento de los negocios, etcétera, que son determinantes de la decisión de continuar la sociedad (ver nota 12). Sin embargo, es preciso hacer la excepción de la disolución de pleno derecho, es decir, cuando la sociedad se disuelve por imperio de la ley sin que la voluntad de los socios tenga influencia en ella; como ocurre cuando se ha cumplido el objeto social o éste ha devenido de cumplimiento imposible o la sociedad ha devenido ilícita; en todos estos casos procede la acción oblicua (ver nota 13). Pero no si la sociedad expira por conclusión del término contractual, ya que los socios de común acuerdo pueden prorrogarlo.

¿La disolución puede ser pedida por los acreedores de la sociedad? Aunque la cuestión está discutida (ver nota 14), nos parece que la solución negativa se impone por idénticas razones.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013720
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013720

1110/13720

C.— EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN

1110/1479

1479. DESDE QUÉ MOMENTO SE PRODUCEN.— Entre los socios, la sociedad queda disuelta desde el momento en que tuvo lugar la causa que la provocó; el principio se aplica aun a las disoluciones que han sido decididas judicialmente, en cuyo caso la sentencia tendrá efectos retroactivos hasta dicho momento (art. 1776). Este principio general exige algunas aclaraciones en la hipótesis de exclusión de un socio. En este caso, la inconducta o incumplimiento que originó la sanción no marca el momento de la disolución, porque muchas veces no puede precisarse su fecha, ya que por lo común el incumplimiento no consiste en un acto único sino en un conjunto sucesivo de actos u omisiones que han de ser valoradas como un complejo inseparable y, finalmente, porque mientras los restantes socios toleran esa conducta no puede pretenderse la exclusión retroactiva. En esta hipótesis la causa de que habla el art. 1776 es la resolución de la mayoría que lo excluyó o la demanda instaurada por un socio, que concluyó con la sentencia que hizo lugar a la separación (ver nota 15) (véase nº 1418).

Con respecto a terceros la situación es distinta. Si la causa de la disolución es el vencimiento del plazo contractual u otro hecho que el tercero conoció o debió conocer, ella produce sus efectos desde el acaecimiento del hecho que la motivó; si se ha originado en la voluntad de los socios, la disolución sólo produce sus efectos desde que ella fue comunicada o conocida por el tercero (arts. 1768 y 1742 , inc. 5º) (ver nota 16). El art. 1742 se refiere al momento de la publicación, pero como la ley no ha previsto la forma en que ésta debe hacerse, es preciso concluir que sólo el conocimiento directo de la disolución tiene efectos respecto de terceros. Sería arbitrario admitir como suficiente una publicación hecha de un modo y con una difusión que no está indicada en la ley y que no se sabe si fue suficiente para poner el hecho en conocimiento del tercero interesado.

1110/1480

1480. EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN TOTAL.— Los efectos de la disolución son los siguientes:

a) El socio culpable de la disolución debe pagar los daños y perjuicios que se les originen a los demás como consecuencia de ella (ver nota 17).

b) Cesan los poderes de representación y administración, sin perjuicio de la subsistencia prevista en favor de los terceros que ignoraban la disolución (véase nº 1430) o en favor del propio administrador que ignoraba el fallecimiento del socio (art. 1763); quedan a salvo asimismo los poderes del liquidador para todo lo referente a la liquidación de los negocios pendientes.

c) Cesan todos los derechos y obligaciones recíprocas y particularmente el deber de fidelidad a la sociedad, salvo en lo que se refiere a la terminación de los negocios pendientes.

d) Los socios pueden exigir la realización de un inventario de los bienes sociales, antes de proceder a la liquidación (ver nota 18) y el juez deberá ordenarlo siempre que no sea manifiestamente innecesario.

e) Finalmente, origina la liquidación y partición de los bienes entre los socios. De esta consecuencia, la más importante de todas, nos ocuparemos en los números 1482 y siguientes.

1110/1481

1481. EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN PARCIAL.— La sociedad continúa manteniendo su personería; no hay necesidad de reinscripción del dominio; no hay tampoco liquidación del patrimonio social, salvo la realización de los bienes en la medida indispensable para desinteresar al socio saliente a quien habrá que devolverle la parte que le corresponde en el capital social, computadas las ganancias y las pérdidas (ver nota 19).

¿Tiene el socio saliente derecho a recibir en especie la parte que le corresponde? Nuestro Código no ha previsto el problema. Es verdad que al hablar de la partición declara aplicables a la sociedad las reglas de la partición hereditaria (art. 1788) y que ésta debe hacerse en especie (véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. I, núms. 578 y 610). Pero es obvio que el Código no ha aludido al caso de disolución parcial, que no está previsto. En esa hipótesis la división en especie es inadmisible, porque obligaría a destruir la base de sustento de una sociedad en pleno desenvolvimiento; la solución resulta todavía más injusta en el caso de que la exclusión de un socio se deba a su propia culpa. Por todo ello, se admite hoy prácticamente sin discrepancias, que la parte del socio saliente debe ser pagada en dinero (ver nota 20), salvo que los restantes consocios prefieran el pago en especie o que esta forma de liquidación se hubiere pactado en el contrato. Se excluye desde luego el caso de que el socio saliente sólo hubiera aportado el uso de una cosa, lo que debe serle devuelto en especie (ver nota 21).

En cuanto a los negocios pendientes y las obligaciones con terceros, se aplican las reglas que estudiamos en los números 1449 y siguientes.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013730
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013730

1110/13730

§ 2.— Liquidación y partición

1110/1482

1482. CONCEPTO Y REGLAS APLICABLES.— La disolución de la sociedad le pone fin a sus actividades; pero los negocios emprendidos no pueden interrumpirse bruscamente. Habrá que cumplir las obligaciones pendientes, concluir los negocios en curso, pagar las deudas. Todo esto exige la realización de tareas a menudo numerosas y complejas. Durante todo este proceso la sociedad conserva su personería al solo efecto de facilitar la liquidación (ver nota 22).

Concluida ésta queda como saldo el capital social que ha de distribuirse entre los socios.

A la primera etapa de este proceso, la liquidación, se aplican las reglas establecidas en el Código de Comercio para las sociedades comerciales (art. 1777 , Cód. Civ.). Remitimos, pues, a dichas normas respecto de la manera de proceder a la liquidación de los negocios sociales, nombramiento del liquidador, obligaciones y responsabilidades inherentes al cargo, etcétera (arts. 434 y sigs., Cód. de Com.).

A la segunda etapa, la partición, se aplican las reglas relativas a la división de la herencia (art. 1788). Remitimos sobre el punto a lo estudiado en Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. I, núms. 548 y siguientes. Empero, en el Capítulo referente a la sociedad, el Código ha previsto ciertas reglas particulares que estudiaremos en los párrafos siguientes.

1110/1483

1483. FORMA DE HACER LA PARTICIÓN.— Hecha la liquidación de los bienes sociales y establecido el capital que queda como saldo, éste debe distribuirse entre los socios en la proporción convenida en el contrato; y si el punto no se hubiere previsto, en proporción a los aportes respectivos (art. 1778). En principio, la partición debe hacerse en especie.

Cuando el aporte no ha consistido en una suma de dinero sino en una cosa mueble o inmueble y su valor está determinado en el contrato, las partes no podrán pretender al tiempo de la disolución, que su aporte valía más o menos que lo que se fijó en aquél (art. 1787). Si su valor no ha sido fijado en el contrato, se determinará por el que tenía la cosa al tiempo que fue entregada a la sociedad (arg. art. 1786) que, en defecto de acuerdo de partes, será fijado judicialmente. Si las cosas se han aportado para ser vendidas por cuenta de la sociedad, la cuantía del aporte será el precio obtenido en la venta; si no fue vendida, el valor que tenía la cosa al tiempo en que fue entregada (art. 1786).

Si lo que se aportó fue el uso de una cosa o un derecho de usufructo o de cualquier otra naturaleza, no valuado en el contrato, la valuación se hará, en defecto de acuerdo de partes, judicialmente, tomando en cuenta el valor que tenía en el momento en que ingresó a la sociedad (arg. art. 1786).

Cabe añadir que el art. 1786 dice que los socios que han aportado la cosa tendrán derecho a recibir su valor, calculado de la manera que ya hemos dicho. La disposición se pone en la hipótesis de que, en el momento de la partición, haya bienes suficientes para reintegrar todos los aportes, porque si no los hay, todos ellos (incluso el consistente en una cosa) deben reducirse proporcionalmente de acuerdo con la parte que a cada socio corresponda en

las pérdidas.

1110/1484

1484. SOCIEDADES DE CAPITAL E INDUSTRIA.— Es éste un caso peculiar, que el Código ha reglamentado minuciosamente.

La regla esencial es que, salvo pacto expreso en contrario, el socio capitalista tiene derecho a recuperar íntegramente su capital (art. 1705); sólo las ganancias son repartidas con el industrial. Lo que no excluye el derecho de éste a percibir sueldos durante el tiempo que duró la sociedad (véase nº 1302). A la inversa, el socio industrial no participa de los quebrantos económicos que haya sufrido la sociedad; aunque el contrato social estableciere que el socio industrial se obliga con los capitalistas a dividir ganancias y pérdidas, se entenderá que su pérdida es sólo de la industria que puso (art. 1779); pero nada se opone a que el socio industrial asuma expresamente la obligación de contribuir de su bolsillo al pago de las pérdidas (ver nota 23), sólo que si esta obligación no ha sido asumida en términos muy claros, debe entenderse, como lo dice el art. 1779 , que sólo exponía su industria. En otras palabras, el art. 1779 es sólo interpretativo de la voluntad de las partes.

Pero si el capital social aportado por el socio capitalista no alcanza a cubrir las obligaciones, el socio industrial está obligado por su parte, no sólo frente a terceros, sino también en su relación con el socio capitalista (ver nota 24), salvo que el contrato lo hubiere eximido expresamente de contribuir a las pérdidas aun en ese caso, en cuya hipótesis sólo responderá por su parte viril frente a terceros, pero tendrá luego acción de reintegro contra los socios capitalistas (ver nota 25).

1110/1485

1485.— Si el contrato establece la proporción en que los socios capitalistas e industriales participan en las pérdidas y ganancias, hay que estar a lo consignado. La voluntad de las partes es la ley del contrato. Pero no será válida la estipulación que reconozca al socio capitalista el derecho de recuperar íntegramente su capital, haya o no ganancias, o reconocer en favor del socio industrial un beneficio fijo, haya o no ganancias (art. 1653 , incs. 3º, 4º y 5º; véase nº 1302).

1110/1486

1486.— Supongamos que el contrato haya fijado la participación en las ganancias y previsto un plazo de duración también determinado. Así, por ejemplo, se contrata una sociedad de capital e industria por cuatro años, estableciéndose que ambos socios se distribuirán las ganancias por partes iguales. Transcurridos dos años, se disuelve la sociedad. ¿Se mantiene siempre la misma proporción en las ganancias? Algunos autores han sostenido que no, porque el aporte del socio industrial consistió en su trabajo durante cuatro años; si trabajó dos, sólo puede pretender una ganancia proporcional a ese tiempo, es

decir, el cincuenta por ciento de lo que le correspondía por contrato (ver nota 26). El argumento tiene una eficacia sólo aparente. Porque también el uso del capital se prometió durante cuatro años y se retiró a los dos; la proporción del contrato debe por tanto mantenerse (ver nota 27).

1110/1487

1487.— Veamos ahora cómo se reparten las ganancias en caso de que el contrato no lo prevea. Si hay un socio capitalista y uno industrial, las ganancias se dividen en partes iguales; si los socios capitalistas fueran varios y todos contribuyen con igual capital, la parte del industrial será igual a la de cada uno de los socios (art. 1780). Si las partes de los capitalistas fueran desiguales, la parte del socio industrial, en caso de desavenencia, será fijada por árbitros (art. 1781). Esta solución tiene el inconveniente de que hace casi inevitable un pleito para fijar la parte del socio industrial, con los consiguientes gastos y demoras; es, además, incongruente con el art. 1784 que en un caso evidentemente análogo, toma en cuenta el valor medio de los aportes de los socios capitalistas (véase nº 1488, c). Hubiera sido preferible generalizar esta solución, indiscutiblemente práctica (ver nota 28).

1110/1488

1488.— Puede ocurrir que el socio industrial haya puesto también capital. El Código prevé distintos supuestos:

a) Si el capital puesto por el socio industrial es menor que el puesto por los socios capitalistas, la división se hará por partes iguales (art. 1782). Es una solución de justicia muy discutible, porque ya el socio industrial tenía este derecho sin necesidad de aportar capital (arts. 1780 y 1781). El Código no prevé la hipótesis de que los socios capitalistas hayan aportado capitales de diferente valor. Pensamos que en tal caso, el valor del aporte del socio industrial debe fijarse en el término medio de los aportes de los socios capitalistas, según el criterio seguido en una situación a todas luces análoga por el art. 1784 .

b) Si los socios capitalistas hubieran aportado valores iguales y el capital traído por el socio industrial fuera igual o superior al de ellos, la parte del socio industrial se calculará sumando a su capital una cantidad igual a la aportada por los socios capitalistas (art. 1783), solución congruente con la del art. 1780 . Ejemplo: si tres socios capitalistas han aportado $ 100.000 cada uno y el industrial $ 200.000, la parte de cada socio capitalista en la sociedad es igual a un sexto y la del industrial a tres sextos.

c) Si fuesen desiguales los valores puestos por los socios capitalistas y el capital del socio industrial fuera igual o superior al menor de los capitales de los socios capitalistas, la división se hará adicionando al capital del socio industrial un valor medio entre los capitales de los socios capitalistas (art. 1784). Ejemplo: un socio capitalista aporta $ 150.000, otro $ 100.000, un tercero $ 50.000 y el industrial $ 50.000. El aporte del socio industrial se valúa en $ 150.000, cantidad que resulta de agregar $ 50.000 al término medio de los aportes de los socios capitalistas.

1110/1489

1489.— Si todos los socios fuesen industriales, y hubiesen puesto también capitales, la división se hará por partes iguales, sean o no iguales los capitales puestos (art. 1785).

¿Qué ocurre si hay varios socios capitalistas y varios industriales que han aportado capitales? Si los capitales aportados por los socios industriales son menores que los de los socios capitalistas, que a su vez aportan sumas iguales, la división se hace entre todos los socios por partes iguales (art. 1782), sean iguales o no los capitales aportados por los socios industriales (art. 1785). Si los valores aportados por los socios industriales fueran iguales o mayores que los aportados por los socios capitalistas, también iguales, se adicionará al importe de los capitales aportados por los socios industriales un valor igual al aportado por cada uno de los capitalistas (art. 1783). Si fuesen desiguales los valores puestos por los socios capitalistas, y el capital del socio industrial fuese igual o superior al menor de los capitales de los socios capitalistas, la división se hará adicionando al capital del socio industrial un valor medio entre los capitales de los socios capitalistas (art. 1784). Hasta aquí las soluciones no ofrecen dificultades. Pero siguiendo el análisis las situaciones se complican singularmente. Supongamos que los valores aportados por los socios capitalistas sean desiguales y mayores que los traídos por los industriales, que son iguales. La ley nos dice solamente que las partes de los socios industriales deben ser iguales (art. 1785); pero falta saber si la relación con los aportes de los capitalistas se establece al nivel del mayor o del menor aporte de ellos o del término medio. Esta última nos parece la solución más equitativa y la que mejor se conforma con el espíritu del art. 1784 . Aplicando el mismo criterio, si los valores aportados por los socios industriales son desiguales, se tomará el término medio de los valores aportados por ellos y por los capitalistas y la suma de dichos promedios establecerá la parte de cada uno de los industriales. Finalmente, cabe considerar la complicación extrema: que los aportes de los socios industriales y capitalistas sean todos desiguales y algunos de los primeros mayores y otros menores que los últimos. Ejemplo: A aporta $ 100.000 y su trabajo; B sólo $ 80.000; C su industria y $ 50.000; D solamente $ 40.000; E su industria y $20.000. Tal hipótesis no tiene otra solución que referir el valor de la participación de cada socio a la decisión judicial o al arbitraje de un tercero, tal como lo dispone para un caso análogo el art. 1781 .

1110/15220

1489 bis. LIQUIDACIÓN PARCIAL POR RETIRO DE UN SOCIO.— En caso de disolución parcial de la sociedad por retiro de un socio, su aporte se determinará conforme esté previsto en el contrato; si no lo estuviere, se tendrá en cuenta el valor real del activo y el valor llave, si existiere (art. 1788 bis).

Esta disposición de la ley 17711 <>ha puesto fin a una vieja cuestión de si debía tenerse en cuenta el valor real o el de balance —que suelen ser muy distintos— y si debía o no tenerse en cuenta el valor llave. Ambos problemas han sido resueltos con justicia. Pero ya lo hemos dicho, si el contrato dispusiere otra cosa, debe aplicarse lo convenido.

1110/1490

1490. FALLECIMIENTO DE UN SOCIO: FORMA DE DESINTERESAR A LOS HEREDEROS.— Según lo hemos dicho anteriormente (nº 1460), los herederos del socio fallecido no pueden ser obligados a permanecer en la sociedad contra su voluntad; salvo estipulación en contrario, ellos tienen el derecho de continuar la sociedad o de pedir su disolución parcial, en cuyo caso la partición se hará de acuerdo a las reglas generales. Pero con frecuencia los contratantes incluyen en el contrato cláusulas destinadas bien a ponerlos a cubierto del peligro de tener que admitir en la sociedad a quienes no desean como socios, bien a facilitar la liquidación de la parte que corresponde al socio fallecido.

Son válidas las cláusulas que permiten a los socios sobrevivientes ya sea continuar la sociedad con los herederos (si éstos lo consienten) ya sea desinteresarlos pagándoles el valor de su parte (art. 1654 , inc. 3º) (ver nota 29). Este derecho de opción les permite a los socios adoptar la solución que en su momento les resulte más conveniente: a veces les interesará continuar con los herederos, sea porque éstos puedan resultar útiles a la sociedad, sea porque en ese momento no les conviene desprenderse de la parte del capital social que deberían entregar a los herederos; otras veces, en cambio, les permitirá prescindir de socios molestos o incapaces.

Salvo estipulación en contrario, la parte del socio fallecido se determinará computando los valores reales del activo (y por consiguiente no los que resultan del balance) y el valor llave, si existiere (art. 1788 bis). Pero la ley autoriza a que se fije en el mismo contrato la suma por la cual pueden ser desinteresados (art. 1654 , inc. 3º). Ese precio puede fijarse en una cantidad determinada o referirse al valor que la parte del socio tenga según el último balance social (ver nota 30). Pero supongamos que el valor atribuido a la parte en el contrato o el que resulta del último balance, sea considerablemente inferior al valor real ¿deben los herederos aceptar el valor así fijado o tienen derecho a reclamar el real? La ley 17711 <>, al reformar el art. 1654 , inc. 3º, ha establecido dos circunstancias que permiten alterar el valor fijado en el contrato: la primera, que dicho valor importe afectar la legítima de los herederos forzosos, en cuyo caso dicha legítima debe quedar a salvo; la segunda, que hayan sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan inequitativo el valor fijado, en cuyo caso debe hacerse aplicación del art. 1198 .

En estos casos, la solución es clara. Pero supongamos ahora que no se trata de herederos legitimarios y que el precio sea injusto ab initio, es decir, que deliberadamente se haya fijado una suma sensiblemente menor al valor real de la cuota del socio fallecido. Éste fue precisamente el caso resuelto por la Cámara Civil de la Capital, antes de la sanción de la ley 17711 <>. En una sociedad cuyo contrato autorizaba a los socios supérstites a desinteresar a los herederos del fallecido pagando por su parte el valor que resultaba del último balance, el tribunal juzgó que la pretensión de los socios de quedarse por $ 50.206,15 (valor que resultaba de dicho balance) con la parte cuyo valor real era de $ 234.463,58 importaba un verdadero abuso de derecho. Dijo el Tribunal, a nuestro juicio con razón, que cuando los contratantes fijan un precio a las respectivas partes (ya sea en suma fija, ya sea tomando en cuenta los balances) entienden referirse a un justo precio y sólo procuran evitar los

inconvenientes y gastos que de lo contrario se originarían en el pleito y en la tasación judicial; de tal modo que si el justo precio es aproximado al que resulta del contrato, hay que estar a él, despreciando diferencias no sustanciales; pero si las hay, los herederos sólo pueden ser desinteresados pagándoles su valor real (ver nota 31). Porque es obvio que las partes no han entendido hacer una liberalidad, sino solamente facilitar el procedimiento de liquidación de la sociedad con los herederos.

Esa solución es tanto más equitativa cuanto que muchas veces los balances son falseados a designio por los socios, generalmente para eludir cargas impositivas. No sería justo que esa maniobra se tradujera en perjuicio para los herederos.

Cabe agregar que el art. 13 , inc. 5º de la ley 19550 sobre sociedades comerciales establece que son nulas las estipulaciones que permiten la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva. Como puede apreciarse, lo que a la ley le interesa es la notable desigualdad de valores en el momento de la adquisición, no interesando que esa desproporción sea consecuencia de cláusulas originariamente injustas o resulte de una modificación de los valores sobrevenida ulteriormente.

En un caso se decidió que al valor que resulta del último balance hay que añadir el valor llave, aunque no esté mencionado éste en el contrato social (ver nota 32). Pero en este punto recordémoslo, el art. 1788 bis admite la validez del pacto en contrario.

1110/15230

1490 bis.— El antiguo inc. 3º, hoy derogado, del art. 1654 permitía estipular que al fallecimiento de un socio, toda su parte acreciera la de los socios sobrevivientes. No obstante ser claramente un pacto sobre herencia futura, aquella disposición la convalidaba. Pero al ser derogado el inc. 3º, el principio general que reputa nulo todo pacto sobre herencia futura recobra todo su imperio (art. 1175). En este caso no se trata ya tan sólo de dejar a salvo la legítima; aunque no se trate de herederos forzosos, la cláusula es nula (ver nota 33).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013740
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013740

1110/13740

§ 3.— Sociedades irregulares o de hecho (ver nota 34)

1110/1491

1491. CONCEPTO.— Ocurre con frecuencia que dos o más personas convienen en

constituir una sociedad y llevan la idea a la práctica sin preocuparse de cumplir con las formalidades establecidas por la ley. Muchas razones los impulsan a ello. A veces se trata de una asociación breve, cuyo objeto quizá sea la realización de un solo negocio; otras de negocios poco importantes; otras de asociaciones de personas que tienen entre sí gran confianza. Por un motivo o por otro, prescinden de la escritura pública, que no sólo es costosa, sino que también parece muchas veces una formalidad excesiva. Pero luego los negocios sociales adquieren importancia, se presentan dificultades entre los socios y con relación a terceros y el problema legal queda planteado. No pocas veces los socios y aun los terceros resultan perjudicados por estas irregularidades en la formación de la sociedad. Así se explica que no hayan faltado legislaciones que extremaron el rigor de las sanciones para obtener el cumplimiento de las formalidades legales y en Francia se llegó a negar toda acción entre los socios como consecuencia de una sociedad de hecho (ver nota 35). Pero en definitiva el legislador no ha podido cerrar los ojos ante un hecho indiscutible: esas sociedades existen, tienen negocios comunes, hay un patrimonio social. No es posible negar la acción por disolución, y participación en los beneficios o pérdidas, sin consumar una grave inmoralidad, pues la ley vendría a proteger al socio que defrauda la confianza de sus asociados.

Actualmente se reconoce a las sociedades de hecho un status legal similar al de la sociedades comunes; los tribunales han declarado que están sometidas al mismo régimen legal, salvo en lo que atañe a la liquidación o alguna otra consecuencia propia de su naturaleza específica (ver nota 36). Gozan de personería jurídica (ver nota 37); su patrimonio es independiente del de sus socios (ver nota 38); pueden demandar y ser demandadas (ver nota 39).

Tienen sin embargo una debilidad constitucional que las distingue de las nacidas regularmente: los socios pueden pedir en cualquier momento su disolución (art. 1663 , Cód. Civ. y art. 22 , ley 19550) aunque no haya vencido el término previsto en el contrato o no se haya cumplido el objeto para el cual se concertó (ver nota 40). Esta precariedad esencial de las sociedades irregulares ha inducido a algunos tribunales a decidir que la renuncia del socio no le origina jamás responsabilidad alguna, aunque sea intempestiva o de mala fe (ver nota 41). Nos parece una conclusión excesiva. Los tribunales no pueden amparar una conducta deshonesta sin declinar su misión moralizadora. Quien de mala fe ha perjudicado a sus socios, debe indemnizarlos (ver nota 42).

¿Puede el socio de una sociedad irregular ser demandado para que cumpla con el aporte prometido? Pensamos que no, puesto que siendo la sociedad esencialmente precaria, el demandado podría oponerse haciendo valer su derecho a pedir la disolución; carecería de sentido obligar a aportar en beneficio de una sociedad que no podrá ya funcionar. Todo ello sin perjuicio del derecho de los coasociados de negarle su participación en los beneficios y aun de reclamarle indemnización de los daños derivados del incumplimiento (ver nota 43).

1110/1492

1492.— La administración y representación legal de la sociedad de hecho puede ser ejercida por cualquiera de los socios (ver nota 44), (art. 24 , ley 19550).

Es improcedente el nombramiento de un administrador judicial de una sociedad de hecho; no cabe respecto de ellas otra intervención judicial que la designación de un liquidador (ver nota 45).

1110/1493

1493. RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD Y DE LOS SOCIOS.— Frente a los terceros, tanto los que actuaron a nombre de la sociedad, como los restantes socios, son responsables solidaria e ilimitadamente (art. 23 , ley 19550) (ver nota 46). Es razonable que así sea, pues de lo contrario los terceros que contratan con la sociedad quedarían expuestos a maniobras en perjuicio suyo. Así, por ejemplo, el contrato social podría establecer que sólo el socio gestor es responsable ante terceros, con lo cual los restantes —quizá los únicos verdaderamente solventes— quedarían libres de responsabilidad. Por ello la ley 19550 dispone expresamente que ni la sociedad ni los socios podrán invocar contra terceros derechos o defensas nacidos del contrato social (art. 23). Estas soluciones no sólo son una defensa para los terceros, sino también un modo de estimular la constitución regular de las sociedades, como único medio para que los socios puedan limitar su responsabilidad.

Por lo mismo que la responsabilidad de los socios es ilimitada, se ha declarado que los terceros que contratan con la sociedad irregular pueden dirigir su acción contra ella o bien considerarla inexistente y demandar directamente a cualquiera de los socios individualmente y por el total de su crédito (ver nota 47).

Pero los terceros que han contratado con la sociedad no pueden oponerse a la demanda que ella les entable por incumplimiento, so pretexto de que la sociedad no existe legalmente (art. 23 , ley 19550) (ver nota 48). En otras palabras, la sociedad puede demandar a terceros por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (ver nota 49). La representación judicial de la sociedad puede ejercerla cualquiera de los socios (ver nota 50).

1110/15240

1493 bis.— Es necesario, sin embargo, hacer la aclaración de que para que la actuación del socio gestor genere la responsabilidad de la sociedad y de sus coasociados, debe haber actuado en nombre de aquélla. Si, por el contrario, obró en su propio nombre, no hay responsabilidad de los otros socios aunque de la gestión haya resultado utilidad para la sociedad (art. 1744 , Cód. Civ.) (ver nota 51).

1110/1494

1494. PRUEBA.— De acuerdo con el art. 1665 , la existencia de una sociedad irregular, aunque su capital exceda el que de acuerdo a la ley requiera escritura pública, puede probarse por los siguientes medios: 1) cartas firmadas por los socios, y escritas en el interés común de ellos; 2) circulares publicadas en nombre de la sociedad; 3) cualesquiera

documentos en los cuales los que firman hubiesen tomado las calidades de socios; 4) la sentencia pronunciada entre los socios en calidad de tales. La enumeración del Código es simplemente ejemplificativa (ver nota 52); la existencia de una sociedad de hecho puede probarse por cualquier medio, incluso testigos (ver nota 53). ¿Es indispensable el principio de prueba por escrito para admitir la testimonial? Así lo habían resuelto los tribunales antes de la sanción de la ley 19550 , apoyados en el art. 1191 , Código Civil (ver nota 54) lo que motivó las críticas de SPOTA, quien considera innecesario el principio de prueba escrita, pues basta según el art. 1191 con que una de las partes haya recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato para hacer admisible todo género de pruebas; y ésa es la situación que se da cuando ha mediado la explotación común de un negocio (ver nota 55). En materia comercial, la ley 19550 ha hecho prevalecer la tesis amplia: el art. 25 dispone que la sociedad irregular puede acreditarse por cualquier medio de prueba, sin exigir el principio de prueba por escrito.

Se ha considerado prueba suficiente de la existencia de una sociedad irregular: la venta por dos personas de un negocio, a la que se agrega prueba testimonial (ver nota 56), el contrato de locación suscripto por dos persona quienes afirman dedicarlo a "negocio" (ver nota 57), las operaciones promiscuas de corretaje (ver nota 58), las negociaciones en común a las que se añade prueba testimonial (ver nota 59). En cambio se ha declarado insuficiente el anagrama formado con sílabas de determinadas personas (ver nota 60), el solo hecho de tener participación en el negocio, porque puede ser habilitado (ver nota 61); el aditamento "y Cía." hace presumir la existencia de un socio, pero no quién lo es (ver nota 62); igualmente, el aditamento "y hermanos" no prueba que todos los hermanos sean socios (ver nota 63); el hecho de pagar por cuenta o a nombre de la sociedad no implica participación en ella (ver nota 64).

1110/1495

1495.— Aunque la existencia de la sociedad haya sido reconocida en un juicio seguido por alguno de los socios contra un tercero, esa sentencia no da derecho a tener por probada la sociedad con respecto a los otros socios (art. 1666) desde que respecto de ellos la sentencia no hace cosa juzgada. Sin perjuicio de que el juez pueda valorar esa sentencia como un elemento probatorio que unido a otros forme su convicción de que la sociedad existió.

1110/1496

1496. SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS.— El concubinato no hace nacer una sociedad de hecho entre los concubinos; y si uno de ellos pretende invocarla, debe probar la existencia de una sociedad efectiva. Hemos estudiado el tema en nuestro Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. I, nº 62, c), a donde remitimos.

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 18/3/1919, J.A., t. 3, p. 165; MACHADO, t. 4, ps. 615 y sigs.; LLERENA, t. 5, p. 535.

(nota 2) Fallos y autores citados en nota anterior; además, C. Com. Cap., Sala B, 18/3/1953, J.A., 1953-III, p. 200.

(nota 3) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1492; MACHADO, t. 4, p. 619; LLERENA, t. 5, p. 533.

(nota 4) LLERENA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 5) MACHADO, t. 4, p. 617.

(nota 6) MACHADO, t. 4, p. 616; LLERENA, t. 5, p. 535.

(nota 7) Esta solución surge muy claramente del art. 1766 y están de acuerdo todos los comentaristas (MACHADO, t. 2, p. 625; LLERENA, t. 5, p. 539; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1499, nota 191), con excepción de SALVAT, que en singular disidencia sostiene que siempre es necesario el otorgamiento de escritura pública (loc. cit.).

(nota 8) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1507; MACHADO, t. 4, p. 630.

(nota 9) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, loc. cit. en nota anterior, nota 197 a); SEGOVIA, t. 1, nota 120 al art. 1171 de su numeración; LLERENA, t. 5, ps. 542 y sigs.

(nota 10) La doctrina es unánime: MACHADO, t. 4, p. 634; LLERENA, t. 5, p. 545; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1511, nota 197 d).

(nota 11) C. Civil 1ª Cap., 20/5/1949, J.A., 1949-III, p. 106.

(nota 12) De acuerdo: PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1065; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 470.

(nota 13) GARO está de acuerdo en que la acción subrogatoria sólo procede en caso de disolución de pleno derecho, pero comprende también en este concepto la que tiene por causa el vencimiento del término (Sociedades comerciales, t. 1, vol. 2, núms. 338 y 350).

(nota 14) La jurisprudencia francesa admite la acción de los acreedores de la sociedad (véase la citada por PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 10, nº 1065), en contra de la opinión de los autores (PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, loc. cit.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 471).

(nota 15) GARO (Sociedades comerciales, t. 1, vol. 2, nº 396) está de acuerdo con nuestra solución en el caso de expulsión decretada por la mayoría, pero si ésta ha sido dispuesta por el juez a pedido de un socio, sostiene que produce efectos sólo a partir de la sentencia definitiva, lo que es manifiestamente contrario al art. 1776 .

(nota 16) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 473.

(nota 17) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1513; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 473; GUILLOUARD, De la société, nº 339.

(nota 18) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, nº 477.

(nota 19) LARENZ, Obligaciones, t. 2, ps. 246 y sigs.; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 179, I.

(nota 20) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 179 bis; GRAZIANI, Diritto della societá, nº 16; MESSINEO, t. 5, § 150 bis, nº 13. Éste es el sentido de un fallo de la Sup. Corte Buenos Aires, que afirmó que el derecho de los socios es creditorio y no un derecho a los inmuebles que pertenecían a la sociedad (22/12/1933, J.A., t. 44, p. 876). PIC trata del asunto con referencia a la hipótesis del fallecimiento de uno de los socios y llega a una conclusión análoga, citando en este sentido la opinión de PONT, nº 720; LYON CAEN y RENAULT, t. 2, nº 316.

(nota 21) LARENZ, Obligaciones, t. 2, ps. 426 y sigs.

(nota 22) PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1069; MESSINEO, t. 5, § 150 bis, nº 10; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 396.

(nota 23) MACHADO, t. 4, ps. 645 y sigs., texto.

(nota 24) MACHADO, t. 4, ps. 645 y sigs.

(nota 25) MACHADO, t. 4, p. 646.

(nota 26) En este sentido: LAURENT, t. 26, nº 300; LYON y RENAULT, Droit commercial, t. 2, nº 51 (cit. por MACHADO, t. 4, p. 647).

(nota 27) De acuerdo: MACHADO, t. 4, p. 647; LLERENA, t. 5, ps. 549 y 550. Este autor distingue dos situaciones: si la sociedad se ha disuelto, hay que conservar la proporción fijada en el contrato; pero si prestó su industria por un tiempo menor del de la sociedad, que continúa, se liquida su ganancia en proporción al plazo en que trabajó.

(nota 28) VÉLEZ se apartó con buen criterio de la solución del art. 1853 del Código francés, según el cual la parte del socio industrial debe reputarse igual al aporte menor de los capitalistas.

(nota 29) C. Civil Cap., Sala A, 2/6/1959, L.L., t. 95, p. 220; Sala C, 18/8/1953, L.L., t. 72, p. 534; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, núms. 408 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1057.

(nota 30) Fallos y autores citados en nota anterior.

(nota 31) C. Civil Cap., Sala A, 2/6/1959, L.L., t. 95, p. 220. De acuerdo: LÓPEZ OLACIREGUI, A propósito del art. 1654, inc. 4º, Código Civil, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 32, ene.-abr. 1954, ps. 39 y sigs.

(nota 32) C. Civil Cap., Sala C, 18/8/1953, L.L., t. 72, p. 534.

(nota 33) Rectificamos así la opinión que sostuviéramos en nuestra 2ª edición (nº 1490).

(nota 34) BIBLIOGRAFÍA: GARO, Sociedades comerciales, t. 2, núms. 40 y sigs.; ROSENBUSCH, La disolución y liquidación de las sociedades de hecho a través de la jurisprudencia, J.A., 1943-I, p. 456; FARÉ, Condición jurídica de las sociedades irregulares, G.F., t. 147, p. 177; HEMARD, Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait, París, 1926; y nota de jurisprudencia en E.D., t. 38, p. 449.

(nota 35) La ordenanza de Blois de 1579 y otra de 1773 así lo establecían; véase sobre el

punto la reseña de BOLAFFI, La societá semplice, p. 203, nota 32.

(nota 36) C. Com. Cap., 13/4/1948, L.L., t. 50, p. 513; íd., 29/9/1942, L.L., t. 28, p. 134.

(nota 37) C. Civil Cap., Sala D, 24/4/1959, L.L., t. 94, p. 719; C. Com. Cap., Sala B, 24/8/1962, E.D., t. 3, p. 240; Sup. Corte Buenos Aires, 16/2/1971, E.D., t. 38, p. 449.

(nota 38) C. Com. Cap., Sala A, 19/11/1954, L.L., t. 77, p. 125; Sala B, 17/11/1954, J.A., 1955-II, p. 42. Sup. Corte Buenos Aires, 16/2/1971, E.D., t. 38, p. 449. En el caso citado en primer término se decidió que los bienes de la sociedad no pueden ser embargados por las deudas particulares de los socios.

(nota 39) C. Civil 2ª Cap., 6/10/1942, J.A., 1942-IV, p. 490; C. Com. Cap., Sala C, 4/7/1961, causa 104.863 (inédita); C. Com. Cap., 14/8/1947, L.L., t. 47, p. 737; C. Paz Let. Cap., 13/11/1946, G.P., t. 74, p. 45; Sup. Corte Buenos Aires, 16/2/1971, E.D., t. 38, p. 449.

(nota 40) C. Civil 1ª Cap., 7/5/1945, J.A., 1945-III, p. 551; C. Civil 2ª Cap., 12/6/1939, J.A., t. 66, p. 911; Sup. Trib. Entre Ríos, 13/6/1946, J. E. R., 1946, p. 220; C. Apel. Bahía Blanca, 2/6/1953, L.L., t. 7, p. 347.

(nota 41) C. Com. Cap., 8/6/1943, L.L., t. 31, p. 421; C. Civil 2ª Cap., 6/11/1941, J.A., 1942-I, p. 4 y fallos del Sup. Trib. Entre Ríos y de la C. Apel. Bahía Blanca, citados en nota anterior.

(nota 42) En este sentido: antigua C. Civil Cap., 19/9/1986, Fallos, t. 83, p. 330.

(nota 43) En contra: C. Civil 2ª Cap., 12/6/1939, L.L., t. 15, p. 316, que negó el derecho a reclamar daños y perjuicios.

(nota 44) C. Com. Cap., Sala B, 31/8/1962, E.D., t. 3, p. 190; Sala C, 4/7/1961, causa 104.863 (inédita), en la que se citan fallos del mismo tribunal de fechas 9/12/1959 y 17/10/1960, en el mismo sentido; GARO, Sociedades comerciales, t. 2, nº 61.

(nota 45) C. Com. Cap., Sala A, 27/4/1962, E.D., t. 3, p. 318.

(nota 46) C. Com. Cap., Sala A, 29/9/1967, E.D., t. 21, p. 770; íd., 24/6/1965, E.D., t. 12, p.

232; Sala C, 3/11/1970, E.D., t. 35, p. 360; Sala B, 23/4/1956, J.A., 1956-III, p. 102; C. Trab. Cap., 16/12/1959, J.A., 1960-III, p. 250.

(nota 47) C. Com. Cap., Sala B, 23/4/1956, J.A., 1956-III, p. 102; C. Trab. Cap., 16/12/1959, J.A., 1960-III, p. 250.

(nota 48) C. Civil Cap., Sala A, 2/6/1968, E.D., t. 26, p. 362; C. Com. Cap., 29/10/1965, E.D., t. 13, p. 679; Sup. Corte Buenos Aires, 16/2/1971, E.D., t. 38, p. 449.

(nota 49) Fallos citados en nota anterior.

(nota 50) C. Com. Cap., Sala C, 17/10/1960, E.D., t. 2, p. 21; C. Paz Cap., 9/5/1961, E.D., t. 2, p. 130.

(nota 51) C. Civil Cap., 27/11/1942, L.L., t. 29, p. 160; íd., 7/3/1945, G.F., t. 176, p. 34; C. Com. Cap., Sala A, 8/11/1963, E.D., t. 38, p. 463, sum. 77.

(nota 52) Unanimidad en la doctrina y jurisprudencia: SALVAT, Contratos, t. 2, nº 1332; MACHADO, t. 4, p. 487; LLERENA, t. 5, p. 431; SEGOVIA, t. 1, nota 28 al art. 1667 de su numeración; véase jurisprudencia citada en nota siguiente.

(nota 53) C. Civil Cap., Sala C, 24/5/1961, E.D., t. 1, p. 495; Sala D, 24/4/1959, L.L., t. 94, p. 719; C. Civil 2ª Cap., 20/8/1945, J.A., 1945-IV, p. 744; C. Com. Cap., Sala A, 8/11/1954, J.A., 1954-III, p. 87; Sala B, 24/12/1951, L.L., t. 65, p. 447; Sup. Corte Buenos Aires, 13/12/1966, D. J. B. A., t. 80, p. 69.

(nota 54) Fallos citados en nota anterior; C. Com. Cap., Sala B, 17/5/1954, J.A., 1955-IV, p. 277, con nota de SPOTA; C. Com. Cap., Sala B, 25/8/1961, causa 105.444 (inédita); GARO, Sociedades comerciales, t. 2, nº 55.

(nota 55) SPOTA, Los medios de prueba de la sociedad de hecho o irregular, J.A., 1955-IV, p. 272.

(nota 56) C. Com. Cap., 12/4/1926, J.A., t. 19, p. 974.

(nota 57) C. Civil 1ª Cap., 15/3/1939, J.A., t. 65, p. 675.

(nota 58) C. Paz Cap., Sala III, 30/3/1939, J.A., t. 66, p. 314.

(nota 59) C. Com. Cap., 20/6/1919, J.A., t. 3, p. 552.

(nota 60) C. Crim. Cap., 13/3/1933, J.A., t. 41, p. 498.

(nota 61) C. Com. Cap., 5/6/1929, J.A., t. 30, p. 174.

(nota 62) C. Com. Cap., cit. por GARO, Sociedades comerciales, t. 2, nº 53.

(nota 63) C. Com. Cap., 27/12/1940, G.F., t. 150, p. 161.

(nota 64) Sup. Trib. Santa Fe, citado por GARO, Sociedades comerciales, t. 2, nº 53.

DONACIÓN

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013760
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013760

1110/13760

CAPÍTULO XXVI - DONACIÓN (ver nota 1)

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013770
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013770

1110/13770

§ 1.— Nociones generales

1110/1497

1497. EL CONCEPTO EN EL CÓDIGO CIVIL.— La donación es uno de esos conceptos tan fáciles de comprender en su esencia como difíciles de delinear en sus contornos

precisos. La dificultad reside en la circunstancia de que no todo acto a título gratuito es donación. No lo son los actos de última voluntad ni tampoco numerosas liberalidades realizadas entre vivos que quedan excluidas del concepto jurídico de donación. La ley ha circunscripto el régimen legal de las donaciones a ciertos actos respecto de los cuales considera particularmente importante proteger al donante. Eso explica por qué no se aplica a todas las liberalidades entre vivos el mismo régimen.

Examinaremos ante todo el concepto de nuestro Código y luego haremos su valoración crítica a la luz de la doctrina moderna y del derecho comparado.

Según el art. 1789 habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa. De esta definición se desprenden los siguientes elementos:

a) Es un acto entre vivos; los actos de última voluntad, llamados testamentos, tienen un régimen legal distinto. En nuestro Derecho no hay donaciones para después de la muerte (art. 1790).

b) Obliga a transferir la propiedad de una cosa. Sobre este punto cabe decir que la redacción del art. 1789 es impropia porque en él se dice que la donación transfiere la propiedad, lo que no es exacto porque el solo título no basta para producir ese efecto, sino que también es necesaria la tradición (arts. 577 y 3265). El error se origina en que la fuente de que se valió VÉLEZ es el Código francés, en el que basta el título para que se opere la transferencia de la propiedad de la cosa. A nuestro juicio debería distinguirse entre la donación propiamente dicha, en la cual el contrato se celebra simultáneamente con la entrega de la cosa y la promesa de donación en la que el donante se obliga a hacer ulteriormente la tradición. Esta distinción tiene importancia sobre todo en lo que atañe a la forma del acto (véase nº 1539).

Sólo las cosas pueden ser objeto de donación en nuestro régimen legal; si se trata de la transmisión gratuita de un derecho, habrá cesión y no donación, aunque el régimen legal es análogo, pues el art. 1437 remite a las reglas de la donación, en lo que no sean modificadas por el título de la cesión. Análogo pero no igual porque hay algunas diferencias, particularmente en lo que atañe a la forma (ver nota 2).

La transmisión gratuita de las acciones al portador de una sociedad anónima, es una donación y no una cesión, porque las acciones son cosas muebles (ver nota 3). La cuestión tiene sobre todo importancia fiscal, porque las cesiones están gravadas con el impuesto de sellos (en las provincias que no han adherido al denominado pacto fiscal), en tanto las donaciones están exentas (art. 14, inc. b, ley de sellos, t.o. en 1959).

Tampoco hay donación en nuestro Código por la transferencia o constitución gratuita de cualquier derecho real o personal sobre una cosa, que no sea el derecho de propiedad (ver nota 4). VÉLEZ subraya enérgicamente esta idea en la nota al art. 1791 en la que dice: “Sea cual fuere el desinterés de una de las partes, sea cual fuere el beneficio de la otra, donde no hay enajenación, no hay donación”.

c) La transferencia debe ser a título gratuito. Es decir, hay un desprendimiento de bienes, sin compensación por la otra parte. Pero ésta no es una regla absoluta. Es posible que el contrato de donación obligue al donatario a hacer o pagar algo, sea en beneficio del donante o de un tercero. Esto no altera la esencia gratuita del acto. Sin embargo, a veces el cargo tiene tal importancia que la gratuidad del contrato queda desvirtuada casi totalmente; aquí se roza al problema del negotium mixtum cum donatione, que estudiaremos más adelante.

1110/1498

1498.— Para precisar más rigurosamente el concepto, el Código enumera en el art. 1791 algunas liberalidades que no son donaciones:

a) La renuncia de una hipoteca, o la fianza de una deuda no pagada, aunque el deudor esté insolvente. Adviértase que el inciso se refiere a la renuncia de la garantía pero no a la deuda en sí misma. El Código originariamente incluía también en esta enumeración la remisión de deuda; pero la ley fe de erratas suprimió este inciso. ¿Significa esto que la remisión de deuda debe ser considerada donación en nuestro Derecho? Ése fue sin duda el espíritu de la supresión. Pero esa solución no se aviene con el concepto de donación en nuestro Derecho, que exige la transmisión de la propiedad (art. 1789 y nota al art. 1791). En apoyo del criterio que inspiró a VÉLEZ SARSFIELD, podría hacerse el siguiente razonamiento: dejar que se opere la prescripción, no es donación (art. 1791 , incs. 4º y 5º); por consiguiente, si la renuncia tácita de una deuda (por dejar transcurrir el término de prescripción) no es donación, ¿por qué habría de serlo la renuncia expresa? Es necesario agregar, sin embargo, que la tendencia moderna es considerar la remisión de deuda como una donación (véase nº 1501).

b) El dejar de cumplir una condición a que esté subordinado un derecho eventual, aunque en la omisión se tenga la mira de beneficiar a alguno.

c) La omisión voluntaria para dejar perder una servidumbre por el no uso de ella. Lo mismo debe decirse de la pérdida de cualquier derecho real por el no uso o de cualquier derecho personal por dejar transcurrir el término de la prescripción; la solución no varía aunque se pruebe que hubo intención de beneficiar a la otra parte (inc. 3º).

d) El dejar de interrumpir una prescripción para favorecer al propietario. El texto originario no incluía la palabra de, que fue incluida por la ley fe de erratas para aclarar su sentido; pero la redacción sigue siendo oscura. Debería decir “para favorecer al poseedor”, pues el propietario es quien omite deliberadamente la interrupción. De todas maneras la idea es clara: la circunstancia de que el titular de un derecho real o personal permita que opere la prescripción en favor de un tercero no es donación aunque exista ánimo liberal.

e) El servicio personal gratuito, por el cual el que lo hace acostumbra pedir un precio. Falta aquí la enajenación de una cosa, esencial en nuestro Derecho para configurar la donación.

f) Todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente pero no con el fin de transferir o de adquirir el dominio de ellas. Tal es por ejemplo, el comodato o

préstamo gratuito de una cosa.

La ley 17711 <>derogó dos incisos de este artículo: el 1º) según el cual no era donación la renuncia a una herencia o legado con ánimo de beneficiar a un tercero; y el 6º) según el cual tampoco tenía carácter de donación el pago de lo que no se debe, con miras de beneficiar al que se llame acreedor. La derogación tiene el claro significado de atribuirles a ambos actos el carácter de donación, como en realidad lo son.

El pago por otro hecho con ánimo liberal, ¿es una donación? No hay transferencia del dominio en favor del beneficiario sino del tercero, no obstante lo cual parece evidente que si se admite que el pago de lo que no se debe, hecho en favor del beneficiario, es donación, también debe serlo éste, pues el enriquecimiento del beneficiario y el empobrecimiento del donante son exactamente iguales en ambos casos (ver nota 5).

1110/1499

1499.— ¿La asunción de una deuda es una donación? Es necesario distinguir dos supuestos: a) La obligación que una persona asume gratuitamente, sin otro acto que le sirva de antecedente; por ejemplo, A deseando regalar a B una suma de dinero que no tiene en ese momento, suscribe en su favor un pagaré. Nos inclinamos a pensar que hay donación (o para hablar con mayor precisión, promesa de donación), desde que en definitiva la obligación contraída se traducirá en el pago de una suma de dinero, con lo que habrá transferencia de la propiedad de una cosa (ver nota 6). b) La asunción de deuda propiamente dicha, es decir, el acto por el cual una persona toma sobre sí la obligación que otra tenía con un tercero. Dentro de nuestro Derecho positivo parece preciso decidirse en el sentido de que no hay donación, desde que el beneficiario (que es el primitivo deudor liberado) no recibe una cosa, sino que sólo se favorece con una liberación (ver nota 7).

1110/1500

1500.— No hay donación cuando se paga una obligación natural, porque no hay animus donandi, sino propósito de pagar una obligación (ver nota 8).

1110/1501

1501. APRECIACIÓN CRÍTICA; DERECHO COMPARADO.— La noción de la donación en nuestro Código se resiente de alguna estrechez; la tendencia moderna es incluir dentro de este concepto toda disposición gratuita de cosas y derechos por actos entre vivos. Así, por ejemplo, el Código italiano la define como el contrato por el cual, por espíritu de liberalidad, una parte enriquece a otra, disponiendo a favor de ésta de un derecho o asumiendo hacia ella una obligación (art. 769). Esta idea general, que es común a la mayor parte de los códigos contemporáneos (ver nota 9), requiere un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento del donatario; si ello se ha hecho con espíritu liberal, hay donación. El concepto gana en amplitud, pero pierde en precisión. Dentro de él cabría

cómodamente el préstamo gratuito, pues es obvio que quien presta sin intereses una suma importante de dinero o una cosa susceptible de devengar frutos, enriquece a la otra parte y se empobrece en cuanto no ha podido sacar del capital o la cosa sus frutos regulares; sin embargo, es solución universalmente admitida que en esa hipótesis no hay donación. Cosa parecida puede decirse de la prestación gratuita de servicios, que tampoco es donación (ver nota 10).

A pesar de que la configuración del contrato en nuestro Código es sin duda más precisa y ha eliminado los problemas que en otras legislaciones suelen presentarse, nos parece preferible darle una mayor amplitud, porque no hay razón valedera para someter a un régimen distinto la enajenación gratuita de una cosa y la disposición gratuita de derechos. Por esta solución amplia se pronuncian los proyectos de reformas (Anteproyecto de Bibiloni, art. 1564; Proyecto de 1936, art. 969; Anteproyecto de 1954, art. 1346).

1110/1502

1502. EL ANIMUS DONANDI.— La donación exige gratuidad, animus donandi. La transferencia del bien se hace sin recompensa patrimonial. Lo que no es lo mismo que desinterés. En verdad, casi no hay donación que no esté inspirada en el deseo de satisfacer un interés religioso, político, cultural, científico, deportivo, afectivo o amoroso; es una forma de satisfacer vanidades, una vía para recibir honores, alcanzar prestigio; con razón dice GORLA que es el medio más difundido y más práctico de satisfacer intereses no económicos (ver nota 11). Pero a diferencia de los negocios onerosos, no se hace en mira a una contraprestación patrimonial.

Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de una donación con cargo, en la que se impone al donatario la obligación de cumplir alguna prestación de índole patrimonial o extrapatrimonial, sea en beneficio del donante o de un tercero. Es razonable que así sea. El animus donandi, no se ve afectado por la circunstancia de que se imponga alguna obligación accesoria al beneficiario. Sólo que a veces esa carga resulta pesada; apreciada cuantitativamente, el cargo puede llegar a ser casi tan oneroso como los bienes donados y quizá más. ¿Cuándo el acto gratuito deviene oneroso? Este problema se vincula estrechamente con el del negotium mixtum cum donatione.

1110/1503

1503. NEGOTIUM MIXTUM CUM DONATIONE.— A la par de donaciones con cargo hay otros negocios onerosos, en los que una parte da más de lo que recibe y lo hace con ánimo liberal. Así, por ejemplo, sabiendo el comprador que la cosa vale 10, paga 15; el empleador de un obrero paga generosamente por su trabajo más de lo que éste acostumbra cobrar; un amateur con espíritu de Mecenas paga más de lo que vale un cuadro. ¿Cuándo la donación con cargo deja de ser un negocio gratuito para convertirse en oneroso? ¿Cuándo la desproporción de las prestaciones convierte el negocio supuestamente oneroso en una donación? Éste es uno de los problemas clásicos del derecho civil (ver nota 12); las dificultades provienen de que la mayor parte de los autores se niegan a escindir un negocio

que ha sido único en el ánimo de las partes. Nuestro Código ha seguido un sistema a todas luces más práctico: tanto las donaciones con cargo como las remuneraciones se consideran negocios onerosos en la medida del valor del cargo o en la de la justa retribución del servicio prestado; al excedente se aplica el régimen de las donaciones (véase núms. 1573 y 1575). Cualesquiera sean las objeciones teóricas que puedan formularse contra esta solución, la verdad es que ella resuelve el problema con un criterio práctico y justo.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SALVAT, t. 3, núms. 1535 y sigs.; MACHADO, t. 5, ps. 5 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5; BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1; COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1595; JOSSERAND, t. 3, vol. 3; ASCOLI, Trattato delle donazioni, Milano, 1935; BALBI, Saggio sulla donazione, Torino, 1942; TORRENTE, La donazione, Milano, 1956; GORLA, El contrato, trad. esp., Barcelona, 1959; LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 43; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 120 y sigs.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, ps. 59 y sigs.; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, ps. 163 y sigs.

(nota 2) Nos parece inaceptable la teoría de ACUÑA ANZORENA, referida a nuestro ordenamiento legal, según la cual también los derechos pueden ser objeto de donación, porque contraría los textos expresos de los arts. 1437 y 1798 .

(nota 3) C. Civil Cap., Sala D, 26/4/1963, L.L., t. 110, p. 549; Sala E, 15/11/1962, causa “Calviño, Alberto”, inédita.

(nota 4) C. Apel. Mercedes, 18/12/1934, J.A., t. 48, p. 1003; C. Apel. Paraná, 2/4/1924, J.A., t. 14, p. 1374.

(nota 5) De acuerdo en que es una donación: C. Civil 1ª Cap., 21/4/1938, L.L., t. 10, p. 372; C. Civil 2ª Cap., 25/4/1923, J.A., t. 10, p. 304.

(nota 6) Sin embargo, la C. Civil 1ª Cap., resolvió lo contrario en un caso de pagarés suscritos con ánimo liberal (23/12/1942, J.A., 1943-II, p. 793).

(nota 7) En la doctrina europea es opinión unánime que la asunción de deuda es una donación (LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 175; MESSINEO, t. 5, § 139, nº 1 in fine).

(nota 8) RIPERT sostiene la siguiente distinción: si el pago se ha hecho por espíritu de justicia, no hay donación; si se ha hecho por caridad, la hay (La regla moral, nº 202; PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 319). La distinción resulta demasiado sutil e

inconvincente. Objetivamente hay pago, no dádiva. Basta con ello para eliminar dudas y excluirlo del concepto de liberalidad.

(nota 9) En sentido concordante, dice el Código alemán que donación es una atribución por la cual una persona enriquece a otra, conviniendo ambas en que la prestación tenga lugar a título gratuito; pero no basta con que una persona omita en beneficio de otra una adquisición patrimonial (arts. 516 y 517). Igualmente amplios son los conceptos expresados por los Códigos suizo, art. 1431; brasileño, art. 1165; mexicano, art. 1332; venezolano, art. 1431; etc.

(nota 10) Ésta es la opinión unánime en el derecho alemán (véase LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 174 y autores por él citados). Sobre las dificultades con que se tropieza en el derecho alemán para precisar el concepto de donación, véase LARENZ, loc. cit.; para el problema en el derecho italiano, véase TORRENTE, La donazione, n º 2.

(nota 11) GORLA, El contrato, t. 1, p. 125.

(nota 12) Puede encontrarse una erudita exposición de las distintas teorías en GORLA, El contrato, t. 1, ps. 129 y sigs.; asimismo, TORRENTE, La donazione, nº 18.

1504. RÉGIMEN DE LAS LIBERALIDADES QUE NO SON DONACIONES (ver nota 1).— Las liberalidades que no son donaciones no están sujetas al régimen de éstas. Sólo debe hacerse la excepción de la cesión gratuita de créditos, a la que se aplican las reglas de la donación en todo lo que no esté dispuesto de otra manera en las reglas especiales de ese contrato (art. 1437 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_35.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1437).

Las disposiciones testamentarias, el comodato, el trabajo, el depósito, el mandato gratuito, tienen su régimen propio. Las liberalidades no reguladas en el Código (por lo común llamadas donaciones indirectas en la doctrina extranjera) no están sujetas a los requisitos formales de las donaciones ni a la revocación por ingratitud (ver nota 2), ni generan obligación alimentaria. En cambio están sujetas a reducción por inoficiosidad y a colación y las comprende la prohibición de donar entre cónyuges (ver nota 3).

1110/1505

1505. ¿ES LA DONACIÓN UN CONTRATO?— En el concepto de los profanos, la donación es un acto unilateral; para dar, basta con la voluntad del donante. Para la doctrina jurídica clásica, la donación es un contrato que sólo se perfecciona con el acuerdo de voluntades de donante y donatario. Pero esta concepción clásica ha sido puesta a prueba por la crítica de algunos autores contemporáneos. La aceptación del donatario, dice PUIG

BRUTAU, no es suficiente para convertir la donación en un contrato. Las bases sociológicas de la donación y del contrato son diferentes. La del contrato consiste propiamente en la negociación, entendida como operación en la que se contraponen y enfrentan intereses de los contratantes que acaban por equilibrarse en el contrato; el consentimiento es el acto que corona esa negociación. En la donación no se presenta una verdadera oferta de contrato, sino que hay un acto de disposición en favor del donatario (ver nota 4). La aceptación de la donación tiene mayor analogía con la aceptación de una herencia o legado que con la teoría del consentimiento contractual (ver nota 5). Esto explica que la donación puede ser aceptada aun después de la muerte del donante (art. 1795 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1795), solución excepcional que no se concibe en los contratos en los que el fallecimiento de cualquiera de las partes hace imposible el acuerdo de voluntades. Si la aceptación de la donación es un requisito de su validez, no es porque se repute indispensable el acuerdo de voluntades sino porque se trata de cumplir una exigencia derivada de la libertad individual: que nadie pueda verse obligado a recibir un beneficio sin su consentimiento (ver nota 6).

En su esencia, la donación es un acto unilateral de disposición gratuita de bienes, más próximo a la disposición testamentaria que al contrato. Sólo así concebida se explica que pueda ser revocada por ingratitud del donatario, que esté sujeta a reducción por inoficiosidad y a colación.

Aunque por nuestra parte no dudamos de que ésta es una concepción más realista y auténtica de la donación, debemos reconocer que la doctrina contractualista predomina notoriamente en el derecho comparado y que nuestro Código ha adherido expresamente a ella. Pero no deja de ser sintomático que algunos códigos, no obstante reconocerle naturaleza contractual, la hayan ubicado sistemáticamente no entre los contratos sino juntamente con las disposiciones de última voluntad (Código Civil francés, italiano, español). Por lo menos habrá que admitir, como lo hace la Relación con que fue acompañado el Proyecto luego sancionado de Código Civil italiano, que el título de la donación viene a ser una transición entre las sucesiones y los contratos.

1110/1506

1506. CARACTERES DEL CONTRATO.— En el régimen de nuestro Código, la donación presenta los siguientes caracteres:

a) Es un contrato a título gratuito; no hay contraprestación del donatario. El cargo que suele imponer a veces el donante no tiene carácter de contraprestación sino de obligación accesoria. Tampoco desvirtúan el carácter gratuito del contrato algunas obligaciones que la ley impone al donatario, como la de pasarle alimentos al donante, en caso de que le sean necesarios, y de guardarle lealtad.

b) Es formal y en algunos casos, solemne; remitimos sobre este punto a los números 1536 y siguientes.

c) Es irrevocable por la sola voluntad del donante (véase nº 1595).

1110/1507

1507. PROMESA GRATUITA DE BIENES PARA DESPUÉS DE LA MUERTE.— La promesa gratuita de bienes, hecha con la condición de que no producirá efectos sino después del fallecimiento del promitente, será nula como contrato, pero valdrá como testamento si se ha hecho con las formalidades propias de éstos (art. 1790 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_41.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1790). Se explica esta solución porque la donación es un acto entre vivos; quien quiere disponer de sus bienes para después de la muerte, debe valerse del testamento. Pero es indiferente la calificación que el otorgante haya dado al acto; no importa que él haya llamado donación a lo que en realidad es una disposición testamentaria; desde que las formalidades prescriptas para el testamento están llenadas, el acto vale como tal.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 2428, véase ORTEGA PARDO, Donaciones indirectas, Anuario de Derecho Civil, Madrid, jul.-sep. 1949, ps. 918 y sigs.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 12/11/1919, J.A., t. 3, p. 1005.

(nota 3) MESSINEO, t. 5, § 139, nº 8 bis (aunque este autor, de conformidad con los textos del Código italiano, atribuye efectos más amplios a las llamadas donaciones indirectas). Véase asimismo, TORRENTE, La donazione, nº 26.

(nota 4) PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 66.

(nota 5) NÚÑEZ LAGOS, Pago de lo indebido sin error, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nota 1.

(nota 6) PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 65. En sentido concordante, PEROZZ, cit. por TORRENTE, La donazione, nº 60.
§ 2.— Elementos del contrato

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013790 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013790

1110/13790

A.— CONSENTIMIENTO

1110/1508

1508. REQUISITO DE LA ACEPTACIÓN.— La donación no tiene efectos legales mientras no sea aceptada por el donatario (art. 1792 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_41.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1792). Sobre la naturaleza de esta aceptación véase número 1505.

En algunos casos la aceptación es formal y exige la escritura pública (véase nº 1537); en otro basta con la aceptación tácita que puede resultar del recibo de la cosa (art. 1792 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_41.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1792) o de otro acto igualmente inequívoco, como por ejemplo, la enajenación por el donatario de la cosa que se le ha donado (ver nota 1). Lo que se requiere es que no haya dudas acerca de la voluntad de aceptar (ver nota 2).

Consecuencia de lo dicho es que la promesa de donación puede ser revocada antes de su aceptación; y esa revocación puede ser tácita, como ocurre si la cosa donada se dona a otro, o se vende o se hipoteca (art. 1793 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_41.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1793). Pero la promesa de donación hecha para constituir una fundación no es revocable a partir de la autorización concedida por el Estado para funcionar como fundación; y si el fundador falleciere después de firmar el acto, es irrevocable a partir de la presentación a la autoridad administrativa de control solicitando la autorización para funcionar como persona jurídica (art. 5º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_19836.HTM&iid=AR_LA001 - Art_5, ley 19836).

1110/1509

1509. DONACIÓN HECHA A VARIOS DONATARIOS.— Si la donación ha sido hecha a varios donatarios, sólo tendrá efecto respecto de los aceptantes (art. 1794 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1794). Pero cabe preguntarse si la parte de los aceptantes se ve acrecida por la de los que no aceptan. Ejemplo: A dona $ 10.000.000 a B y C; sólo B acepta; ¿recibirá $ 5.000.000 o $ 10.000.000?

El principio general es que la donación conjunta de una cosa no da derecho de acrecer a los donatarios, a menos que el donante se lo hubiera conferido expresamente (art. 1798 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1798). En este último supuesto, la aceptación de una parte significa la aceptación eventual del todo para el caso de que los otros donatarios la rechazaran o no pudieren aceptar (art. 1794 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_1794). Puede ocurrir que habiendo reconocido el donante el derecho de acrecer entre los donatarios, revoque la donación respecto de uno de ellos. Si la revocación se ha producido antes de la aceptación de los restantes, podrá modificar su propuesta de donación haciendo saber a estos que queda limitada a la parte de cada uno. Si la revocación se ha producido después de la aceptación de algunos donatarios, la parte de quien sufrió la revocación acrece la de los restantes sin que pueda ya el donante modificar ese derecho reconocido por él en el acto de la donación aceptada, que por el hecho de la aceptación deviene irrevocable.

¿El principio de que no hay acrecimiento sin cláusula expresa se aplica también a las donaciones conjuntas hechas en favor de marido y mujer? Aunque nuestro Código no ha previsto el caso y la afirmativa parecería desprenderse de la regla general del art. 1798 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1798, nos inclinamos sin vacilaciones por la solución contraria. Los bienes del matrimonio son, en la realidad de la vida, comunes. El espíritu de tales donaciones es que ambos cónyuges gocen conjuntamente de la cosa donada. El derecho de acrecimiento debe presumirse aunque, naturalmente, el donante puede disponer lo contrario (ver nota 3). Esa presunción cesa si los cónyuges están separados de hecho o divorciados.

1110/1510

1510.— Si la donación se ha hecho conjuntamente, sin indicar la parte que corresponda a cada uno, se la presume hecha por partes iguales (ver nota 4).

1110/1511

1511. MUERTE DEL DONANTE O DEL DONATARIO ANTES DE LA ACEPTACIÓN. — La muerte del donatario antes de la aceptación deja sin efecto la donación; los herederos carecen de derecho a aceptarla (art. 1796 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1796). Es una solución razonable; sería injusto que el donante se viera obligado a cumplir su liberalidad en favor de personas a quienes no tiene ningún interés en beneficiar. La donación es estrictamente intuitu personae.

1110/1512

1512.— Pero si muere el donante antes de la aceptación, el donatario puede aceptarla posteriormente y los herederos están obligados a entregar la cosa (art. 1795 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1795). Esta disposición ha sufrido las críticas de nuestros autores, quienes señalan la incongruencia de esa solución con la naturaleza contractual de la donación; si antes de producirse el acuerdo de voluntades fallece una de las partes, no puede haber contrato (ver nota 5). A nuestro juicio, la observación es más bien un argumento en contra de la pretendida naturaleza contractual de la donación, que contra el acierto de la solución, que

nos parece indiscutible. Hemos dicho ya que, en rigor, la donación no requiere un acuerdo de voluntades por lo menos en el sentido que éste tiene en los otros contratos; simplemente, hay la aceptación de un acto de disposición de bienes (véase nº 1505). Y es razonable que esta aceptación pueda prestarse después de realizado el acto de disposición (ver nota 6). La solución del art 1795 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1795es congruente además con la del art. 1809 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1809que dispone que la capacidad del donante debe ser juzgada en el momento en que se prometió o entregó la cosa y no en el de la aceptación (véase nº 1524). Por consiguiente, la incapacidad sobreviniente luego de prometida la donación y antes de aceptada, no impide la aceptación.

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 28/12/1932, J.A., t. 40, p. 578; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1550 y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 24 b).

(nota 2) En este sentido, fallo y autores citados en nota anterior. Además, la C. Civil 1ª Cap., 12/11/1919, J.A., t. 3, p. 1005 declaró que el silencio guardado por la persona a quien se le dirige carta haciéndole saber una donación, hace presumir que ha sido aceptada, salvo prueba en contrario.

(nota 3) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1553, nota 28. Es también la solución del Código Civil español, art. 637; peruano, art. 1470; brasileño, art. 1178.

(nota 4) Así lo disponen los Códigos y artículos citados en nota anterior y el Código italiano, art. 773.

(nota 5) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1555 y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 32 b); MACHADO, t. 5, p. 23; LLERENA, t. 6, p. 15; LAFAILLE, t. 3, nº 4. Como voz disidente (y, por tanto, concordante con la nuestra) debe mencionarse la de CARBONE, Aceptación de donaciones después de la muerte del donante, Revista del Círculo de Escribanos, nº 2, p. 126.

(nota 6) Así se explica que el Anteproyecto de BIBILONI (art. 1569) y el Proyecto de 1936 (art. 972) mantengan la solución del art. 1795; el Anteproyecto de 1954 exige en cambio que la aceptación se haga en vida del donante y del donatario (art. 1347).

B.— CAPACIDAD

1.— Capacidad de hecho

1110/1513

1513. REGLA GENERAL.— Tienen capacidad para hacer y aceptar donaciones todos los que la tienen para contratar (art. 1804 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1804). Esta regla remite pues al art. 1160 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_29.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1160, según el cual no pueden contratar los que sufren una incapacidad absoluta o una relativa referente a determinada persona, acto u objeto, los religiosos profesos (ver nota 1) y los comerciantes fallidos respecto de los bienes que correspondan a la masa del concurso. Con particular referencia a la donación, el Código establece las siguientes reglas:

1110/1514

1514. a) Menores.— Según el art. 1807 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1807, los menores no pueden donar sus bienes, salvo los que adquieran por ejercicio de su profesión o industria; la norma no establecía ningún límite de edad, de tal modo que un menor de 14 años podía donar los bienes adquiridos con su trabajo; pero el nuevo art. 128 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_2.HTM&iid=AR_LA001 - Art_128(ref. por ley 17711) establece que el menor que ha cumplido 18 años puede trabajar en actividad honesta sin consentimiento de sus padres y desde esa edad está capacitado para administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos con su trabajo. Pensamos que la reforma restringe el alcance del art. 1807 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1807a los menores que hubieran cumplido 18 años. De este modo, no sólo se armonizan ambos textos, sino que se admite una solución prudente.

En cuanto a los menores emancipados, ellos están capacitados para donar todos lo bienes que no hayan recibido a título gratuito antes o después del matrimonio (art. 135 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_3.HTM&iid=AR_LA001 - Art_135, ref. ley 17711). Los menores emancipados pueden además hacer donaciones al cónyuge en sus convenciones matrimoniales (arts. 1217 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_31.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1217, inc. 3º y 1222 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_31.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1222); como también hacer los llamados presentes de uso (ver nota 2).

Agreguemos que los menores bajo patria potestad sólo tienen una incapacidad de hecho, pues sus padres pueden hacer donación de sus bienes con autorización judicial (arts. 450 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_15.HTM&iid=AR_LA001 - Art_450, inc. 5º y 1807

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1807, inc. 4º), a menos que se trate de bienes destinados a la prestación de alimentos a sus parientes, de pequeñas dádivas remuneratorias o de presentes de uso (art. 50 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_1.HTM&iid=AR_LA001 - Art_50, inc. 5º). En la práctica, la diferencia carece de importancia, porque los jueces nunca dan autorización a los padres para que éstos hagan donación de los bienes de sus hijos menores, ya que habría que demostrar que el acto es necesario o evidentemente ventajoso para el menor, lo que en la hipótesis de la donación no se concibe. En su funcionamiento las limitaciones impuestas en ambos casos son análogas.

1110/1515

1515-1516. b) Cónyuges.— El art. 1807 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1807impedía a los maridos donar los inmuebles gananciales sin consentimiento de la mujer, disposición que a fortiori debía aplicarse a la esposa (ver nota 3). A ésta se le prohibía además, donar los bienes propios sin autorización marital (art. 3º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_11357.HTM&iid=AR_LA001 - Art_3, inc. 2º, c], ley 11357). El nuevo art. 1277 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_32.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1277ha colocado a ambos cónyuges en situación de igualdad y ha puesto orden en el sistema. Ninguno de los cónyuges puede disponer (y, por lo tanto, donar) de los bienes gananciales cuya administración le está reservada, sin el consentimiento del otro (o en su defecto, la autorización judicial) siempre que se trate de inmuebles, de muebles registrables o de aportes a sociedades. Los restantes bienes muebles gananciales y los bienes propios, cualquiera sea su naturaleza, pueden ser donados.

¿Puede el juez suplir la oposición a la donación del cónyuge mayor de edad y capaz? En principio la respuesta debe ser negativa (ver nota 4), puesto que la autorización sólo puede fundarse, como regla general, en la conveniencia del negocio y la donación nunca es conveniente para el donante. Sin embargo, esta regla, admite excepciones. Así, puede ocurrir que se trate de un matrimonio de gran fortuna, al que la donación de un bien no hace mella y que, en cambio, puede servir para satisfacer necesidades esenciales de un hijo, un anciano, una institución de beneficencia. La donación resulta razonable, no perjudicial y debe ser autorizada por el juez.

2.— Capacidad de derecho

1110/1517

1517. INCAPACIDADES PARA DONAR.— No pueden hacer donaciones:

a) Los menores bajo tutela.

b) Los esposos el uno al otro durante el matrimonio, ni uno de los cónyuges a los hijos que

el otro tenga de diverso matrimonio o a las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación (art. 1807 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1807, inc. 1º). Las únicas donaciones permitidas entre cónyuges son las que se hacen en las convenciones matrimoniales (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. I, núms. 280 y sigs.). La prohibición se extiende a los hijos del otro cónyuge y a las personas de quien sea éste heredero, porque la ley presume que en ese caso el donatario designado es un prestanombre y que la liberalidad está en realidad dirigida al cónyuge.

En cambio, no hay inconveniente en que el padre o la madre o ambos conjuntamente hagan donaciones en favor de sus hijos, cualquiera sea la edad de éstos; ellas se reputarán como adelanto de la legítima a menos que el donante exprese su voluntad de mejorar al donatario (art. 1805 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1805). Estas donaciones estarán siempre sujetas a la limitación resultante de la obligación paterna de respetar la legítima de sus herederos forzosos.

La donación a los hijos puede también asumir forma de partición (véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. I, núms. 711 y sigs.).

1110/1518

1518. INCAPACIDAD PARA RECIBIR DONACIONES.— Las donaciones sólo pueden hacerse en favor de personas que tengan existencia civil o natural (art. 1806 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1806). En cuanto a las personas naturales, su existencia comienza desde el momento de la concepción y desde ese instante puede recibir donaciones (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, núms. 475 y sigs.). Las que se hubieran hecho con anterioridad son de ningún valor.

Con respecto a las personas de existencia ideal, sería nula la donación hecha en su beneficio antes de que tuvieran existencia como tal, a menos que se hiciere con el fin de fundarlas y de obtener la respectiva autorización (art. 1806 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1806).

1110/1519

1519.— No pueden aceptar donaciones:

a) Los tutores y los curadores, de los bienes de las personas, que han tenido a su cargo, antes de la rendición de cuentas, y del pago del saldo que contra ellos resultare (art. 1808 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1808, inc. 4º).

b) Los padres de los bienes de sus hijos menores, pues si no pueden comprar sus bienes (art. 1361 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_34.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1361), tanto menos podrán recibirlos en donación.

c) Por igual motivo, no podrán los albaceas recibir en donación los bienes de las testamentarías que estuvieren a su cargo, ni los jueces, abogados, fiscales, defensores de menores, procuradores, escribanos y tasadores, los bienes que estuvieren en litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen o hubiesen ejercido su respectivo ministerio (art. 1361 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_34.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1361, incs. 3º y 6º. Sobre el alcance de esta incapacidad, véase t. I, núms. 37 y sigs.).

d) Los esposos de bienes pertenecientes al cónyuge, como no sea en las convenciones matrimoniales.

1110/1520

1520. PODERES PARA DONAR Y ACEPTAR DONACIONES.— Para hacer donaciones se requieren poderes especiales en los que deben designarse los bienes que se desea donar (art. 1807 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1807, inc. 6º). Se ha decidido empero, que si la donación es con cargo y éste excede el valor de los bienes donados, basta con el poder para enajenar a título oneroso (ver nota 5).

No hay inconveniente en delegar en el mandatario la elección de la cosa donada, entre varias indicadas en el mandato (ver nota 6); si se trata de una cosa genérica, es indispensable que el donante fije la cantidad hasta cuyo límite entiende donar (ver nota 7).

¿Puede dejarse librado al mandatario la elección del beneficiario de la donación? Sería nulo el acto si la indeterminación fuera total, porque el animus donandi no es transferible. Pero no hay inconveniente en que el mandatario pueda elegir entre varias personas designadas por el donante (Juan, Pedro o Diego), o entre personas de una determinada condición (pobres de solemnidad, instituciones de beneficencia), siempre que la categoría de las personas en que se deba elegir no sea tan amplia que deje prácticamente al mandatario un arbitrio indeterminado, como ocurriría si se le diese poder para hacer la donación a un hombre, a un argentino, etcétera (ver nota 8). También es lícito dar poder para hacer una donación al mejor estudiante, al mejor libro que se publique sobre tal tema, aunque la determinación de los méritos se deje librada al criterio del mandatario (ver nota 9). En todos estos casos el margen del arbitrio queda limitado y el peso de la voluntad del donante no falta del todo.

1110/1521

1521.— En cuanto a los representantes legales, el Código establece las siguientes soluciones:

a) Los padres no pueden donar los bienes de sus hijos que estén bajo su patria potestad, sin expresa autorización judicial (art. 1807 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1807, inc. 3º). Y como el juez no puede conceder la autorización sino en caso de necesidad o de ventaja evidente (Tratado de Derecho Civil, Familia, t. II, nº 908), no la da nunca para donar. Debe hacerse la excepción de los presentes de uso, que en razón de su poco valor deben considerarse excluidos de esta prohibición; sin perjuicio de que el menor impugne luego la validez del acto si la donación era valiosa y le ocasionó un real empobrecimiento.

b) Los tutores no pueden donar los bienes de sus pupilos, salvo para la prestación de alimentos a sus parientes o pequeñas dádivas remuneratorias o presentes de uso (arts. 1807 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1807, inc. 4º y 450, inc. 5º). Sobre el alcance de esta norma remitimos al Tratado de Derecho Civil, Familia, t. II, nº 1084.

c) Igual prohibición rige respecto de los curadores (art. 475 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_15.HTM&iid=AR_LA001 - Art_475).

1110/1522

1522.— En cuanto a los poderes necesarios para aceptar donaciones, rigen las siguientes normas:

a) Los mandatarios necesitan poder especial para el caso, o general para aceptar donaciones (art. 1808 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1808, inc. 5º). Mientras para hacer donaciones se requiere una autorización especial con designación de los bienes a que se refiere el poder, en nuestro caso esa designación individualizada no es indispensable. MACHADO sostiene inclusive que basta con el poder general de administración (ver nota 10); y aunque su tesis nos parece buena de lege ferenda, no creemos que pueda sostenerse en nuestro derecho positivo atento los términos expresos del art. 1808 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1808, inc. 5º.

b) Los tutores y curadores no pueden aceptar bienes donados a sus representados sin autorización judicial (art. 1808 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1808, incs. 2º y 3º). En cambio, los padres no tienen igual restricción: ellos pueden aceptar libremente las donaciones hechas en favor de sus hijos (véase Tratado de Derecho

Civil, Familia, t. II, nº 910).

1110/1523

1523. DONACIONES ENTRE CONCUBINOS; REMISIÓN.— La donación hecha entre concubinos es válida a menos que sea el pago del comercio sexual o del rompimiento de las relaciones, en cuyo caso el acto tendría una causa inmoral y por tanto ilícita. Hemos estudiado el tema en Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. I, nº 62, c), a donde nos remitimos.

3.— Momento en que debe existir la capacidad

1110/1524

1524. REGLAS LEGALES.— La capacidad del donante debe ser juzgada en el momento en que la donación se prometió o se entregó la cosa (art. 1809 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1809). Se aparta así VÉLEZ del principio propio de los contratos según el cual la capacidad debe tenerse en el momento en que el ofertante tiene conocimiento de la aceptación (art. 1149 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_29.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1149); pero guarda coherencia con el art. 1795 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1795, según el cual la muerte del donante antes de la aceptación no impide a los donatarios aceptarla. Hemos dicho ya por qué esta solución merece ser aprobada (nº 1512).

La ley habla de dos momentos: el de la promesa y el de la entrega. ¿Qué ocurre si el donante es capaz en uno de ellos e incapaz en el otro? A nuestro juicio basta que el donante sea capaz en cualquiera de esos momentos para que la donación sea válida. Si lo es en el de la promesa, basta para obligar al promitente, siempre, claro esté, que haya sido hecha en la forma exigida por la ley. La incapacidad en el momento de la entrega no influye sobre la validez del acto anterior. Si es incapaz en el momento de la promesa pero capaz en el de la entrega de la cosa, esta entrega implica la confirmación del acto anterior. En cualquier hipótesis la donación es válida.

1110/1525

1525.— La capacidad del donatario debe ser juzgada en el momento en que la donación fue aceptada (art. 1809 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1809). No hay incongruencia con la solución anterior; en los dos casos la capacidad se juzga en el momento de la declaración de voluntad.

1110/1526

1526.— El art. 1809 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1809agrega en su último apartado que si la donación fuese hecha bajo una condición suspensiva, la capacidad se juzgará al día en que la condición se cumpliese. Aunque esta regla no aclara si se refiere a la capacidad del donante o del donatario, es indudable que alude a la de este último (ver nota 11). La idea de VÉLEZ ha sido la siguiente: en lo que atañe al donatario, interesa el momento en que adquiere el derecho a la cosa donada, que es el del cumplimiento de la condición. Pero esta solución ha sido justamente criticada, porque debería bastar con que el donatario fuera capaz en el momento de la aceptación. La adquisición de la cosa donada por efecto del cumplimiento de la condición, es extraña a su voluntad y a su capacidad (ver nota 12). Es indudable que este tercer apartado del art. 1809 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1809debe suprimirse, con lo cual el sistema del Código ganaría en claridad y lógica.

1110/1527

1527.— Estas reglas aluden tanto a la incapacidad de derecho como a la de hecho (ver nota 13).

(nota 1) Sobre el concepto de religioso profeso véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, nº 603.

(nota 2) ORGAZ, Personas individuales, p. 309; SALVAT, Parte general, nº 765; BUSSO, t. 1, coment. art. 134, nº 10; SPOTA, t. 1, vol. 3.2, nº 787.

(nota 3) Sobre esta cuestión, que estaba discutida, remitimos a nuestra 1ª edición, nº 1515 y nota 2283.

(nota 4) De acuerdo SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1578; BIBILONI, nota al art. 1582.

(nota 5) Sup. Trib. Santa Fe, 1/9/1942, cit. por SALAS, Código Civil anotado, t. 2, p. 1088.

(nota 6) TORRENTE, La donazione, nº 151; MESSINEO, t. 5, § 139, nº 7 d).

(nota 7) TORRENTE y MESSINEO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 8) TORRENTE, loc. cit. en nota 2457.

(nota 9) TORRENTE, La donazione, nº 151; MESSINEO, t. 5, § 139, nº 4.

(nota 10) MACHADO, t. 5, p. 59. En una posición opuesta sostiene SALVAT que si se trata de bienes inmuebles o muebles importantes, se necesita poder especial, no bastando con uno general para aceptar donaciones (Contratos, t. 3, nº 1581), tesis que nos parece insostenible, no sólo porque contraría el texto expreso del art. 1808 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1808, inc. 5º, sino porque tratándose de recibir y no de dar, se justifica que no ser requiera la individualización del bien.

(nota 11) De acuerdo: MACHADO, t. 5, p. 54 in fine.

(nota 12) Esta disposición ha sido objeto de unánimes críticas: SEGOVIA, t. 1, nota 47 al art. 1811 de su numeración; MACHADO, t. 5, p. 54; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1575, LAFAILLE, t. 3, nº 35.

(nota 13) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1574; MACHADO, t. 5, p. 52.

C.— OBJETO

1110/1528

1528. COSAS QUE PUEDEN SER DONADAS; PRINCIPIO GENERAL.— Las cosas que pueden ser vendidas pueden ser donadas (art. 1799 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1799); remitimos por tanto a lo dicho en los números 57 y siguientes.

El objeto de la donación debe ser una cosa corporal; los derechos no pueden donarse, sino cederse gratuitamente, si bien la distinción no es de mayor importancia porque a la cesión gratuita de derechos, se aplican las reglas de la donación en lo que no estén modificadas por reglas especiales (art. 1437 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_35.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1437). En el derecho comparado prevalece en cambio el sistema de que tanto los derechos como las cosas corporales pueden ser objeto de una donación (véase nº 1501).

1110/1529

1529. PROHIBICIÓN DE DONAR LOS BIENES FUTUROS.— La donación debe referirse a los bienes presentes del donante; la donación de bienes futuros es nula (art. 1800 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1800).

¿Cuál es el fundamento de esta regla? Según la explicación tradicional de la doctrina francesa, el fundamento no es otro que el principio de la irrevocabilidad de las donaciones; tratándose de bienes futuros cuya adquisición por el donante depende de la voluntad de éste, está en sus manos adquirir o no el bien y por lo tanto dejar sin efecto la donación, lo que choca contra la regla de la irrevocabilidad (ver nota 1). La explicación es buena en el derecho francés, donde la donación supone la transferencia de la propiedad por virtud del acto mismo y sin necesidad de tradición (art. 938, Cód. Napoleón). No es aceptable en nuestro derecho, en el que la donación genera una obligación de transferir el dominio, pero la transferencia sólo se opera cuando están reunidos título y tradición (véase nº 1497); y si bien es cierto que quien dona una cosa futura puede hacer imposible el traspaso de la propiedad, no adquiriendo el derecho sobre ella, también el que lo tiene actualmente puede hacerlo imposible enajenando a un tercero la cosa presente (lo que no puede ocurrir en el sistema francés).

La prohibición de la ley se justifica por otra razón, que es de política legislativa: tiende a evitar la prodigalidad. Es bueno que el donante tenga conciencia exacta del alcance de su liberalidad; la prohibición de donar cosas futuras lo pone a resguardo de su imprevisión (ver nota 2).

Es fundamental el punto de partida, porque ello influye sobre el concepto de bienes presentes y futuros. En la doctrina francesa priva este criterio: son bienes presentes aquellos que figuran en el patrimonio del donante en el momento de la donación o que deben entrar en él en virtud de un derecho existente sin que su adquisición dependa de un acto de voluntad; son, en cambio, futuros aquellos bienes que no existen en el patrimonio del donante y que no podrán entrar en él sino por un acto de voluntad (ver nota 3). Es una consecuencia natural del fundamento admitido en el derecho francés. Como en el nuestro el fundamento es distinto, creemos que debe aceptarse un concepto menos restringido de cosa futura, aplicándolo a todas las que no están actualmente incorporadas al patrimonio de una persona aunque más tarde ingresen a él sin necesidad de un acto de voluntad; tal como, por ejemplo, la próxima cosecha, el producido del año financiero de una sociedad cuando todavía no se ha cerrado el ejercicio, la próxima parición de un establecimiento ganadero (ver nota 4). Esta interpretación protege mejor al donante contra su falta de previsión. Va de suyo que si después de separada la cosecha o nacida la cría o revelada la ganancia de la sociedad, el donante hace entrega de su producido al donatario, el acto que originariamente era nulo, queda confirmado.

Los bienes a los cuales el donante tiene un derecho sujeto a una condición suspensiva pueden ser donados (ver nota 5), porque la condición tiene efectos retroactivos.

1530.— Si la donación comprende bienes presentes y futuros, la nulidad afecta sólo a los futuros (art. 1800 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1800). Es un caso de nulidad parcial del acto.

1110/1531

1531. DONACIÓN DE COSA AJENA.— La donación de cosa ajena es nula. La solución parece desprenderse fácilmente de la prohibición de donar cosas futuras, pues una cosa que no está actualmente en el patrimonio del donante es para él futura (ver nota 6). No se trata ya de la invalidez propia de la venta de cosa ajena, que origina por lo común la obligación de indemnizar por daños y perjuicios; como en la donación no hay responsabilidad por evicción, el donante de cosa ajena carece de toda responsabilidad (ver nota 7). A menos que hubiera mediado mala fe de su parte, en cuyo caso responde por el interés negativo. La adquisición posterior de la cosa no convalida el negocio nulo ab initio (ver nota 8) del mismo modo que la adquisición posterior al acto de una cosa futura no mejora la nulidad. En ambos casos, la solución está inspirada en un deseo de frenar la prodigalidad.

1110/1532

1532. DONACIÓN DE TODOS LOS BIENES PRESENTES.— Es nula la donación de todos los bienes presentes de una persona, a menos que el donante se hubiera reservado el usufructo de ellos o una porción conveniente para subvenir a sus necesidades (art. 1800 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1800). Nuevamente la ley se ocupa de evitar el desamparo del donante provocado por su prodigalidad o su irreflexión. Es cierto que el donante tendría siempre derecho a reclamar alimentos del donatario (art. 1837 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1837), pero este recurso sería ineficaz si el donatario fallece o cae en insolvencia.

Es indiferente que la donación de todos los bienes presentes se haga en un solo acto y en favor de una sola persona o en varios actos simultáneos en favor de varias. El resultado es siempre el mismo y la consecuencia será la nulidad de todas las donaciones. Pero si éstas son sucesivas, sólo será nula la última o últimas que coloquen al donante en situación de carecer de bienes suficientes para subvenir sus necesidades (ver nota 9).

1110/1533

1533.— Cabe preguntarse si la donación de todos los bienes presentes es totalmente nula o sólo lo es en la medida necesaria para dejar en poder del donante los bienes necesarios para su subsistencia. Predomina, a nuestro juicio con razón, la opinión de que se trata de una nulidad total (ver nota 10); por una parte, el art. 1800 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_1800parece hacer de la reserva del usufructo o de la porción conveniente una condición ineludible de la subsistencia de la donación; en segundo lugar, las dudas deben resolverse en favor del donante que ha dispuesto de sus bienes a título gratuito. La donación de todos los bienes presentes sin reserva alguna, revela una grave irreflexión que afecta todo el acto. Pero si el donante sólo pide el reintegro de una porción conveniente, la sentencia deberá limitarse a declarar la nulidad parcial.

1110/1534

1534.— Puede ocurrir que aunque el donante haya reservado algunos bienes, no sean suficientes para subvenir sus necesidades. Según lo pida el interesado, los jueces declararán la nulidad total del acto o bien ordenarán al donatario devolver la porción necesaria para la subsistencia del donante (ver nota 11).

La razonabilidad de la porción de patrimonio reservado por el donante, debe juzgarse en el momento de la donación. Si siendo suficientes en el momento en que se otorgó el acto, devienen más tarde insuficientes, sea porque el donante los consumió o se perdieron por fuerza mayor, la donación mantiene su validez y el donante no tendrá otro derecho que reclamar alimentos (ver nota 12) (art. 1837 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1837).

1110/1535

1535.— El art. 1800 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1800deja a salvo los derechos de sus acreedores y de sus herederos, descendientes o ascendientes legítimos. Los primeros tendrán la acción revocatoria en cuanto la donación perjudique el cobro de sus acreencias; los segundos, podrán obtener la reducción de las donaciones inoficiosas. Es un agregado inútil, porque las donaciones están siempre expuestas a dichas acciones, sean o no de todos los bienes presentes. Por lo demás, hay que anotar la impropiedad de referirse sólo a los herederos descendientes o ascendientes legítimos cuando debió aludir a todos los herederos forzosos, pues todos ellos tienen la acción de reducción.

(nota 1) Esta explicación estaba ya contenida en las Costumbres, de la Bourbonnais, art. 210, nº 1 (cit. por MACHADO, t. 5, p. 29) y fue admitida por POTHIER (Des donations, nº 80) y luego por los comentaristas del Código Napoleón; BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 1437; JOSSERAND, t. 3, nº 1359; COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1652; TIMBAL, Nature juridique de la donation des biens a venir, Toulouse, 1935. También ha sido seguida por algunos autores argentinos (SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1584 y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 61; MACHADO, t. 5, p. 28 y 29); sin advertir las profundas diferencias entre el régimen

francés y el argentino.

(nota 2) Así lo dijo la C. Apel. 2ª La Plata, 17/12/1940, J.A., t. 73, p. 823. Es también la doctrina hoy dominante entre los autores italianos, no obstante que en su derecho la propiedad se transmite como en el francés, por el solo título; véase en este sentido TORRENTE, La donazione, nº 171; MESSINEO, t. 5, § 139, p. 7.

(nota 3) Así lo dicen BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, núms. 1436 y 1437, cuyo criterio es compartido con poca diferencia por AUBRY y RAU, § 675 y 676; PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 439; COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1652 (aunque los autores citados en último término sostienen que esta prohibición de la donación de bienes futuros está enderezada principalmente a impedir que una persona disponga de su sucesión por causa de muerte por vía de donación).

(nota 4) Así lo sostiene VÉLEZ en su nota al art. 1800, con la adhesión de MACHADO, t. 5, p. 28. En cambio, SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1585 y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 62, así como SEGOVIA, t. 1, nota 26 a su art. 1802 y LLERENA, t. 6, p. 22, sostienen que estos bienes pueden donarse. Evidentemente es una opinión influida por la doctrina francesa, a nuestro juicio inaplicable en nuestro Derecho. Agregaremos que en el derecho italiano se permite la donación de frutos pendientes, es decir, actuales pero no separados, pero para ello ha sido necesario un texto expreso (art. 771) que no existe en nuestro Derecho. Aun así la doctrina es restrictiva. MESSINEO, sostiene que la donación es válida sólo cuando se trata de recogerlos (§ 139, nº 7).

(nota 5) PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 439; BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 1436; JOSSERAND, t. 3, nº 1354.

(nota 6) MESSINEO, t. 5, § 139, p. 5; TORRENTE, La donazione, nº 172.

(nota 7) Autores citados en nota anterior.

(nota 8) TORRENTE, La donazione, nº 172, quien cita la opinión concordante de ASCALI.

(nota 9) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1589; MACHADO, t. 5, p. 31.

(nota 10) SALVAT, Contratos, t. 3, núms. 1589 y 1590 y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 63 b); LLERENA, t. 6, p. 25. En cambio, MACHADO sostiene que la donación mantiene su validez y que el donante sólo puede reclamar la devolución de bienes

en cantidad necesaria para subvenir a sus necesidades, los que que serán determinados judicialmente (t. 5, p. 31).

(nota 11) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1590, nota 65. En cambio, el autor anotado piensa que el juez no puede aumentar la reserva y que sus facultades se limitan a anular el acto.

(nota 12) ACUÑA ANZORENA, (loc. cit. en nota anterior) sostiene que en este caso el juez puede actualizar la reserva.

D.— FORMA

1110/1536

1536. FORMA DE LAS DONACIONES.— Dispone el art. 1810 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1810(ref. por ley 17711 <>) que deben ser hechas ante escribano público en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad: 1) las donaciones de bienes inmuebles; 2) las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias.

Añade este artículo que respecto de estos casos no rige el art. 1185 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_30.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1185, vale decir, que habiendo sido hechas estas donaciones bajo forma privada, no se puede reclamar la escrituración. En otras palabras, en tales hipótesis la escritura es un requisito exigido ad solemnitatem; sólo se exceptúan las donaciones hechas al Estado, que pueden acreditarse con las constancias de actuaciones administrativas. Al admitir esta excepción en favor del Estado, la reforma recogió una jurisprudencia razonable (ver nota 1), pues el ofrecimiento hecho en un expediente administrativo supone un acto reflexivo que suple suficientemente la escritura.

Otro caso peculiar lo constituyen las fundaciones. La promesa de donación hecha en el acto constitutivo (que puede otorgarse por instrumento público o privado con firmas certificadas por escribano, art. 3º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_19836.HTM&iid=AR_LA001 - Art_3, ley 19836) son irrevocables después de la resolución de la autoridad administrativa de control que autorice a la entidad a funcionar como persona jurídica. Si el fundador falleciere después de firmar el acto constitutivo, las promesas de donación no podrán ser revocadas por sus herederos a partir de la presentación a la autoridad administrativa de control solicitando autorización para funcionar como persona jurídica. Esta disposición se refiere tanto a los bienes muebles como a los inmuebles. Puede por tanto darse el caso que la donación de un inmueble hecho por instrumento privado sea irrevocable.

Las restantes donaciones pueden hacerse bien por instrumento privado, bien por la mera entrega de la cosa (art. 1815

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1815).

1110/1537

1537. FORMA DE LA ACEPTACIÓN.— Las donaciones designadas en el art. 1810 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1810deben ser aceptadas por el donatario en la misma escritura; si estuviere ausente, por otra escritura de aceptación (art. 1811 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1811).

Las donaciones no comprendidas en el art. 1810 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1810pueden ser aceptadas de cualquier forma, sea expresa o tácita. La forma corriente será la recepción de la cosa donada.

1110/1538

1538. CASOS EN QUE LA DONACIÓN ES UN ACTO SOLEMNE.— Antes de la reforma introducida a nuestro Código por ley 17711 <>, era tema discutidísimo si la donación tenía carácter solemne en los casos enumerados en el art. 1810 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1810(ver nota 2). La nueva redacción de este artículo ha decidido la cuestión acertadamente: respecto de la donación de bienes inmuebles y de prestaciones periódicas o vitalicias, la escritura pública es un requisito solemne sin el cual el acto carece de fuerza obligatoria. Sólo se hace la relativa excepción de las donaciones al Estado, en cuyo caso son prueba suficiente las constancias de las actuaciones administrativas.

El nuevo texto legal ha eliminado tres hipótesis que figuraban en el anterior art. 1810 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1810y en las cuales no se justifica que la donación tenga carácter solemne: a) las donaciones remuneratorias; b) las donaciones con cargo; c) las donaciones de un esposo a otro para después de su fallecimiento.

1110/1539

1539.— La reforma, en cuanto ha refirmado el carácter solemne de las donaciones de inmuebles y de prestaciones periódicas o vitalicias, es sin duda un acierto.

Con esta solución, la ley se propone proteger al donante, asegurar la libertad de su rasgo, llamar su atención respecto del acto que va a realizar y evitarle los perjuicios que pueden resultarle de un impulso irreflexivo y generoso. Si para concretar la donación es indispensable ocurrir ante el escribano, hacer preparar la escritura y luego firmarla,

transcurrirán varios días entre la promesa y la consumación del acto; días en los cuales el donante podrá reflexionar acerca de su liberalidad y arrepentirse o refirmarse en su propósito de llevarla a cabo.

Es razonable que la ley cuide de modo especial estas transmisiones de dominio que no son el resultado de una negociación, ni un cambio de valores y que importan una amputación líquida del patrimonio del donante. No es lo mismo la promesa de una donación que la de una compraventa o permuta, porque en estos casos, como en todos los contratos conmutativos, la ley debe su protección por igual a ambas partes, en tanto que en la donación debe proteger principalmente al autor de ella. Muy importante debe ser esta consideración desde que el carácter solemne de las donaciones es de las reglas más tradicionales y más uniformemente admitidas en la legislación contemporánea (Cód. Civil francés, art. 931; italiano, art. 782; alemán, art. 518, sólo para las promesas de donación; suizo, arts. 242 y 243, sólo para los inmuebles; español, art. 633; venezolano, art. 1439; paraguayo, art. 1213; México, ley del 31 de diciembre de 1945, relativa a las donaciones de inmuebles; como excepción debe señalarse el Código brasileño, que ha eliminado el formalismo riguroso en este contrato, art. 1168). Es indudable, pues, que la tendencia a la desolemnización no ha alcanzado a las donaciones (ver nota 3).

Si la donación, en los casos del art. 1810 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1810es solemne, a fortiori también lo es la promesa de donación (ver nota 4).

Es razonable que sea solemne la donación de inmuebles y no la de muebles, porque los bienes raíces constituyen la parte más sólida del patrimonio y por ello han merecido siempre una protección especial (ver nota 5). De igual modo se justifica que las donaciones de rentas periódicas y vitalicias sean solemnes porque se trata de una promesa de donación que grava tal vez durante largos años el patrimonio del donante.

Hay que agregar, sin embargo, que en el capitalismo moderno, es frecuente que la parte más importante del patrimonio de una persona esté constituida por bienes muebles. Sería aconsejable, por lo menos, extender la solemnidad de las donaciones a las cosas muebles registrables como lo propuso el Proyecto de Reformas de 1993 en el art. 1015.

1110/1540

1540. FORMA DE LAS DONACIONES DE BIENES MUEBLES.— La donación de bienes muebles puede ser hecha por instrumento privado o por la sola tradición de la cosa (arts. 1813 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1813y 1815 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1815). La mera promesa verbal es insuficiente, salvo que el donante confiese haber donado (art. 1813 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1813).

Estas disposiciones aluden, sin distinguirlos con claridad, a dos supuestos distintos: las donaciones manuales, que son aquellas que se perfeccionan por la sola entrega de la cosa con ánimo de transferir la propiedad a título gratuito (art. 1816 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1816) y la promesa de donación de cosas muebles, que debe ser hecha por escrito. SALVAT sostiene que en nuestro derecho las cosas muebles sólo pueden donarse en forma manual; si la tradición falta, la donación ni existirá como tal ni tampoco como promesa de donación. En otras palabras, la tradición sería un requisito esencial para la donación de cosas muebles a punto de que si se la ha omitido, el acto no vale, ni siquiera como promesa de donación, aunque conste por escrito público o privado (ver nota 6). Esta opinión, que puede considerarse aislada en nuestro derecho, carece de sustento legal. El art. 1815 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1815dice que la donación de cosas muebles puede ser hecha sin acto escrito, por la sola entrega de la cosa. La ley no establece que la donación debe ser hecha en esa forma, sino que puede serlo. Y que puede serlo también por escrito resulta claramente del art. 1813 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1813, que admite la prueba escrita como suficiente. Cuando la donación no se ha consumado por la tradición, el acto escrito es una promesa de donación que permite al donatario que la ha aceptado exigir la entrega de la cosa (ver nota 7).

1110/1541

1541.— La donación manual basta para las cosas muebles y los títulos al portador (art. 1815 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1815); los títulos nominativos o a la orden no se transmiten por la sola tradición. En esos casos será necesario el endoso o la prueba escrita de la donación por instrumento separado. Estrictamente, en la terminología de nuestro Código, esto sería una hipótesis de cesión gratuita de derecho y no de donación; pero la cuestión no tiene importancia porque de cualquier modo se aplica el régimen de las donaciones (art. 1437 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_35.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1437).

En algunos casos bastará la tradición del instrumento que permite exigir de terceros la entrega de la cosa; así los tribunales han considerado que hay tradición ficta suficiente con la entrega de la póliza de empeño (ver nota 8).

Claro está que si se trata de cosas muebles registrables (automóviles, buques, aeronaves, etc.) será necesaria la inscripción en el respectivo registro.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013830 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013830

1110/13830

E.— PRUEBA

1110/1542

1542. PRUEBA DE LAS DONACIONES DEL ART. 1810.— El problema de la prueba de las donaciones debe ser apreciado con relación a las partes y a terceros.

1110/1543

1543. a) Entre las partes.— Si se tratase de la demanda del donatario para exigir la entrega de las cosas donadas, la donación sólo podrá probarse por escritura pública (art. 1812 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1812). No basta con la prueba del ofrecimiento de la donación; es indispensable también que se acredite por el mismo medio la aceptación (art. 1814 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1814). En las donaciones matrimoniales, empero, es innecesaria la prueba de la aceptación pues ésta se presume desde que el matrimonio se hubiere celebrado (art. 1814 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1814).

Si el que hubiere hecho la donación bajo la apariencia de un contrato oneroso, estuviere interesado en probar su gratuidad (por ej., para pedir alimentos o reclamar la revocación) puede hacerlo por contradocumento privado y por las otras pruebas que se admiten para demostrar la simulación (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 1186).

1110/1544

1544. b) Por terceros.— Los terceros pueden tener interés en probar la existencia de una donación, sea para intentar la acción revocatoria o de simulación, sea para demandar la reducción de las liberalidades inoficiosas. Respecto de ellos no hay ninguna restricción y pueden valerse de cualquier medio de prueba (ver nota 9).

1110/1545

1545. PRUEBA DE LAS DONACIONES DE COSAS MUEBLES.— También aquí es necesario considerar el problema con relación a las partes y a terceros.

1110/1546

1546. a) Entre las partes.— El que exige la entrega de la cosa donada, debe probarla por

instrumento escrito; no se admite la prueba de la promesa verbal de donación, por más concluyente que ella sea, a menos que el donante la confiese judicialmente (art. 1813 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1813). En la donación manual, la prueba de la tradición puede hacerse por cualquier medio. Si el que transmitió la cosa alegase que el poseedor de ella no la tiene por donación sino por otro título (depósito, préstamo, etc.) debe probar que la donación no ha existido para lo cual podrá valerse de cualquier medio de prueba (art. 1817 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1817). Esta solución es una consecuencia de la presunción de propiedad de que goza quien posee una cosa mueble. Hasta aquí el sistema de la ley es claro y razonable. Pero en seguida el art. 1818 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1818lo hace confuso al disponer que la donación no se presume, salvo los siguientes casos: la cosa que se hubiese dado a alguna persona a quien hubiese interés en beneficiar; que se hubiese dado a un hermano o descendiente de éste o del dador, que se hubiese dado a pobres cosas de poco valor; y finalmente, que se hubiese dado a establecimientos de caridad (art. 1818 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1818). ¿No era que siempre se presumía la donación salvo que el que dio la cosa probase que la entregó por otro título? A nuestro juicio, el art. 1818 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1818tiene la siguiente aplicación: si la prueba de la donación fuere dudosa, el juez debe presumir que la hay en los casos previstos en la norma.

Si el que transmitió la cosa por un título aparentemente oneroso, desea probar que se trata de una donación, puede valerse de todas las pruebas que se autorizan en la simulación.

1110/1547

1547. b) Por los terceros.— Como en el caso de las donaciones comprendidas en el art. 1810 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1810, no hay limitaciones a los medios de prueba de que pueden valerse los terceros que necesiten acreditar la liberalidad (ver nota 10).

(nota 1) C.S.N., 16/9/1919, J.A., t. 3, p. 792.

(nota 2) En el sentido de que las formalidades de la donación eran solemnes: C.S.N., 16/9/1919, J.A., t. 3, p. 792 (salvo el caso de donaciones al Estado, que se hayan hecho efectivas); C. Civil 2ª Cap., 11/5/1931, J.A., t. 35, p. 950; Sup. Corte Buenos Aires, 3/7/1951, L.L., t. 63, p. 799; S. T. San Luis, 5/6/1937, L.L., t. 7, p. 106; Sup. Corte Tucumán, 27/3/1941, J.A., t. 74, p. 764 (en el que se cita el fallo de la C.S.N. antes aludido); SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1598; LLERENA, t. 6, p. 43, nº 2; LAFAILLE,

Contratos, t. 1, nº 279. También nosotros nos habíamos pronunciado en este sentido (véase nuestra 1ª ed., núms. 1538 y sigs.).
Es preciso notar, sin embargo, que el carácter solemne de la escritura pública no rige respecto de las donaciones hechas en favor del Estado: C.S.N., fallos citados anteriormente; Sup. Corte Tucumán, fallo citado.
En sentido de que no se trataba de formalidades solemnes: C. Civil 1ª Cap., 7/5/1926, J.A., t. 27, p. 489; íd., 9/10/1931, J.A., t. 36, p. 1342; íd., 21/4/1938, J.A., t. 62, p. 92; íd., 30/12/1944, J.A., 1945-I, p. 638; juez Dr. Bargalló Cirio, 5/3/1949, L.L., t. 65, p. 473. Como puede apreciarse, los tribunales ordinarios de la capital se inclinaban por esta tesis, aunque los pronunciamientos no eran unánimes. Véase en contra el fallo de la C. Civil 2ª Cap., 11/5/1931, J.A., t. 35, p. 950. En un fallo de la C. Civil Cap., Sala B, integrada entonces por los Dres. Méndez Chavarría y Sánchez de Bustamante, el primero se inclinó por excluir del carácter solemne sólo a la donación remuneratoria, en tanto que el segundo sostuvo que la donación no es nunca solemne (25/3/1955, L.L., t. 79, p. 213). De acuerdo con esta tesis: MACHADO, t. 5, p. 72, ACUÑA ANZORENA, La naturaleza de los requisitos formales en la donación, J.A., t. 44, p. 123.

(nota 3) Debe decirse, sin embargo, que la jurisprudencia y la doctrina francesa han hecho notorios esfuerzos por reducir en lo posible la esfera de aplicación del principio de la solemnidad de las donaciones (véase PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, núms. 377 y sigs., y sobre todo JOSSERAND, t. 3, vol. 3, núms. 1313 y sigs., y jurisprudencia allí citada). En este esfuerzo los juristas franceses no han sido acompañados por los italianos (GORLA, El contrato, t. 1, ps. 124 y sigs.; MESSINEO, t. 5, § 139, p. 8; TORRENTE, La donazione, núms. 179 y sigs.) ni por los alemanes (LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 180; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 120, II in fine), ni por los españoles (PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, ps. 80 y sigs.), todos los cuales son partidarios de la solemnidad en las donaciones. Y PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, no obstante defender la tesis predominante en la doctrina de su país, reconocen que en lo referente a las promesas de donación es razonable atribuirles carácter solemne (ed. La Habana, t. 5, p. 364, nota 1).

(nota 4) Ésa es la solución del Código alemán, art. 518, con el muy razonable agregado de que el cumplimiento posterior de la promesa implica confirmación del acto.

(nota 5) Distinta es la opinión de PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, que formulan sobre este punto una aguda crítica. Aludiendo a la solemnidad afirman: “Ilógica en el sentido de que existen otros medios de arruinarse o arruinar a la familia tan temibles como la donación. Muchas personas resultan engañadas por medio de contratos a título oneroso y, en cambio, esas mismas personas serían incapaces de consentir una liberalidad irreflexiva; además, y muy especialmente, la solemnidad es ineficaz. Para ser eficaz sería necesario que todas las donaciones, sin excepción, quedaran sujetas a ella, lo cual es imposible en los tiempos en que se acumula sin dificultad una fortuna y coexisten la moneda, los títulos al portador y los cheques. Supervivencia del antiguo recelo hacia las liberalidades, la solemnidad es, en definitiva, un lujo costoso para uso de las personas alertas y escrupulosas

para los cuales, evidentemente, tal protección es superflua" (t. 5, nº 342). Esta argumentación es más efectista que sólida. No cabe duda de que hay muchos medios de engañar y que los engaños y despojos no se evitarán por la sola circunstancia de atribuirle carácter solemne a las donaciones. No se trata aquí de proteger contra las estafas, pero sí contra las captaciones de voluntad y contra los impulsos irreflexivos del donante. Se quiere que la donación sea un acto meditado y no ligero y este resultado se logra exigiendo la escritura pública.

Tampoco es verdad que sólo atribuyéndole carácter solemne a toda donación, cualquiera que sea, se lograría el propósito de la ley. El régimen nuestro protege por lo menos la parte más sólida del patrimonio que son los inmuebles; es así coherente con numerosas disposiciones que establecen una protección especial para los bienes raíces: la transmisión de su dominio debe hacerse por escritura pública (art. 1184 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_30.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1184, inc. 1º); la venta de bienes raíces de incapaces que están bajo tutela o curatela, sólo podrá ser autorizada por el juez en los casos previstos en el art. 438 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_14.HTM&iid=AR_LA001 - Art_438y será ineludible hacerlo por subasta pública, lo que no siempre es indispensable para los muebles (art. 441 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_14.HTM&iid=AR_LA001 - Art_441); la usucapión para inmuebles exige largos plazos que no se requieren en caso de los muebles, etcétera.

El argumento del costo de la escritura pública es todavía menos decisivo, porque de todos modos, la transferencia del dominio de bienes inmuebles la requerirá, se le atribuya o no carácter solemne.

(nota 6) SALVAT, Contratos, t. 3, núms. 1546 y 1610.

(nota 7) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala D, 25/3/1955, L.L., t. 79, p. 213 (que admitió la fuerza obligatoria de una promesa de donación de una suma de dinero hecha por instrumento privado); Sup. Corte Buenos Aires, 23/9/1947, J.A., 1947-IV, p. 313; LLERENA, t. 6, p. 50; MACHADO, t. 5, p. 67 (notamos que en la edición de SALVAT anotada por ACUÑA ANZORENA se cita la opinión de estos autores como compartiendo la de SALVAT, cuando en verdad sostienen lo contrario).

(nota 8) C. Civil 2ª Cap., 13/8/1928, p. 129.

(nota 9) MESSINEO, t. 5, § 139, p. 8.

(nota 10) MESSINEO, loc. cit. en nota anterior.

§ 3.— Efectos de las donaciones

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013850 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013850

1110/13850

A.— OBLIGACIONES DEL DONANTE

1110/1548

1548. OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LA COSA; LOS FRUTOS.— La obligación esencial del donante es la de entregar la cosa donada; y no sólo debe entregar la cosa, sino también sus frutos a partir del momento en que fue puesto en mora (art. 1833 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1833). Pero el donante, aun puesto en mora, no es nunca considerado poseedor de mala fe (art. citado) lo que sería realmente una sanción excesiva contra el autor de una liberalidad. Es decir, él debe sólo los frutos percibidos desde el momento de la mora, pero no los que por su culpa hubiera dejado de percibir, obligación que sólo pesa sobre el poseedor de mala fe.

1110/1549

1549. PÉRDIDA O DETERIORO DE LA COSA.— Conforme con los principios generales sobre obligaciones de dar (arts. 579 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_18.HTM&iid=AR_LA001 - Art_579y 581 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_18.HTM&iid=AR_LA001 - Art_581) la ley distingue aquí dos situaciones: antes de la mora, el donante y sus causahabientes sólo responden de la pérdida o deterioro de la cosa, si ha habido culpa de su parte; después de la mora responden aunque el daño se haya producido por caso fortuito (art. 1836 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1836.

Pero la indemnización debida por el donante se limita al valor del deterioro de la cosa perdida; no responde por los demás daños y perjuicios, a menos que la donación sea remuneratoria (ver nota 1).

1110/1550

1550. ACCIONES DE QUE PUEDE VALERSE EL DONATARIO.— Según el art. 1834 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1834, independientemente de la acción real que puede según el caso pertenecer al

donatario como propietario de los objetos donados, él tiene siempre una acción personal contra el donante y sus herederos, a fin de obtener de ellos la ejecución de la donación. En principio, las acciones reales sólo surgen del dominio, y como éste no se adquiere sin tradición, parece razonable deducir que el donatario no tiene acción real hasta el momento de la tradición. Pero si se reconoce al comprador el derecho a reivindicar la cosa del tercero que la posee aunque todavía no se le haya hecho tradición (ver nota 2), parece que la misma solución debe aplicarse a la donación. Es decir, si después de hecha la donación, el donante transmite la cosa a un tercero, el donatario podrá reivindicarla de este tercero. Tratándose de muebles, empero, esa acción quedará normalmente paralizada por el art. 2412 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_54.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2412según el cual la posesión de buena fe de una cosa mueble crea en favor del que la posee la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación si la cosa no fuere robada o perdida.

La acción para reclamar la cosa del donante y sus herederos será siempre una acción personal (ver nota 3).

1110/1551

1551. EVICCIÓN Y VICIOS REDHIBITORIOS.— En principio el donante no debe la garantía por evicción ni por vicios redhibitorios (art. 1835 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1835), no es razonable imponerla a quien da algo a título gratuito. Por excepción la debe en los siguientes casos:

1) Cuando el donante ha prometido expresamente la garantía de evicción, pues no siendo ésta una materia que interese al orden público, la convención de las partes es la ley del contrato.

2) Cuando la donación fue hecha de mala fe, sabiendo el donante que la cosa era ajena; la ley castiga así la mala fe de quien obró con ánimo de perjudicar al propietario o de hacer concebir falsas ilusiones al donatario.

3) Cuando la donación fuere con cargo. En lo que atañe a la evicción, si el donatario no ha cumplido todavía los cargos cuando fue vencido en juicio por un tercero, no podrá pretender indemnización alguna; si ya había cumplido con ellos, la garantía le es debida en la medida del cargo (véase nº 1554).

4) Cuando la donación fuere remuneratoria, porque aquí hay esencialmente un acto oneroso.

5) Cuando la evicción tiene por causa la inejecución de alguna obligación que el donante tomara sobre sí en el acto de la donación, como ocurre cuando dejó de pagar la deuda hipotecaria sobre el inmueble donado, habiendo exonerado del pago al donatario (art. 2151 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2151).

1110/1552

1552. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN.— Aun en los casos en que el donante deba la garantía de evicción, la responsabilidad del donante no es igual a la del que transmitió la cosa por título oneroso. El Código ha establecido reglas especiales para cada una de las hipótesis contempladas en el art. 2146 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2146, con excepción de la primera, sin duda porque juzgó que si la garantía se funda en la estipulación contenida en el contrato, ella será la que fija la extensión de la responsabilidad. Pero puede ocurrir que el contrato se limite a establecer la garantía sin fijar su alcance; por nuestra parte pensamos que la responsabilidad del donante se reduce entonces al reintegro de los gastos originados al donatario con motivo de la donación. No se concebiría en efecto, una responsabilidad más extensa que la que pesa sobre el donante de mala fe (véase art. 2147 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2147) (ver nota 4). Veamos ahora las reglas del Código sobre los restantes casos.

1110/1553

1553. a) Donación de mala fe.— Cuando la donación haya sido hecha de mala fe, el donante debe indemnizar al donatario de todos los gastos que la donación le hubiere ocasionado (art. 2147 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2147). La responsabilidad se limita a los gastos; no se debe el valor de la cosa, como ocurre con la evicción en los contratos onerosos. Entre los gastos deben incluirse los honorarios del escribano que otorgó el acto, los impuestos pagados, los gastos por mejoras hechas en la cosa, sean necesarias o simplemente voluntarias (ver nota 5). Pero el donante no deberá indemnización alguna si el donatario sabía que la cosa era ajena (art. 2148 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2148) pues entonces él ha recibido la donación a su riesgo. Se admite generalmente que en tal supuesto el donatario no tiene derecho a la evicción ni aun en el caso de que ésta se hubiere pactado, porque mediaría mala fe de ambas partes (ver nota 6).

1110/1554

1554. b) Donación con cargo.— Según el art. 2149 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2149el donante responderá de la evicción de la cosa en proporción del importe de los cargos y del valor de los bienes donados, sea que los cargos estén establecidos en interés del mismo donante o que ellos sean a beneficio de un tercero, sea la evicción total o parcial. Hay que advertir ante todo, que esta disposición sólo se aplica al caso de que el donatario hubiera ya cumplido con los cargos, pues su fundamento es que la evicción procede en la medida de la onerosidad del acto; y si el donatario no ha hecho desembolso, no tiene

derecho a la garantía.

La regla del art. 2149 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2149es razonable cuando la evicción ha sido total y el cargo fue establecido en favor del donante; éste debe indemnizar al donatario de la pérdida que ha sufrido por el cumplimiento de los cargos. Pero no es justa en el caso de la evicción parcial. Si como consecuencia de ésta el donatario ha sido privado de una parte de la cosa, pero el remanente todavía le reporta un beneficio no obstante el cumplimiento de los cargos, no se ve motivo para imponer al donante la responsabilidad por evicción. Si el cargo superase el valor del resto de la cosa que ha quedado en poder del donatario, entonces el donante debería responder sólo por la diferencia (ver nota 7). Ejemplo: se dona un campo que vale $ 10.000.000 con un cargo cuyo cumplimiento ha significado un costo de $ 4.000.000 y un tercero reivindica una parte del campo que vale $ 8.000.000; el donante sólo debería ser obligado a indemnizar $ 2.000.000.

Tampoco parece justa la solución legal cuando el beneficiario del cargo sea un tercero; en tal supuesto parecería que la acción del donatario perjudicado debería dirigirse contra el beneficiario (ver nota 8).

1110/1555

1555.— ¿Debe además el donante los gastos realizados por el donatario en escritura, mejoras, etcétera? Aunque la solución puede resultar dudosa, nos inclinamos por la negativa, a menos que el donante fuera de mala fe. Ésta es la solución que parece desprenderse claramente del art. 2147 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2147que sólo en caso de mala fe impone al donante la obligación de reintegrar dichos gastos.

1110/1556

1556. c) Donación remuneratoria.— Según el art. 2150 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2150el donante responde de la evicción en proporción al valor de los servicios recibidos y al de los bienes donados. Caben en este caso las mismas observaciones que hiciéramos en el anterior.

1110/1557

1557. d) Inejecución de las obligaciones contraídas en el acto de la donación.— Si el donante no pagó la deuda hipotecaria con que estaba gravado el inmueble donado y cuyo pago se comprometió a hacer, responde por la evicción (art. 2151 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_2151). En tal caso el donatario podrá exigir al donante que libere el inmueble; o bien pagar al acreedor y subrogarse en sus derechos contra el donante; finalmente, si el inmueble fuera ejecutado por el acreedor, podrá exigir del donante el pago de una suma de dinero equivalente al crédito que originó la ejecución (ver nota 9) sin perjuicio de su derecho al saldo de precio una vez satisfecho el interés del acreedor y los gastos causídicos.

1110/1558

1558. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS REDHIBITORIOS.— El Código no tiene normas especiales sobre la extensión de la responsabilidad del donante en los supuestos del art. 2146 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2146. Esto permite apartarse de la solución de los arts. 2149 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2149y 2150 y resolver el problema de acuerdo a equidad. La medida de la responsabilidad del donante no estará dada por el valor de los cargos o de los servicios remunerados, sino por la pérdida sufrida por el donatario. Veamos un ejemplo: A, dona a B una casa que vale $ 1.000.000, con cargo cuyo cumplimiento le importa $ 200.000. Luego se descubren vicios redhibitorios. Si las reparaciones de éstos insumen al donatario cualquier suma por debajo de $ 800.000, nada tendrá que reclamar del donante porque de todas maneras, aun haciendo las reparaciones, experimenta un beneficio. Si las reparaciones insumieran más de $ 800.000 (por ej., $ 900.000), como esta suma agregada a lo que importó el cargo ($ 200.000) excede el beneficio recibido ($ 1.000.000) debe reconocerse al donatario el derecho de reclamar $ 100.000 en concepto de vicios redhibitorios.

1110/1559

1559. EVICCIÓN EN LA DONACIÓN DE VARIAS COSAS.— Cuando la donación ha tenido por objeto dos o más cosas de la misma especie, bajo una alternativa, o una cosa que el donatario debe tomar entre varias de la misma especie y le fuese quitada por sentencia la cosa que se le había entregado, el donatario tiene derecho a pedir que la donación se cumpla en las otras cosas (art. 2152 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2152). El donatario de una cosa determinada sólo en cuanto a su especie, y que se encuentra desposeído de ella por sentencia, tiene derecho a que se le entregue otra de la misma especie (art. 2153 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2153).

La justicia de estas soluciones es muy discutible si se piensa que la donación es un acto gratuito; ello ha inducido a SALVAT a sostener que tales disposiciones sólo rigen en caso de que el donante se haya obligado contractualmente por evicción (ver nota 10). Empero, predomina la opinión de que los artículos citados se aplican aun en ausencia de toda convención sobre la garantía (ver nota 11).

1110/1560

1560. OBLIGACIÓN DE GARANTÍA POR LOS HECHOS PERSONALES DEL DONANTE.— Si es justo liberar al donante de la responsabilidad por evicción, en cambio no lo sería con relación a sus hechos personales. Él es responsable no sólo de los deterioros o pérdidas de la cosa, ocurridos por su culpa antes de la entrega (véase nº 1548) sino también por todo acto por el cual perturbe el goce de la cosa por el donatario (ver nota 12).

1110/1561

1561. ACCIÓN DEL DONATARIO CONTRA LA PERSONA DE QUIEN EL DONANTE HUBO LA COSA POR TÍTULO ONEROSO.— Si bien el donatario no tiene acción de evicción contra el donante (salvo los casos del art. 2146 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2146), en cambio la tiene contra quien enajenó la cosa al donante a título oneroso, aunque éste no le hubiera hecho cesión expresa de ese derecho (art. 2154 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2154). En tal hipótesis, la extensión de la responsabilidad es la que corresponde a un enajenante a título oneroso.

También habrá acción del donatario si quien enajenó la cosa al donante lo hizo gratuitamente pero era responsable por evicción por hallarse comprendido en alguna de las hipótesis del art. 2146 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2146. En otras palabras: el primer enajenante responde ante el donatario en la medida en que él era responsable ante el donante.

(nota 1) MACHADO, t. 5, p. 101.

(nota 2) C. Civil Cap., en Pleno, 9/11/1958, L.L., t. 92, p. 463 y J.A., 1958-IV, p. 428.

(nota 3) Es opinión unánime: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1662; MACHADO, t. 5, p. 101; SEGOVIA, t. 1, nota 80 al art. 1836 de su numeración.

(nota 4) En contra: TORRENTE, La donazione, nº 210, quien piensa que en este caso el donante responde en la misma medida que el vendedor.

(nota 5) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2309, nota 93 a); MACHADO, t. 5, p. 557; LLERENA, t. 6, p. 412.

(nota 6) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2309, nota 93 b); SEGOVIA, t. 1, nota 56 al art. 2150 de su numeración; MACHADO, t. 5, p. 558. En contra: LLERENA, t. 6, p. 413.

(nota 7) Ésta es, en efecto, la solución propuesta por el Anteproyecto de BIBILONI (art. 2256) y el Proyecto de 1936 (art. 1380), en concordancia con la opinión de la mayor parte de nuestros autores: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2310, nota 93; MACHADO, t. 5, ps. 562 y sigs.; SEGOVIA, t. 1, nota 57 al art. 2151 de su numeración.

(nota 8) En sentido concordante: Anteproyecto de BIBILONI; art. 2256 y Proyecto de 1936, art. 1380.

(nota 9) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 3212, nota 93 e); MACHADO, t. 5, p. 564; SEGOVIA, t. 1, nota 62 al art. 2153 de su numeración.

(nota 10) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2313.

(nota 11) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2313, nota 95 a); MACHADO, t. 5, p. 566 y 568; LLERENA, t. 6, p. 416.

(nota 12) COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, núms. 1675 y sigs.; BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 1346; DEMOLOMBE, nº 550; AUBRY y RAU, § 705; TORRENTE, La donazione, nº 211.

B.— OBLIGACIONES DEL DONATARIO

1110/1562

1562. PRINCIPIO.— La donación es un contrato unilateral que en principio no impone obligaciones sino al donante. Todo lo más, el donatario tiene una obligación general de gratitud, de la que nos ocuparemos en seguida; pero ella no se refiere al cumplimiento del contrato en sí mismo, sino a una conducta permanente que es razonable exigir de quien ha recibido un beneficio. Pero puede ocurrir que en el mismo contrato el donante imponga al donatario ciertas obligaciones accesorias llamadas cargos, que no dependen de la naturaleza del contrato sino de estipulaciones especiales; de ellas trataremos en los números 1574 y siguientes.

1110/1563

1563. OBLIGACIÓN DE GRATITUD; ALIMENTOS DEBIDOS AL DONANTE.— El donatario tiene un deber moral de gratitud hacia el donante. En el plano puramente ético, esa gratitud se revelará sobre todo con hechos positivos; en el plano jurídico, se cumple con dicho deber absteniéndose de la realización de actos que impliquen una notoria ingratitud; y si el donatario incurre en ellos, la liberalidad puede ser revocada (véase núms. 1610 y sigs.). Hay, sin embargo, un supuesto en el que la gratitud debe mostrarse positivamente: el donatario está obligado a pasar alimentos al donante cuando éste se hallare en estado de indigencia (art. 1837 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1837).

Para que nazca la obligación alimentaria a cargo del donatario es preciso:

a) Que la donación haya sido sin cargo (art. 1837 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1837), porque si lo hubiera, el acto no sería ya puramente gratuito. El fundamento legal es muy discutible desde el punto de vista de la equidad, porque la imposición de un cargo no quita su carácter gratuito a la donación y porque a pesar de contenerlo el beneficio recibido por el donatario puede ser cuantioso. Y, desde luego, no creemos que el donatario quede eximido de su obligación alimentaria si el cargo que se le impuso fuere insignificante en relación al monto de los bienes donados; como ocurriría si a quien se le dona un establecimiento de campo se le impone el cargo de reconocer una servidumbre de paso, conservar una persona de servicio, etcétera.

Más lógica hubiera sido la salvedad de haberse referido solamente a las donaciones remuneratorias, supuesto no contemplado por nuestro Código (ver nota 1).

b) Que el donante no tuviera medios de subsistencia (art. 1837 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1837), ni posibilidad de adquirirlos con su trabajo (ver nota 2).

Hay que agregar que ésta es una obligación subsidiaria, que sólo pesa sobre el donatario cuando no existen otros parientes legalmente obligados a prestarlos (art. 1862 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1862) (ver nota 3). A nuestro criterio, hubiera sido más justo ubicar en primer rango la obligación alimentaria del donatario y luego la de los parientes en el orden legal, tal como lo resuelve el Código italiano (art. 437).

1110/15250

1563 bis.— Supongamos ahora que hay varias donaciones sucesivas en favor de distintos donatarios. El Código alemán dispone que la acción debe dirigirse primero contra el último y luego los anteriores por su orden, solución que ha sido propugnada entre nosotros por algunos autores (ver nota 4). Creemos que tal solución no sólo es de discutible justicia, sino que es inaplicable en nuestro Derecho. Si la ley impone a los donatarios la obligación

alimentaria, sólo pueden ser eximidos de ella por otra disposición legal referida al caso particular que tratamos. Y puesto que tal norma no existe, forzoso es concluir que todos los donatarios están igualmente obligados. Y, por cierto, esta solución es indiscutible si las donaciones han sido simultáneas.

¿Cómo se divide la obligación entre los codonatarios? Dos sistemas son posibles: o bien se divide en proporción a las donaciones recibidas o bien en relación con los respectivos patrimonios. Nos parece imposible seguir un sistema rígido. El juez tomará en cuenta esa serie de elementos de juicio de que siempre se vale al fijar una pensión alimentaria: situación del alimentante, del alimentado, importancia de la donación, etcétera.

¿El donante debe dividir su acción entre los donatarios o puede demandar a uno solo, quedando a salvo la acción por contribución del alimentante contra los coobligados? Tampoco hay sobre el punto reglas legales. Pero nos parece que esta obligación es, no solidaria, pero sí indistinta. Dividir la acción entre todos los codonatarios es poco menos que imposible, pues no se sabe de antemano qué parte corresponde a cada uno. El juez la fijará conforme a criterios muy elásticos. Por otra parte, la acción por alimentos obedece siempre a necesidades premiosas; no es posible discutir en el juicio sumarísimo una serie de cuestiones que sería inevitable dilucidar si se quiere establecer qué parte corresponde a cada uno de los codonatarios. En suma, demandado uno de los donatarios, el juez fijará la pensión justa respecto del demandado y prescindiendo, en principio, de los otros donatarios, pero dejando por cierto abierta la acción de contribución del alimentante.

Estos problemas son más teóricos que prácticos. Nuestra jurisprudencia no registra antecedentes de que se hayan planteado ante nuestros tribunales.

1110/1564

1564.— Claro que esta obligación alimentaria puede resultar excesivamente gravosa con relación a la importancia de los bienes donados. En ese caso, la ley permite al donatario liberarse de ella devolviendo los bienes donados o el valor de ellos si los hubiese enajenado (art. 1837 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1837). ¿En qué momento debe fijarse el valor de los bienes que hubieren sido enajenados por el donatario? La ley no resuelve el punto. MACHADO piensa que debe serlo en el momento de la donación (ver nota 5); por nuestra parte creemos que es más equitativo considerar el valor que la cosa tenía cuando el donatario la enajenó, porque ése es el beneficio recibido. Es claro que si la cosa se ha desvalorizado por culpa del donatario, habrá que considerar el valor originario.

Si el donante se negara a recibir la cosa con ánimo de obligar al donatario a alimentarlo, éste se libera de su obligación haciendo abandono de la cosa (art. 1854 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1854) (ver nota 6).

1110/1565

1565.— El incumplimiento de la obligación alimentaria brinda al donante dos acciones: una por prestación de los alimentos y otra por revocación de la donación (art. 1862 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1862).

1110/1566

1566. PAGO DE LAS DEUDAS DEL DONANTE.— El donatario no está obligado a pagar las deudas del donante, si no se hubiese obligado a ello, aunque la donación fuese de una parte determinada de los bienes del donante (art. 1839 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1839). La disposición alude a la posición del donatario tanto frente al donante como a los acreedores de éste. Se resuelve así un problema que se debatía en la doctrina francesa; y como la donación importa una transmisión de bienes a título particular y no universal (como lo hace notar VÉLEZ en la nota respectiva) no se explica que los donatarios resulten obligados frente a terceros como lo está un sucesor mortis causa. Sin perjuicio del derecho de los acreedores de impugnar la donación por vía de la acción revocatoria, si al donante no le quedasen bienes suficientes como para responder a sus deudas.

Cuando la donación sea de una parte determinada (la ley ha querido significar parte alícuota; véase nota al art. 1840 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1840) de los bienes presentes del donante, puede éste, antes de ejecutar la donación, retener un valor suficiente para pagar sus deudas, en la proporción de los bienes donados y de los bienes que le quedaban, con las deudas que tenía el día de la donación (art. 1840 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1840). La confusa redacción de esta norma ha sido aclarada por VÉLEZ en la nota respectiva. Expresa que cuando una persona dice: doy la mitad o la tercera parte de mis bienes, debe entenderse que se refiere a los bienes líquidos, es decir, los que quedan una vez deducidas las deudas. Y por ello el donante queda autorizado a retener lo necesario para pagarlas.

La disposición alude tanto a las deudas vencidas como a las de plazo pendiente; y es precisamente con relación a estas que el problema tiene mayor importancia.

No se aplica en el caso de que el donante haya especificado los bienes que dona, sin limitarse a indicarlos con relación a un porcentaje de su patrimonio (ver nota 7).

Tampoco juega si los bienes han sido ya entregados, pues la entrega indica muy claramente que la intención del donante era no hacer cargar sobre el donatario el pago parcial de sus deudas (ver nota 8).

1110/1567

1567.— Nada se opone a que el donatario se obligue contractualmente a pagar las deudas del donante; hay aquí una donación con cargo cuyo cumplimiento puede ser pedido por cualquier interesado, es decir, por el donante o por los acreedores. El donante puede además, pedir la revocación de la donación por incumplimiento del cargo (art. 1849 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1849).

1110/1568

1568. DONACIÓN DE UN INMUEBLE HIPOTECADO.— Supuesto que el inmueble donado esté gravado con hipoteca, ¿el donatario está obligado a pagar la deuda? En la doctrina francesa predomina la negativa, juzgándose que el gravamen es sólo una garantía de una deuda personal del donante, que conforme con la regla del art. 1839 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1839no pesa sobre el donatario (ver nota 9). El razonamiento no carece de lógica, pero la solución es contraria a la equidad. Cuando una persona dona un inmueble hipotecado, entiende que el donatario, que ya recibe un beneficio, se hará cargo de la hipoteca; y si hay dudas, ellas deben interpretarse en el sentido que haga menos onerosa la donación. Esta solución está claramente establecida en el art. 2151 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2151, según el cual el donante responde por evicción cuando no pagó la deuda hipotecaria que pesaba sobre el inmueble habiendo exonerado del pago al donatario. Es decir, se necesita una cláusula expresa de exoneración para que el donatario quede liberado de pagar la deuda hipotecaria.

(nota 1) Es en cambio el supuesto contemplado en el Código italiano, art. 437. SALVAT opina que no obstante el silencio de nuestra ley, la misma solución es aplicable a las donaciones remuneratorias, porque el fundamento es el mismo: que el acto no es enteramente gratuito, Contratos, t. 3, nº 1667.

(nota 2) De acuerdo en la exigencia de este último requisito: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1667; MACHADO, t. 5, p. 103; LLERENA, t. 6, p. 82.

(nota 3) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, loc. cit. en nota 146 bis; MACHADO, t. 5, p. 103, LLERENA, t. 6, p. 81.

(nota 4) BUSSO, Código Civil anotado, t. 2, p. 852, nº 96; YÁÑEZ ÁLVAREZ, E.D., t. 10, p. 854, nº 15.

(nota 5) MACHADO, t. 5, p. 104.

(nota 6) MACHADO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 7) MACHADO, t. 5, p. 106.

(nota 8) MACHADO, t. 5, p. 106.

(nota 9) COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1679; BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 1354; AUBRY y RAU, § 705.

§ 4.— Diversas clases de donaciones

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013880 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013880

1110/13880

A.— DONACIONES POR CAUSA DE MUERTE

1110/1569

1569. PRINCIPIO GENERAL.— Nuestro Código prohíbe las donaciones diferidas para después del fallecimiento del donante; tal acto es inválido y sólo podría valer como testamento si tuviese las formas que la ley exige para éste (art. 1790 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_41.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1790). Esta regla no se opone a que una persona transfiera actualmente la propiedad de una cosa, reservándose el usufructo o el uso y goce de ella hasta el momento de la muerte (ver nota 1); habrá en tal caso, la donación de la nuda propiedad, lo que es perfectamente legítimo.

Tampoco se opone a la validez de las siguientes donaciones: a) la que se hace con la condición de que el donatario restituirá los bienes donados si el donante no falleciere en un lance previsto; b) la que se hace con la condición de que los bienes se restituirán al donante si éste sobreviviese al donatario (art. 1803 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1803). Aquí no se trata de actos de última voluntad, pues la donación produce todos sus efectos de inmediato, sin que dependa para ello de la muerte del donante. Son donaciones sometidas a una condición resolutoria (ver nota 2). En cuanto al alcance de la obligación de restituir, se rige por las disposiciones generales que hemos estudiado en otro

lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, núms. 1092 y sigs.).

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 18/8/1924, J.A., t. 13, p. 773; MACHADO, t. 5, p. 8.

(nota 2) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1627; MACHADO, t. 5, p. 39; SEGOVIA, t. 1, nota 31 al art. 1805 de su numeración.

B.— DONACIONES MUTUAS (ver nota 1)

1110/1570

1570. CONCEPTO.— Se llaman donaciones mutuas aquellas que se hacen dos o más personas recíprocamente en un mismo acto (art. 1819 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1819). Difícilmente un acto tal puede considerarse hecho a título gratuito; en verdad, la donación prometida por una de las partes ha sido tenida en mira por la otra al hacer su promesa recíproca; el acto es oneroso, no gratuito (ver nota 2). No se justifica entonces que se les aplique el régimen de las donaciones; por más que las partes lo hayan llamado donación, lo que hay es más bien una permuta. Pero no hay que exagerar la analogía. En las donaciones recíprocas, si bien cada una de las partes tiene en mira lo que recibirá de la otra, en cambio ninguna de ellas manifiesta preocupación por la equivalencia de las contraprestaciones. Por consiguiente, el acto no podrá impugnarse por lesión.

El Código exige para considerarlas tales, que ambas se hayan hecho en un solo y mismo acto (art. 1819 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1819). Es decir, se requiere simultaneidad material. Nos parece excesivo; a nuestro juicio debería bastar con la simultaneidad intelectual, es decir, la que existe en todo caso en que sea evidente que la donación hecha por una persona a otra tuvo por causa la que ésta le hacía a ella, aunque ambas se hayan documentado por actos separados.

1110/1571

1571.— Los esposos no pueden hacerse donaciones mutuas (art. 1820 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1820), disposición coherente con la prohibición de hacerse donaciones en general (art. 1807 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1807, inc. 1º) y de celebrar contratos de compraventa (art. 1358 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_33.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1358) y permuta (art. 1490 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_36.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1490).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la indicada en nota 2428, véase LÉPINGLE, Les liberalités mutuelles et réciproques, Rennes, 1938.

(nota 2) En este sentido: MACHADO, t. 5, p. 76; PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 330; BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 1660.

C.— DONACIONES REMUNERATORIAS (ver nota 1)

1110/1572

1572. CONCEPTO.— El concepto de donación remuneratoria ha dado lugar en la doctrina extranjera a largas discusiones, a las que VÉLEZ ha puesto término en nuestro derecho positivo con algunas normas que precisan la idea y concluyen con las dudas. Según el art. 1822 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1822, las donaciones remuneratorias son aquellas que se hacen en recompensa de servicios prestados al donante por el donatario, estimables en dinero y por los cuales podía éste exigir el pago judicialmente al donante.

Si, en cambio se trata de recompensar servicios que no dan lugar a acción judicial, no hay donación remuneratoria sino simple (art. 1824 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1824). En consecuencia, no lo es la efectuada por un deber moral de gratitud (art. 1824 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1824), ni la que se hace como recompensa a los buenos servicios prestados por un servidor a quien se le han pagado puntualmente sus sueldos (ver nota 2), ni los obsequios que es costumbre hacer al médico, que no pierde por eso su derecho a cobrar sus honorarios (ver nota 3).

¿Qué decidir si la acción estuviera prescripta? MACHADO, a nuestro juicio con razón, cree necesario distinguir: si simplemente hubiera transcurrido el término de la prescripción, la donación es remuneratoria, porque el que prestó el servicio puede accionar, siendo facultativo del demandado oponer o no la excepción; en cambio, si la acción ya está declarada prescripta, la donación es gratuita (ver nota 4).

La donación puede tener en mira un servicio ya prestado o uno que ha de prestarse después; esta circunstancia no la priva del carácter remuneratorio (ver nota 5).

El anterior art. 1810 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1810, inc. 2º, exigía que la donación remuneratoria constare en instrumento

público. Esta disposición fue derogada por la ley 17711 <>, que suprimió esta exigencia.

¿La propina es una donación remuneratoria? Preferimos la opinión que lo niega. Aunque la propina no es estrictamente obligatoria, ambas partes tienen más bien la conciencia de dar y recibir una retribución de servicios que una liberalidad (ver nota 6). En nuestro derecho positivo la cuestión no ofrece dudas porque falta el instrumento público indispensable para reconocerla como tal.

1110/1573

1573. RÉGIMEN LEGAL.— Las donaciones remuneratorias están sujetas al siguiente régimen legal:

a) La aceptación de la donación remuneratoria equivale a la aceptación del pago de los servicios (ver nota 7); en consecuencia, el donatario no podrá en adelante cobrarlos judicialmente. Es lógico que así sea, porque el donante ha entendido pagar, sólo que lo ha hecho con generosidad, pagando más de lo que debía.

Por el contrario, la simple donación (hecha sin intención remuneratoria) no priva a quien prestó el servicio del derecho a reclamar su pago (ver nota 8).

b) En la medida en que importa una remuneración equitativa de los servicios prestados, se reputa un acto oneroso (art. 1825 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1825). En consecuencia, está sujeta a la acción por evicción y por vicios redhibitorios (véase nº 1551) y no puede ser reducida por inoficiosidad (véase nº 1581) ni da lugar a colación, ni puede ser revocada (art. 1863 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1863). En cambio, en cuanto excede de la justa retribución, está sujeta al régimen legal de las donaciones simples (ver nota 9).

1110/15260

1573 bis. INEXISTENCIA E ILICITUD DEL SERVICIO QUE SE REMUNERA.— Puede ocurrir que el servicio que se dice remunerar no exista, sea porque no se prestó o porque lo prestó otra persona. ¿Es válida la donación? Si la causa exclusiva de la donación ha sido el servicio que se creía prestado, la donación será nula por falta de causa; si, en cambio, de las circunstancias que rodean el caso se desprende que ése no ha sido el motivo único de la donación, sino que concurriría con otros (afecto personal, gratitud, deseo de solventar una situación económica penosa), la donación es válida pero tendrá carácter simple y no remuneratorio (ver nota 10).

Si el servicio es ilícito o inmoral (comisión de un delito, servicios prestados en una casa de tolerancia) la donación es nula porque su causa es ilícita (ver nota 11).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 2428, véase TIMBAL, Des donations remuneratoires, Toulouse, 1924; D'ANGELO, La donazione rimuneratoria, Milano, 1942.

(nota 2) C. Civil 2ª Cap., 22/3/1933, J.A., t. 41, p. 413; Sup. Trib. San Luis, 5/6/1937, L.L., t. 7, p. 105.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 3/11/1922, J.A., t. 9, p. 685; C. Civil 2ª Cap., 17/4/1936, J.A., t. 54, p. 166.

(nota 4) MACHADO, t. 5, p. 81.

(nota 5) TORRENTE, La donazione, nº 122; en contra, D'ANGELO, La donazione rimuneratoria, nº 21, quien sostiene que el servicio debe ser necesariamente prestado con anterioridad.

(nota 6) LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 176.

(nota 7) Es la doctrina implícitamente contenida en los siguientes fallos: C. Civil 1ª Cap., 3/11/1922, J.A., t. 9, p. 685; C. Civil 2ª Cap., 17/4/1936, J.A., t. 54, p. 166.

(nota 8) Fallos citados en nota anterior.

(nota 9) De acuerdo: MACHADO, t. 5, p. 80 y 83; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1636.

(nota 10) Es de entera aplicación a este supuesto lo que dijéramos en otro lugar sobre la causa de las disposiciones testamentarias (Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. II, nº 1092 y autores y fallos allí citados). D'ANGELO admite la subsistencia de la donación como donación simple, sin formular las distinciones que hacemos en el texto (La donazione rimuneratoria, nº 41).

(nota 11) De acuerdo: D'ANGELO, La donazione rimuneratoria, nº 42.

D.— DONACIÓN CON CARGO

1110/1574

1574. CONCEPTO.— Llámase cargo a la obligación accesoria impuesta al que recibe una liberalidad (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 1113). La imposición de un cargo influye sobre el régimen de las donaciones, porque ellas dejan entonces de ser un acto puramente gratuito, a menos que el beneficiario del cargo sea el propio donatario (ver nota 1).

1110/1575

1575. RÉGIMEN LEGAL.— En la medida en que el valor del cargo absorba el de los bienes donados, el acto es considerado oneroso; en el excedente, es reputado gratuito (arts. 1827 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1827y 1828). Es decir, se aplica sobre el punto el mismo sistema seguido en materia de donaciones remuneratorias. En cuanto acto oneroso, dará lugar a la responsabilidad por evicción y vicios redhibitorios (véase nº 1551) y no podrá ser objeto de reducción por inoficiosidad ni será colacionable; en cuanto acto gratuito, no origina esa responsabilidad y puede ser reducido y colacionado. Pero si la importancia de la donación fuese más o menos igual a la de la carga que se impone al donatario, no se aplicará ninguna de las normas relativas a las donaciones (art. 1828 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1828) (ver nota 2), porque el acto es oneroso.

1110/1576

1576. CONSECUENCIAS DE LA INEJECUCIÓN DEL CARGO.— La inejecución del cargo por el donatario hace nacer las siguientes acciones:

a) Acción por cumplimiento. Ante todo, el donatario puede ser demandado por cumplimiento del cargo. Si éste ha sido establecido en favor del donante, la acción por cumplimiento la tienen: 1) el propio donante y sus sucesores a título universal (arts. 1852 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1852y 3842 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_83.HTM&iid=AR_LA001 - Art_3842); 2) sus acreedores, en ejercicio de la acción subrogatoria; 3) el albacea (ver nota 3). Si el cargo ha sido establecido en favor de terceros, la acción puede ser intentada: 1) por el tercero beneficiario y sus sucesores universales; 2) por el sucesor a título particular si el cargo tuviere por objeto conservar, mejorar, etcétera, una cosa mueble o inmueble; 3) por los acreedores del beneficiario, en ejercicio de la acción oblicua (ver nota 4). En cambio, en esta hipótesis el cumplimiento del cargo no puede ser pedido por el donante ni sus herederos (art. 1829 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1829). Es una solución irrazonable, presumiblemente fundada en el principio de que

sin interés no hay acción, de donde se seguiría que siendo los beneficiarios los únicos interesados en el cumplimiento, sólo ellos deben estar autorizados para accionar. El razonamiento sería exacto si por interés sólo debiera entenderse el de índole económica. Pero puede tratarse también de un interés afectivo, sin el cual no se hubiera impuesto el cargo. Por lo demás, esa solución no conjuga con lo dispuesto en el art. 1852 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1852que da derecho al donante a reclamar la revocación de la donación hecha con cargo impuesto en favor de terceros. Si el fundamento del art. 1829 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1829in fine es que sin interés no hay acción, también debía negarse al donante la acción por revocación.

1110/1577

1577. b) Acción por revocación.— La acción por revocación de la donación sólo compete al donante y sus herederos (art. 1852 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1852). Se trata de una acción personalísima que no puede ser intentada por los acreedores por vía de la acción indirecta (ver nota 5) ni por el tercero beneficiario del cargo, que sólo puede pedir el cumplimiento (véase núms. 1597 y sigs.).

1110/1578

1578. CARGOS IMPOSIBLES, ILÍCITOS O INMORALES.— Los cargos imposibles, ilícitos o inmorales anulan la donación (art. 564 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_17.HTM&iid=AR_LA001 - Art_564). Es una disposición irrazonable, cuya crítica hemos hecho en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 1125 y Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. II, nº 1324). La imposibilidad, inmoralidad o ilicitud del cargo debería anular solamente esa obligación accesoria pero no la liberalidad.

1110/1579

1579. CARGOS ESTABLECIDOS EN FAVOR DEL PROPIO DONATARIO.— Ningún inconveniente hay en que el cargo sea establecido en favor del propio donatario. Por ejemplo, se dona un bien inmueble con el cargo de que el donatario se reciba de abogado. La dificultad principal en este supuesto es indagar si la intención del donante se ha limitado a dar un consejo o si, por el contrario, se ha impuesto un verdadero cargo. A nuestro juicio la solución es ésta: si la intención del donante ha sido hacer depender el mantenimiento de la donación del cumplimiento del cargo, éste funciona como condición resolutoria; caso contrario, el incumplimiento no da lugar a ninguna acción (ver nota 6). En el primer supuesto, el donante o sus herederos sólo podrán accionar por revocación.

(nota 1) Sobre la validez de los cargos hechos en favor del propio beneficiario, véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. II, nº 1321.

(nota 2) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1643.

(nota 3) De acuerdo: BUSSO, t. 3, coment. art. 560, nº 17.

(nota 4) BUSSO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 5) C.S.N., 16/3/1920, J.A., t. 4, p. 90.

(nota 6) En sentido concordante, véase GATTI, Modalidad de la voluntad testamentaria, nº 150; y nuestra obra Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. II, nº 1321, d).

§ 5.— Donaciones entre cónyuges

1110/1580

1580. REMISIÓN.— Las donaciones entre cónyuges, válidas tan sólo cuando han sido hechas en las convenciones prenupciales, han sido estudiadas en el Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. I, núms. 266 y siguientes, a donde remitimos.

En cuanto a las donaciones hechas a los novios si el matrimonio no se celebra, véase Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. I, nº 65; si se celebra, Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. I, núms. 269 y siguientes.

(TRATADO DE DERECHO CIVIL - FAMILIA - Tomo I)

§ 6.— Inoficiosidad de las donaciones

1110/1581

1581. EL PROBLEMA; REMISIÓN.— La porción legítima de los herederos forzosos está garantizada contra todo acto de disposición gratuita de bienes, sea entre vivos o de última voluntad. Por consiguiente, si el valor de las donaciones excede la porción disponible del donante, los herederos forzosos pueden demandar su reducción en la medida necesaria para cubrir sus legítimas. El estudio de este problema pertenece al derecho sucesorio; remitimos por tanto al Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. II, núms. 972 y siguientes.

Sólo diremos aquí que la acción de reducción por inoficiosidad únicamente puede afectar las donaciones remuneratorias en la medida en que exceden el justo pago del servicio y las donaciones con cargo en cuanto la liberalidad supera el valor económico del cargo impuesto al beneficiario (art. 1832 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1832).

§ 7.— Reversión de las donaciones

1110/1582

1582. DONACIONES CONDICIONALES; LIMITACIONES DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE LA IRREVOCABILIDAD.— La donación, como todo acto jurídico, puede sujetarse a condición. Tratándose de condiciones suspensivas, ninguna limitación hay derivada de su carácter mixto o causal; solamente las puramente potestativas anularían la donación, de acuerdo con el principio general del art. 542 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_17.HTM&iid=AR_LA001 - Art_542. En cambio, tratándose de condiciones resolutorias deben ser casuales o bien depender de la voluntad del donatario (por ej., la donación de un automóvil a un sobrino con la condición resolutoria de que se gradúe en el plazo de un año), pero nunca puede la condición depender de la voluntad del donante, porque si así fuera, estaría librado al arbitrio de éste la suerte de los bienes donados, lo que colocaría al dominio en una incertidumbre inadmisible y sería contrario al principio de la irrevocabilidad de las donaciones (ver nota 1). Tales condiciones anularían la donación.

1110/1583

1583.— Cumplida la condición suspensiva, la donación es exigible por el donatario. Cumplida la resolutoria, el dominio que fuera transferido al donatario queda revocado, con las consecuencias que hemos señalado en el Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, núms. 1092 y siguientes.

1110/1584

1584.— En cuanto a las condiciones imposibles, ilícitas o contrarias a las buenas costumbres, son aplicables las soluciones relativas a las disposiciones de última voluntad (véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. II, núms. 1269 y sigs.).

1.— Reversión por premorencia del donatario

1110/1585

1585. CONCEPTO.— Dentro de las condiciones resolutorias que suelen imponerse en las donaciones, una de las más frecuentes e importantes, es la reversión por premuerte del

donatario (ver nota 2). De acuerdo con esta cláusula, los bienes donados retornan al patrimonio del donante si el donatario fallece antes que aquél (art. 1841 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1841). La legitimidad y aun la utilidad de esta cláusula, son evidentes. La donación es un acto intuitae personae. El donante quiere beneficiar a Pedro pero no tiene el menor interés en que luego reciban los bienes sus herederos, con quienes tal vez está enemistado. La cláusula de reversión le asegura que si el donatario fallece primero lo bienes volverán a su poder y no irán a manos de quien no quiere.

La cláusula puede también disponer la reversión para el caso de que fallezcan, antes que el donante, "el donatario y sus herederos" (art. 1841 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1841). La fuente que es el art. 951, Código Napoleón, hablaba del donatario y sus descendientes; con esta limitación se explica la cláusula, porque el donante puede tener interés en que el bien no salga de la familia del donatario. En cambio no se justifica una cláusula que prácticamente al comprender a todos los herederos en el beneficio, hace quimérico el derecho de reversión, que sólo tendría lugar cuando la sucesión del donatario se declarase vacante y no hubiera otro sucesor que el fisco. Sobre los efectos e interpretación de esta cláusula, véase número 1588.

1110/1586

1586. BENEFICIARIOS.— La reversión condicional no puede ser estipulada sino en beneficio del donante (art. 1842 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1842). Si el contrato lo estableciere en provecho del donante y de sus herederos o de un tercero, la cláusula sólo será válida respecto del primero y se considerará como no escrita respecto de los últimos (art. 1842 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1842). Esta disposición se propone evitar que se prolongue durante mucho tiempo el estado de incertidumbre sobre el dominio de las cosas donadas.

¿Qué ocurre si la reversión ha sido establecida sólo en beneficio de un tercero? La cuestión está discutida en la doctrina francesa. Algunos autores opinan que, en tal caso, toda la donación es nula, porque encierra una sustitución prohibida, ya que en el fondo se trataría de darle un heredero al donatario (ver nota 3). Preferimos la opinión de quienes consideran que sólo es nula la cláusula de reversión (ver nota 4), solución que nos parece más conforme con el sistema del art. 1842 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1842que tiene por no escrita la cláusula de reversión en favor de un beneficiario no permitido por la ley.

1110/1587

1587. FORMA DE LA REVERSIÓN.— La reversión debe ser establecida en forma

expresa en el contrato (art. 1843 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1843). No significa esto que deban emplearse términos solemnes o sacramentales; basta con que esté claramente establecida (ver nota 5). Por ello mismo nos inclinamos a pensar que no puede funcionar la reversión en las donaciones manuales, a menos que ellas fueran seguidas de un acto escrito en el que se dejase constancia de la condición impuesta por el donante.

1110/1588

1588. ALCANCE DE LA CLÁUSULA DE REVERSIÓN.— Los alcances de la cláusula de reversión deben ser considerados con relación a diferentes modalidades que ella puede asumir:

a) Cuando el derecho de reversión ha sido estipulado para el caso de que la muerte del donatario preceda a la del donante, la reversión tiene lugar desde la muerte del donatario, aunque le sobrevivan sus hijos (art. 1844 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1844, 1er. párr.).

b) Cuando el derecho de reversión ha sido reservado para el caso de muerte del donatario y de sus hijos o descendientes, la reserva no principia para el donante, sino por la muerte de todos los hijos o descendientes del donatario (art. 1844 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1844, 2do. párr.). Esta cláusula es menos frecuente pero con todo posible, pues puede ocurrir que el donante desee que una cosa quede en poder de la familia del donatario pero no que pase a manos extrañas.

c) Cuando el derecho de reversión se hubiere establecido para el caso de muerte del donatario sin hijos, la existencia de hijos a la muerte del donatario extingue el derecho que no revive ni aun en caso de la muerte de estos hijos antes de la del donante (art. 1844 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1844, 3er. párr.). Se trata de una disposición interpretativa de la voluntad del donante; por consiguiente, si del contexto del acto de la donación resultare claro que era su voluntad recuperar los bienes a menos que el donatario dejase hijos que los sobreviven, la solución de esta norma deja de ser aplicable.

d) Las mayores dificultades se presentan cuando la reversión se ha estipulado para el caso de premuerte del donatario y sus herederos. Las dificultades provienen de que, manteniéndose viva la donación en favor de todos los herederos del donatario, casi no tiene sentido la cláusula de reversión. El significado de ésta no es otro que la manifestación del propósito del donante de favorecer sólo a determinadas personas (el donatario personalmente, o el donatario y su cónyuge o sus descendientes); de lo contrario no habría estipulado la reversión. Y permitir la subsistencia de la donación por el solo hecho de que haya un heredero colateral en tercer o cuarto grado, es contrario al espíritu que inspira la cláusula. Es más que probable que VÉLEZ haya escrito herederos (en vez de descendientes,

como decía la fuente (ver nota 6)) por simple inadvertencia.

Varias son las interpretaciones posibles de esta cláusula: 1) alude a los parientes del donatario que en el momento de la donación estaban en condiciones de sucederlo mortis causa; 2) alude sólo a los descendientes del donatario (interpretación que tendría su apoyo en las fuentes del art. 1841 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1841); 3) alude a todos los herederos legítimos del donatario, que lo sucedan a su muerte; 4) alude a cualquier heredero, sea legítimo o testamentario. En definitiva, se trata de un problema de interpretación de la voluntad del donante; pero el juez no debe vacilar en valerse de cualquier elemento de juicio serio para restringir el beneficio de la donación a ciertos herederos próximos del donatario, no sólo porque las dudas en la interpretación de las donaciones deben decidirse en favor del donante (en este caso, favoreciendo la reversión), sino también porque de lo contrario la cláusula de reversión carece de lógica (ver nota 7). Si, finalmente, no hubiera ningún elemento de juicio que permitiera restringir el significado de la palabra herederos, habrá que interpretarla en el sentido de que comprende a todos los legítimos, no los testamentarios; es decir, los efectos de la cláusula serían los siguientes: 1) impedir la sucesión del fisco en caso de herencia vacante ya que no tiene carácter de heredero; 2) impedir al donatario disponer por testamento de los bienes donados.

Ningún inconveniente hay en que el causante limite los efectos de la cláusula a los parientes de cierto grado o categoría (ver nota 8).

1110/1589

1589. EFECTOS DE LA REVERSIÓN.— La cláusula de reversión es, ya lo hemos dicho, una condición resolutoria (véase nº 1585); sus efectos se producen ipso iure, sin necesidad de demanda (ver nota 9) y son los propios de estas condiciones (ver nota 10), que hemos estudiado en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, núms. 1090 y sigs.). Nos limitaremos aquí a indicar los efectos generales y a señalar algunos problemas propios de la reversión.

1110/1590

1590. a) Reversión pendiente.— Cuando todavía no se ha cumplido el hecho del que depende la reversión, el donatario se encuentra en la condición de un propietario puro y simple. Sus acreedores podrán embargar y ejecutar los bienes donados, sin perjuicio de los efectos que luego tendrá sobre el dominio el cumplimiento de la condición (ver nota 11). El donante, por su parte, está autorizado para ejercer las medidas conservatorias necesarias para la protección de su derecho eventual (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 1090). Se ha reconocido al donante la facultad de introducir algunas restricciones a la plenitud del dominio transferido al donatario, a quien puede prohibirle enajenar o hipotecar la cosa; y en tal caso, los acreedores del donatario carecerían del derecho a embargar (ver nota 12). Pero para que ello ocurra, es menester una cláusula expresa en el contrato de

donación; de lo contrario el donatario puede enajenar y sus acreedores pueden embargar los bienes donados, sin perjuicio de que el adquirente estará expuesto a la resolución de su derecho.

1110/1591

1591. b) Condición cumplida.— La reversión de los bienes tiene efectos retroactivos (art. 1847 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1847). La enajenación por el donatario de los bienes donados queda sin ningún efecto y vuelven al patrimonio del donante libres de toda carga o hipoteca (art. citado); pero tratándose de cosas muebles, el adquirente de buena fe y a justo título podrá defenderse contra la acción reivindicatoria del donante con la excepción del art. 2412 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_54.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2412. Son de plena aplicación a nuestro caso las soluciones relativas a las condiciones resolutorias, con referencia a los actos de disposición, de administración, a la pérdida o deterioro de la cosa y a la propiedad de los frutos y aumentos (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, núms. 1092-1095).

1110/1592

1592. c) Certeza de que la condición no podrá cumplirse.— Desde el momento en que el donante ha fallecido antes que el donatario, la condición de la que depende la reversión se hace de cumplimiento imposible y el dominio queda definitivamente consolidado en la cabeza del donatario o de quien hubiera adquirido de él los bienes donados. Pero si el donatario fuere causante voluntario de la muerte del donante, la condición se reputa cumplida y los bienes revierten al patrimonio de los herederos del donante (ver nota 13), pues no sería concebible que alguien resultara beneficiado por su propio dolo; el homicidio simplemente culpable y no intencional, no perjudica al donatario.

1110/1593

1593. RENUNCIA DE LA REVERSIÓN.— Puesto que la reversión es un derecho de carácter patrimonial, nada impide que sea renunciado por el donante (art. 1845 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1845). La renuncia puede ser expresa o tácita. El propio Código atribuye el significado de una renuncia tácita a ciertos actos del donante: a) El consentimiento del donante a la venta de los bienes que forman la donación, significa renunciar al derecho de reversión, tanto respecto del donatario como del comprador (art. 1846 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1846, 1er. párr.). Dicho consentimiento no es en modo alguno necesario para que el donatario enajene los bienes; por tanto, si no obstante ser innecesario el donante lo da, tal actitud debe interpretarse como una renuncia tácita del derecho de reversión. b) El asentimiento del donante a la constitución de una hipoteca hecha por el donatario, importa

renuncia del derecho de reversión pero sólo en favor del acreedor hipotecario y no del donatario (art. 1846 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1846, 2do. párr.). En tal caso, el acreedor puede hacer ejecución del bien y el adquirente no podrá ser molestado en su dominio por la reversión (ver nota 14); pero producida ésta, el donante tiene derecho a reclamar de los herederos del donatario no sólo el saldo de precio (ver nota 15), sino todo el valor de la cosa donada que fue objeto de la ejecución.

1110/1594

1594.— Quien puede lo más, puede lo menos. Si el donante está facultado para renunciar a la reversión, también lo está para limitar los efectos de ésta, renunciando a su retroactividad (ver nota 16). En tal caso, la resolución del derecho no se operará retroactivamente sino sólo para el futuro. Por consiguiente, los actos de enajenación del donatario conservarán su validez, sin perjuicio de la obligación de los herederos del donatario de restituir el valor de la cosa enajenada; el donatario hará suyos no sólo los frutos, sino también los productos y los acrecimientos de la cosa.

(nota 1) En el sentido de que basta que la condición sea potestativa (aunque no fuere puramente potestativa) para invalidar la donación: BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 1346; AUBRY y RAU, § 705; DEMOLOMBE, t. 20, nº 550. En contra, sosteniendo que sólo las condiciones puramente potestativas anulan la donación: TORRENTE, La donazione, nº 211.

(nota 2) La comprensión de la reversión como una condición resolutoria no admite dudas en nuestro Derecho y en el francés. Véase art. 1842 (que habla de reversión condicional) y notas a los arts. 1841 y 1843; PLANIOL - RIPERT - BOULANGER, t. 3, nº 3589; BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 1493; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, núms. 1367 y sigs.

(nota 3) Ésta es la doctrina tradicional, seguida por la jurisprudencia y compartida por AUBRY y RAU, § 694 y por JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1372.

(nota 4) En este sentido: PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 454; BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 1508; TORRENTE, La donazione, nº 200.

(nota 5) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1677; MACHADO, t. 5, p. 111; LLERENA, t. 6, p. 87; PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 450; BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN,

Des donations, t. 1, núms. 1494 y sigs.

(nota 6) La fuente es el art. 951, Cód. Civil francés; coincidente es la solución del art. 791, Cód. Civil italiano.

(nota 7) De acuerdo: MACHADO, t. 5, p. 110; SEGOVIA, t. 1, nota 87 al art. 1843 de su numeración.

(nota 8) De acuerdo: MACHADO y SEGOVIA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 9) BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 1511; LAURENT, t. 12, núms. 464 y 465.

(nota 10) Es la doctrina que surge de los arts. 1842 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1842y 1847 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1847y nota al art. 1843 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1843. La opinión de los autores es unánime: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1684; MACHADO, t. 5, p. 117; LLERENA, t. 6, p. 85; PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, núms. 455 y sigs.; BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 1663; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, núms. 1373 y sigs.

(nota 11) PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 455.

(nota 12) PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, loc. cit. en nota anterior y jurisprudencia allí citada.

(nota 13) PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 456 y jurisprudencia allí citada.

(nota 14) MACHADO, t. 5, p. 120.

(nota 15) MACHADO, loc. cit. en nota anterior; este autor sostiene que la reversión sólo podrá ejercerse respecto del sobrante, opinión que juzgamos errónea, pues los herederos del donante deben todo el precio. De lo contrario, la renuncia favorecería también a los herederos del donatario (que aprovechan del valor del bien donado para satisfacer una

deuda del donatario que de otro modo tendrían que pagar con los otros bienes dejados por el causante), lo que contraría el texto legal expreso, según el cual el único beneficiario de la renuncia es el acreedor hipotecario.

(nota 16) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1687; PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 459.

§ 8.— Revocación de las donaciones

1110/1595

1595. CASOS EN QUE EL DONANTE PUEDE REVOCAR LA DONACIÓN.— En principio la donación es irrevocable por voluntad del donante; de lo contrario se cerniría una permanente incertidumbre sobre el derecho del donatario y sus sucesores. La ley sólo admite la revocación en estos supuestos: a) cuando el donatario ha incurrido en incumplimiento de las cargas impuestas en el acto de la donación; b) cuando ha incurrido en ingratitud hacia el donante; c) cuando después de la donación han nacido hijos al donante y esta causa de revocación se hubiera previsto en el contrato; d) cuando el adoptante ha hecho una donación en favor de su hijo adoptivo y luego la adopción es revocada a pedido de éste. De este último punto nos hemos ocupado en el Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. II, nº 807; de los restantes nos ocuparemos en los números siguientes.

Las donaciones onerosas (o con cargo) y las remuneratorias pueden ser revocadas pero sólo en la parte que constituyan una liberalidad (art. 1863 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1863).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013960 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013960

1110/13960

A.— REVOCACIÓN POR INEJECUCIÓN DE LOS CARGOS

1110/1596

1596. SOLUCIÓN LEGAL.— Si el donatario incurre en incumplimiento de los cargos impuestos por el donante, éste tiene derecho de revocar la donación (art. 1949 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1949). El incumplimiento no origina una pérdida ipso iure del derecho a los bienes donados; es preciso un acto de voluntad del donante. No interesa que el cargo haya sido impuesto en interés del donante o de un tercero; en cualquier caso la acción de revocación queda abierta (art. 1852

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1852). ¿Y si el cargo se hubiera impuesto en beneficio del propio donatario? Pensamos que, en principio, hay que considerar que se trata de un simple consejo, cuyo incumplimiento es irrelevante jurídicamente; pero si de los términos de la donación resulta que la intención del donante fue hacer de la obligación accesoria una verdadera condición, su incumplimiento da acción para ejercer el derecho de revocación. Así ocurriría si la donación expresa: "dono a mi sobrino tal propiedad para que con sus rentas pueda dedicarse exclusivamente a su carrera universitaria; dejando constancia de que si no se recibe de abogado en el plazo de seis años, revocaré la donación".

También es indiferente a los efectos del ejercicio del derecho de revocación, la naturaleza del cargo, que puede tener un contenido económico o extrapatrimonial (art. 1852 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1852).

1.— Acción de revocación

1110/1597

1597. QUIÉNES PUEDEN DEMANDAR LA REVOCACIÓN Y CONTRA QUIÉNES.— Según el art. 1852 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1852, el derecho de demandar la revocación de una donación por inejecución de las cargas impuestas al donatario, sólo corresponde al donante y sus herederos. En consecuencia, no puede ser ejercida por los acreedores por vía de la acción subrogatoria (ver nota 1), solución razonable porque la revocación se funda no sólo en el incumplimiento del donatario sino también en un acto de voluntad del donante, quien no está privado de mantener su liberalidad, no obstante el incumplimiento del beneficiario. Tampoco tiene la acción de revocación el tercero beneficiario del cargo; él, sólo tiene la de cumplimiento (véase nº 1576).

¿Qué ocurre si los herederos son varios y no se ponen de acuerdo en pedir la revocación? Hay que distinguir: si el cargo ha sido impuesto en beneficio del donante y sus herederos, y son divisible tanto los bienes donados como la prestación en que consiste el cargo, la revocación sólo tiene efectos con relación a la parte de los herederos que la demandaron; pero si el cargo es en beneficio de un tercero o los bienes o el cargo son indivisibles, cualquiera de los herederos puede pedir la revocación, que tendrá efectos por el todo (ver nota 2).

1110/1598

1598.— La acción sólo puede ser dirigida contra el donatario y sus herederos, mas no contra los beneficiarios del cargo incumplido o de otros cargos contenidos en la misma donación.

1110/1599

1599. CONDICIONES DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN.— Para que sea viable la acción de revocación deben reunirse las siguientes condiciones:

a) Incumplimiento del cargo. Ante todo, es menester que el donatario no haya cumplido el cargo. En principio, es indiferente la razón por la cual el cargo no se ha cumplido (art. 1850 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1850); al donante le basta con probar el incumplimiento. Pero no habrá lugar a revocación si el donatario demuestra que no ha cumplido con él por una razón de fuerza mayor, sobrevenida con anterioridad a la constitución en mora (art. 1850 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1850in fine); en cambio, la fuerza mayor ulterior a la constitución en mora no impide la revocación.

¿Qué ocurre si el incumplimiento ha sido sólo parcial? El principio es que el cumplimiento parcial no impide el ejercicio del derecho de revocación (ver nota 3); pero en esta materia es natural aplicar estos principios con alguna flexibilidad; los jueces deben apreciar las circunstancias del caso y decidir si la inejecución tiene tal gravedad como para dejar sin efecto la liberalidad (ver nota 4). Aplicando este criterio, ha decidido la Corte Suprema que el cumplimiento sólo parcial del cargo, no autoriza la revocación si por las circunstancias del caso no puede considerarse que haya llegado la oportunidad de que se le dé cumplimiento íntegro, como ocurre en el supuesto en que se dona un inmueble para la instalación de una escuela agrícola, que luego de funcionar precariamente, debió clausurarse por falta de alumnos (ver nota 5).

Inclusive algunos autores sostienen que los jueces están autorizados a reconocer un cumplimiento parcial cuando éste presta una utilidad seria a pronunciar sólo una revocación parcial de la donación (ver nota 6), solución que a nuestro entender excede las atribuciones del magistrado, que sólo está llamado a decidir si hay o no cumplimiento suficiente del cargo.

1110/1600

1600. b) Constitución en mora.— La acción de revocación por inejecución del cargo sólo puede intentarse después que el donatario ha quedado en mora (art. 1849 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1849). Son de aplicación al caso las reglas del art. 509 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_16.HTM&iid=AR_LA001 - Art_509(ver nota 7); por consiguiente, la interpelación no será necesaria si la obligación tiene plazo. Tampoco es necesaria cuando el cargo consiste en una obligación de no hacer; el donatario se encuentra en mora desde el momento en que realizó el acto que prometió no realizar (ver nota 8).

2.— Efectos de la revocación

1110/1601

1601. RESPECTO DE LAS PARTES.— La revocación por incumplimiento de los cargos obra como condición resolutoria; el dominio de los bienes donados queda revertido retroactivamente al patrimonio del donante (arts. 1855 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1855, 1856 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1856y 2670 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_59.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2670; véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, núms. 1092 y sigs.). Pero el donatario hace suyos los frutos (art. 557 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_17.HTM&iid=AR_LA001 - Art_557) hasta el momento en que quedó en mora (ver nota 9).

¿Puede reclamar daños y perjuicios el donante por el incumplimiento del cargo? La aplicación de los principios generales sobre incumplimiento de las obligaciones induciría a responder afirmativamente (ver nota 10); pero esta regla no juega en las donaciones, porque no se adecua a la naturaleza de los actos gratuitos esta acción de daños y perjuicios, dado el pensamiento de liberalidad que los inspira (ver nota 11). Desde el punto de vista del derecho positivo, esta solución es clara, pues si el donante puede liberarse de toda responsabilidad restituyendo la cosa donada (véase nº 1609), es obvio que con esta devolución, sea voluntaria o forzada, se pone término a toda reclamación posible del donante.

1110/1602

1602.— El donatario responde por la pérdida o deterioro de la cosa si se han originado en su culpa (arts. 579 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_18.HTM&iid=AR_LA001 - Art_579y 581 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_18.HTM&iid=AR_LA001 - Art_581) pero no cuando han sido causados por fuerza mayor (art. 556 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_17.HTM&iid=AR_LA001 - Art_556).

1110/1603

1603.— De igual modo, el donatario responde al donante por los daños que se le deriven de la enajenación de la cosa. Esta acción es indudable cuando el donante carece de acción contra el tercero, porque en tal hipótesis la cosa está perdida para él, siendo de aplicación estricta el art. 579 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_18.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_579. Pensamos que también puede accionar por daños y perjuicios contra el donatario que enajenó la cosa aunque tuviera expedita su acción contra el tercer adquirente: a) Desde el punto de vista del donatario, la cosa que ha salido de su patrimonio es como si estuviera perdida para él; no podrá quejarse por tanto, de que el donante lo demande, fundado en el art. 579 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_18.HTM&iid=AR_LA001 - Art_579. b) Desde el punto de vista del donante, puede ocurrir que se sienta inhabilitado moralmente para demandar al tercer adquirente o que le sea muy difícil y oneroso accionar contra él, sea por motivos de distancia o cualquier otro.

Claro está que el donante deberá optar por una u otra acción; recuperada la cosa por acción contra el adquirente, pierde su derecho a reclamar su valor al donatario; obtenida indemnización de éste, se extingue su acción de revocación contra el tercero.

1110/1604

1604. RESPECTO DE TERCEROS.— La revocación provoca la resolución retroactiva de los derechos adquiridos por terceros sobre los bienes inmuebles. Todas las enajenaciones, servidumbres, hipotecas, usufructos, uso y habitación constituidos sobre el bien por el donatario quedan sin efecto siempre que las cargas impuestas al donante se hayan expresado en el instrumento público por el cual se hizo la donación (art. 1855 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1855). En tal supuesto, los terceros adquirentes del derecho no tendrán motivo de queja, pues en el mismo título del dominio hay constancia del peligro que se cierne sobre la propiedad del donatario.

Pero si el derecho real de dominio o de servidumbre ha sido adquirido por prescripción por el tercero, no estará ya afectado por la revocación; en ese caso, el título de adquisición del derecho no es la transmisión consentida por el donatario sino la posesión ejercida por el tercero. En otras palabras: el derecho de éste es originario; no tiene antecedente en la donación y, por tanto, no corre la suerte de ésta. En tal supuesto no queda al donante sino una acción de daños y perjuicios contra el donatario que permitió que el tercero adquiriese su derecho de usucapión.

1110/1605

1605.— Si las cosas donadas son muebles, los terceros adquirentes de ellas de buena fe, no son alcanzados por la acción de revocación por imperio de lo dispuesto por el art. 2412 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_54.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2412. La revocación sólo tendrá lugar cuando el tercer adquirente conocía las cargas impuestas y sabía que no estaban cumplidas (art. 1856 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1856); sólo así será considerado de mala fe y excluido del beneficio del art. 2412 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_54.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2412. Adviértase que para ello no basta con que el tercero conociera la existencia de

cargas; es preciso también que supiera que no estaban cumplidas.

1110/1606

1606.— Los actos de administración del donatario deben ser respetados por el donante cuya acción de revocación ha prosperado (art. 2670 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_59.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2670).

1110/1607

1607.— Los terceros que se vieren afectados por una acción de revocación, pueden impedir sus efectos ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al donatario, a menos que estas cargas debiesen ser ejecutadas precisa y personalmente por éste (art. 1857 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1857). El problema de si la obligación tiene o no carácter personal es cuestión que debe ser decidida por los jueces según las circunstancias del caso. Pero la ley da una directiva importante: sólo cuando sea evidente que ella deba ser precisa y personalmente ejecutada por el donatario, puede desconocerse el derecho del tercero de cumplir los cargos. Toda duda debe interpretarse en favor de la posibilidad de que los cargos sean cumplidos por el tercero.

El tercero que cumpla los cargos por el donatario, podrá demandarlo por indemnización de daños, siempre que haya adquirido la cosa de él por un título oneroso; es una consecuencia de la obligación de garantía por sus hechos personales, que pesa sobre el vendedor. En cambio, si la ha adquirido por un título gratuito, carece de acción porque de todas maneras el acto lo ha beneficiado.

1110/1608

1608. RESPECTO DEL BENEFICIARIO DEL CARGO.— Puede ocurrir que el cargo cuyo incumplimiento ha dado origen a la revocación sea en beneficio de un tercero, cuya posición es la de subdonatario. Puede también ocurrir que una donación contenga varios cargos en favor de terceros; que el donatario haya cumplido varios de ellos pero no todos, por cuyo motivo la donación es revocada. ¿En qué situación quedan los beneficiarios de los cargos? ¿También su beneficio queda sin efecto como consecuencia de la revocación retroactiva de la donación? Tal solución sería contraria a la equidad y a la misma intención que motivó al donante al celebrar el acto. Estos beneficiarios ocupan la situación de un subdonatario; desde que ellos han aceptado el cargo, éste queda firme y pueden pedir su cumplimiento del donante que ha revocado la donación. Éste es el significado del art. 1851 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1851cuando dispone que la inejecución de las cargas no perjudica a los terceros beneficiarios de ellas (ver nota 12).

Para que el derecho del beneficiario sea definitivo, es indispensable que haya aceptado el cargo, porque hasta ese momento la liberalidad es revocable por la sola voluntad del donante (ver nota 13). La aceptación puede ser expresa o tácita; esta última surge del recibo total o parcial de la prestación en que consiste el cargo.

Hay que notar que en el caso de estipulación en favor de terceros (como es la donación con cargo) la ley no se satisface con la aceptación, sino que dispone que ella sea hecha saber al obligado (art. 504 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_16.HTM&iid=AR_LA001 - Art_504). Si por obligado se entendiera al donante, prácticamente la aceptación tácita carecería de significado jurídico, pues la recepción de la prestación por el beneficiario del cargo, generalmente no es notificada al donante. Pero es que una vez hecha efectiva la donación, el obligado de que habla el art. 504 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_16.HTM&iid=AR_LA001 - Art_504no es otro que el donatario. Y respecto de él, el recibo de la prestación equivale a notificarlo de la aceptación.

1110/1609

1609. LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD DEL DONATARIO.— El donatario sólo responde del cumplimiento de los cargos con la cosa donada y no está obligado personalmente con sus restantes bienes (art. 1854 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1854). En el espíritu de la donación está beneficiar al donatario; si más tarde resulta que sea por un cálculo erróneo de las ventajas ofrecidas, sea por un cambio de las circunstancias económicas, los gastos o perjuicios de cumplimiento del cargo son mayores que el valor de los bienes donados, sería injusto hacer pesar sobre el donatario una responsabilidad personal que afectara sus restantes bienes. De ahí que el donante no pueda exigirle su cumplimiento más allá del valor de la cosa donada; de ahí también que el donatario pueda sustraerse a la obligación de cumplir el cargo devolviendo la cosa al donante o abandonándola, si aquél se negare a recibirla (art. 1854 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1854). Por igual motivo, cuando la cosa ha perecido por caso fortuito, queda eximido el donatario de la obligación de cumplir los cargos (art. citado).

Sin embargo, nada se opone a que en el contrato de donación, el donatario se comprometa a cumplir íntegramente con los cargos aunque el valor de éstos excediera el de la cosa donada (nota al art. 1854 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1854). Juega en este caso el principio de la libertad de las convenciones, desde que no está comprometido ningún principio de orden público.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013970 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013970

1110/13970

B.— REVOCACIÓN POR INGRATITUD

1110/1610

1610. FUNDAMENTO.— El donatario tiene un deber de gratitud hacia el donante. En el plano moral, este deber se manifestará sobre todo por hechos positivos; en el del derecho, en cambio, el deber de gratitud se satisface con una conducta pasiva. Lo que se sanciona son los actos que revelan ingratitud. En un solo caso se exige un hecho positivo: la prestación de alimentos al donante que carece de medios de subsistencia.

Cuando el donatario ha faltado al deber de gratitud, la ley le permite al donante revocar la donación.

1110/1611

1611. DONACIONES QUE PUEDEN REVOCARSE POR INGRATITUD.— Cualquier donación puede ser revocada por ingratitud aun las remuneratorias y las hechas con cargo; pero en estos casos, sólo pueden ser revocadas en la parte que exceda el valor del cargo cumplido o del servicio prestado (art. 1863 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1863).

No son revocables las liberalidades que no tienen el carácter de donaciones (ver nota 14).

1110/1612

1612. CAUSALES QUE CONFIGURAN INGRATITUD.— No cualquier hecho permite al donante revocar la donación, por más que desde el punto de vista moral indique ingratitud. La ‘ley ha querido dar firmeza al acto de donación; se la puede dejar sin efecto sólo por causas graves, que el Código enumera taxativamente: a) atentado contra la vida del donante; b) injurias graves en su persona o en su honor; c) negativa a prestarle alimentos (art. 1858 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1858). El art. 1860 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1860agrega la causal de delitos graves contra los bienes del donante. No se admite ninguna otra causal. Sin embargo, hay que notar que la enumeración no es tan rígida ni limitativa como parece, pues las injurias graves son un concepto flexible que incluye cualquier atentado, con tal de que tenga la gravedad suficiente como para ser reputado injurioso.

Para que estos hechos den lugar a la revocación es preciso que sean moralmente imputables al donatario (art. 1861 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1861).

La simple minoridad no excusa la obligación de gratitud a menos que el menor carezca de discernimiento (art. 1861 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1861), es decir, que no haya cumplido aún los 10 años (art. 921 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_24.HTM&iid=AR_LA001 - Art_921).

1110/1613

1613. a) Atentado contra la vida del donante.— Para que la revocación pueda demandarse es innecesario que los hechos presenten los presupuestos exigidos en el derecho criminal para la tentativa de homicidio (art. 1859 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1859); por lo tanto, la justicia civil puede admitir una acción de revocación aunque la penal haya absuelto al donatario.

Si la tentativa de homicidio es causal suficiente de revocación, tanto más lo será el homicidio consumado. Los golpes o heridas que fueron hechos intencionalmente pero sin el propósito de matar (delito preterintencional) no caben dentro de esta causal pero sí en la de injurias graves (ver nota 15).

¿El duelo es causal de revocación? Si ha causado la muerte pensamos que hay lugar a la revocación, trátese del duelo regular o irregular (ver nota 16). Aun no habiendo provocado la muerte debe, en principio, considerarse que ha mediado tentativa de homicidio; pero en el duelo moderno, casi siempre sin consecuencias, no podría hacerse de este principio una regla absoluta sin evidente exageración. En nuestra opinión el juez debe considerar las circunstancias del caso, quién ha sido el ofensor, conducta seguida por el donatario, etcétera. Si éste se ha limitado a hacer lo indispensable para dejar a salvo su honor, creemos que no hay lugar a la revocación (ver nota 17). Pero debemos agregar que el duelo ha desaparecido de las costumbres modernas.

Según ya lo dijimos, el hecho debe ser moralmente imputable al donatario; por lo tanto, no autoriza la revocación el homicidio culposo, ni el hecho por un demente o un menor impúber, o por una persona que por causa accidental estuviere privada de su discernimiento, ni finalmente, el acto llevado a cabo en legítima defensa (ver nota 18).

1110/1614

1614. b) Injurias graves.— Las injurias deben ser graves; no cualquier ataque contra el donante, por insignificante que sea, da lugar a la revocación. La apreciación de la gravedad

queda librada al prudente criterio judicial. Tampoco en este caso la noción de injurias se vincula con el delito criminal del mismo nombre; este último es un agravio contra el honor de una persona, en tanto que las injurias que ahora consideramos pueden consistir en un ataque contra la persona o su libertad, o su honor o sus bienes (arts. 1858 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1858y 1860 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1860).

Por consiguiente, entran dentro de este concepto las lesiones inferidas al donante, el secuestro de su persona privándolo de su libertad, las calumnias e injurias propiamente dichas, la destrucción de los bienes del donante, el robo, etcétera. Pero si la injuria se explica por una razón de necesidad, no hay lugar a la revocación porque no es moralmente imputable al autor; tal ocurriría si los bienes del donante han sido destruidos para salvar la vida de un tercero o para impedir la destrucción de otro bienes más importantes sean del donante o de un tercero. Tampoco hay injurias si el agravio se explica como una reacción ante un ataque injustificado (ver nota 19). La antigua Cámara Civil de la Capital resolvió que no hay lugar a la revocación cuando el donatario, ante la denuncia por estafa de que lo hizo víctima injustificadamente el donante, dijo ante el tribunal que éste era un hombre que se embriaga todas las noches y es afecto a las drogas (ver nota 20).

La revocación de un mandato aunque sea intempestiva, no es injuria que permita revocar la donación (ver nota 21). Se justifica esta solución, porque no conviene admitir trabas al ejercicio del derecho de revocar el mandato, pues éste se funda en la confianza del mandante en el mandatario, y aquél no puede ser obligado a mantener la relación contractual cuando esa confianza ha desaparecido.

El delito contra un miembro de la familia del donante (homicidio, lesiones, privación de la libertad, calumnia, seducción de la esposa o hija, etc.) puede también configurar una injuria contra el donante a quien se hiere gravemente en sus afectos (ver nota 22).

¿La injuria a la memoria del donante es causal de revocación de la donación? Según la opinión predominante en la doctrina francesa, no lo es porque los herederos sólo pueden ejercer una acción que les ha sido transmitida mortis causa, es decir, cuando esa acción estaba ya en el patrimonio del donante en el momento del fallecimiento (ver nota 23). Esta opinión puede ser válida en el derecho francés —y aun allá está discutida (ver nota 24)— puesto que según el art. 957 Código Napoleón, la acción revocatoria no puede ejercerse por los herederos por derecho propio. Pero ese texto no ha sido reproducido en nuestro Código, que se limita a reconocer la acción al donante y sus herederos (art. 1864 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1864). Además, conduce a consecuencias inadmisibles; habría que negar también la acción en caso de homicidio del donante, puesto que ella nace en el momento de su muerte, y los herederos la ejercen por derecho propio y no por transmisión. Es una solución que repugna al buen sentido desde que la mera tentativa de homicidio da lugar a la revocación. Concluimos, pues, que la injuria a la memoria del donante es causal suficiente de revocación.

La Sala D de la Cámara Civil de la Capital resolvió un interesante caso. La concubina, que había recibido en donación de su concubino, el departamento que ambos habitaban, al cabo de algunos años le negó la entrada. El Tribunal juzgó que mediaba ingratitud e hizo lugar a la demanda por revocación intentada por el donante (ver nota 25). La solución dada al caso suscita serios reparos porque implica obligar a la mujer a continuar con una convivencia que, por motivos muy personales e íntimos, ahora rechaza, pues de lo contrario perdería su vivienda (ver nota 26).

1110/1615

1615. c) Negación de alimentos (ver nota 27).— También hay lugar a la revocación cuando el donatario rehúsa pasar alimentos al donante que los necesita para su subsistencia. Pero la obligación alimentaria del donante tiene carácter subsidiario; la revocación sólo es procedente cuando el donante careciere de parientes obligados a dárselos o cuando éstos no estuvieren en condiciones de hacerlo (art. 1862 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1862). Es una solución de justicia dudosa. Parece preferible acentuar el deber moral de gratitud del donatario, colocándolo en el primer rango en lo que atañe a obligación alimentaria, como lo hace el Código italiano (art. 437).

No habrá lugar a la revocación si el donatario ignoraba la necesidad del donante, porque no se le puede imputar ingratitud. Más aún, pensamos que no basta la omisión de alimentos aunque el donatario tenga conocimiento de la indigencia del donante mientras éste no los reclame; es necesario un pedido formal, sea judicial o extrajudicial.

También las donaciones remuneratorias pueden ser revocadas por este motivo en la parte en que han sido gratuitas (art. 1863 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1863).

1.— Acción de revocación

1110/1616

1616. QUIÉNES PUEDEN EJERCERLA.— La acción de revocación es personal; sólo puede ser ejercida por el donante y sus herederos (art. 1864 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1864). El perdón por el donante implica una renuncia tácita de la acción, que no podría luego ser intentada por él ni por sus herederos.

Dado el carácter personalísimo de la acción, no pueden intentarla los acreedores del donante por vía oblicua. SALVAT sostiene que la subrogatoria no puede ser ejercida por los acreedores del donante, pero en cambio sí podría serlo por los de los herederos porque respecto de éstos la revocación deja de tener un carácter personal para convertirse en una acción puramente patrimonial (ver nota 28). Es una opinión inadmisible, porque contraría el

texto expreso del art. 1864 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1864; además hay que considerar que también los herederos pueden perdonar y que los acreedores no tienen por que interferir en esa decisión (ver nota 29).

¿Puede ser cedida la acción? La cuestión está discutida. Algunos autores sostienen que nada se opone a su cesión (ver nota 30). Otros, que si bien la cesión es teóricamente posible, en la práctica no puede llevarse a cabo porque como la facultad de perdón es personalísima e irrenunciable, el cesionario se expone a no poder ejercer su acción (ver nota 31). A nuestro juicio, el art. 1864 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1864ha consagrado en forma inequívoca el carácter estrictamente personal de la acción; no parece razonable, además, admitir un divorcio entre la acción y la facultad de perdón, que dejaría al cesionario a merced de la buena o mala fe del cedente. En suma, pensamos que la acción no es cesible.

1110/1617

1617. CONTRA QUIÉN PUEDE DIRIGIRSE.— La acción de revocación sólo puede intentarse contra el donatario y no contra sus herederos o sucesores; pero intentada contra el primero, puede seguirse a su fallecimiento contra los herederos (art. 1865 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1865). La primera parte de esta disposición se justifica porque la revocación tiene el carácter de una sanción; no sería razonable que el agraviado, luego de permanecer indiferente ante la conducta del propio culpable, dejándolo gozar de los bienes donados, dirigiera su acción de revocación contra los herederos inocentes. Pero si ya en vida del donatario el donante reveló su propósito de hacer valer sus derechos, no es justo que su acción se vea detenida por el fallecimiento de aquél.

1110/15270

1617 bis. PRESCRIPCIÓN.— La acción por revocación prescribe al año desde que se produjo el hecho que da nacimiento a la acción o desde que él llegó al conocimiento del donante o sus herederos (art. 4034 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_87.HTM&iid=AR_LA001 - Art_4034). Esta disposición alude sólo al caso de injuria hecha al donante; pero es obvio que ella se aplica a toda revocación por causa de ingratitud, trátese de injuria propiamente dicha, de atentado contra su vida o de negación de alimentos (ver nota 32). Se explica el término breve, porque si después de conocer la ofensa, el donante deja transcurrir más de un año sin intentar la acción, debe presumirse que ha perdonado. Este plazo es universal en la legislación comparada (Cód. Civil francés, art. 957; italiano, art. 802; alemán, art. 532; español, art. 652; brasileño, art. 1184; suizo, art. 251; mexicano, art. 2372; venezolano, art. 1461). El Código peruano fija un plazo de seis meses (art. 1639).

1110/15280

1617 ter. RENUNCIA ANTICIPADA A LA ACCIÓN Y PERDÓN.— Aunque ninguna disposición lo establece, la renuncia hecha anticipadamente por el deudor de la acción por revocación por causa de ingratitud, debe considerarse nula, porque afecta la moral y las buenas costumbres, al autorizar al donatario a ser ingrato. Es la solución de los Códigos que han tratado el punto (Cód. Civil alemán, art. 533; español, art. 652; brasileño, art. 1182; mexicano, art. 2372). En cambio, nada se opone al perdón ulterior a la ofensa, que puede asumir la forma de una renuncia o simplemente en dejar pasar el tiempo de la prescripción sin demandar la revocación.

2.— Efectos de la revocación

1110/1618

1618. ENTRE LAS PARTES.— Entre las partes, la revocación obra como condición resolutoria con efectos retroactivos (art. 1867 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1867). Es de aplicación lo que dijéramos en el número 1601 sobre revocación por inejecución de los cargos.

1110/1619

1619. RESPECTO DE TERCEROS.— Aquí hay una diferencia notoria con respecto a la revocación por inejecución de los cargos. Mientras ésta obra retroactivamente como condición resolutoria, dejando sin efecto los derechos que los terceros hubieran adquirido sobre los bienes donados (véase nº 1604), en nuestro caso la revocación carece de efectos retroactivos (art. 1866 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1866). Los derechos adquiridos por terceros quedan firmes. La diferencia de tratamiento de ambos casos se explica porque en la donación con cargo, en el mismo título de la donación queda constancia del peligro de revocación que se cierne sobre la transmisión de los bienes; el comprador prudente, por tanto, deberá asegurarse de que el cargo se ha cumplido para evitar la revocación. En nuestro caso, en cambio, el tercero adquirente no tiene forma de asegurarse contra una eventual revocación. Si la revocación tuviera efectos retroactivos, se cerniría un permanente peligro sobre el derecho a los bienes donados, creando así una inseguridad inconveniente desde el punto de vista económico social.

Pero si el derecho hubiera sido adquirido con posterioridad a la notificación al tercero de la demanda de revocación, la sentencia que hace lugar a ella deja sin efecto el derecho adquirido por el tercero sobre la cosa (art. 1866 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1866in fine) pues sería evidente su mala fe. Ordinariamente la notificación a los terceros se hará efectiva mediante la anotación de la litis en el Registro de la Propiedad.

1110/1620

1620. RESPECTO DE LOS BENEFICIARIOS DE CARGOS.— Son aplicables al caso las soluciones estudiadas en el número 1608 respecto de la revocación por inejecución de los cargos.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013980 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111013980

1110/13980

C.— REVOCACIÓN POR SUPERNACENCIA DE HIJOS

1110/1621

1621. SOLUCIÓN LEGAL.— En nuestro Derecho la supernacencia de hijos posterior a la donación no causa la revocación a menos que se hubiera estipulado expresamente esa condición (art. 1868 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1868). VÉLEZ justifica esa solución diciendo que "si las donaciones pudiesen 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" (nota al art. 1868 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1868). El argumento no convence; el que tiene hijos puede hacer donaciones (dentro de los límites de la porción disponible) pero las hace conscientemente, sabiendo que los tiene. En cambio, el que hace una donación antes de tener hijos puede haberla hecho pensando que no los tendría. El nacimiento subsiguiente viene a alterar los presupuestos psicológicos del acto. Mejor justificación tiene la solución del Código en la consideración de que la posible supernacencia de hijos crea una inconveniente incertidumbre sobre los derechos de los donatarios (ver nota 33).

1110/1622

1622. EFECTOS; REMISIÓN.— La cláusula según la cual la donación queda revocada por el nacimiento sobreviniente de un hijo tiene el carácter de una condición resolutoria (art. 1868 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1868). Se aplican por tanto las reglas que hemos estudiado en otro lugar (nº 1601 y Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, núms. 1090 y sigs.).

En cuanto a los frutos, ellos pertenecerán al donatario hasta el día en que se le haya notificado el nacimiento, porque hasta ese momento es poseedor de buena fe (ver nota 34).

1110/1623

1623. HASTA CUÁNDO SE PUEDE EJERCER LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN CUANDO LA CONDICIÓN SE HA CUMPLIDO.— Supongamos que se ha cumplido la condición resolutoria contractual del nacimiento de un hijo. El cumplimiento opera sus efectos ipso iure, aunque los interesados lo ignoren (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 1081 bis) de modo que el donante no tiene que ejercer una acción por revocación del dominio, sino por restitución de los bienes que ha recuperado por el solo acontecimiento. Esa acción sólo puede ser paralizada si el donatario adquiere por usucapión el inmueble, para lo cual es necesario que transcurran veinte años, pues aunque el donatario fuera de buena fe, habría quedado privado de título por el hecho del nacimiento (ver nota 35).

En el derecho francés cada nuevo nacimiento interrumpe la prescripción del donatario (art. 966) solución que tiende a proteger la descendencia del donante.

(nota 1) C.S.N., 16/3/1920, J.A., t. 4, p. 90; MACHADO, t. 5, p. 128; LLERENA, t. 6, p. 102; SEGOVIA, t. 1, nota 106 al art. 1854 de su numeración; LAFAILLE, t. 3, nº 88; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Acción subrogatoria, nº 754; ACUÑA ANZORENA, nota en J.A., t. 57, p. 700, nº 15. En aislada disidencia, opina SALVAT, siguiendo a la doctrina francesa (que no cuenta con un texto como nuestro art. 1852 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1852) que la acción puede ser ejercida por los acreedores (Contratos, t. 3, nº 1694).

(nota 2) COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1684.

(nota 3) ACUÑA ANZORENA, nota en J.A., t. 57, p. 700, nº 10; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1609; PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 489.

(nota 4) Autores y loc. cit. en nota anterior.

(nota 5) C.S.N., 16/3/1920, J.A., t. 4, p. 90.

(nota 6) ACUÑA ANZORENA, nota en J.A., t. 57, p. 700, nº 10; PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 489; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1609.

(nota 7) ACUÑA ANZORENA, nota en J.A., t. 57, p. 700, nº 14; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1608; MACHADO, t. 5, p. 124.

(nota 8) Sup. Corte Buenos Aires, 8/7/1941, Acuerdos y Sentencias, serie 17, t. 9, p. 183.

(nota 9) ACUÑA ANZORENA, nota en J.A., t. 57, p. 700, nº 17; MACHADO, t. 5, p. 136; LLERENA, t. 6, p. 105; BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 1581; PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 498; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1621.

(nota 10) Así lo han sostenido algunos autores: LLERENA, t. 6, p. 105; PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 499.

(nota 11) En este sentido: ACUÑA ANZORENA, nota en J.A., t. 57, p. 700, nº 17; MACHADO, t. 5, p. 135; LAFAILLE, Contratos, t. 3, nº 89; COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1688.

(nota 12) En este sentido: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1697; DEMOLOMBE, t. 20, nº 613.

(nota 13) Autores y loc. cit. en nota anterior.

(nota 14) C. Civil 1ª Cap., 12/11/1919, J.A., t. 3, p. 1005.

(nota 15) PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 503.

(nota 16) En este sentido, véase lo que decimos en Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. I, nº 85, y autores citados en nota 189.

(nota 17) Compárese MACHADO, t. 5, p. 139, cuya opinión es aproximadamente concordante.

(nota 18) PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, loc. cit. en nota anterior; BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 1600; HUC, t. 6, nº 243.

(nota 19) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1713 c).

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 29/8/1938, L.L., t. 12, p. 233.

(nota 21) C. Civil Cap., Sala F, 25/10/1966, J.A., 1967-II, p. 114.

(nota 22) MACHADO, t. 5, p. 141; PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 504; DEMOLOMBE, t. 20, nº 634.

(nota 23) PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 505; BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 1606; AUBRY y RAU, § 708; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1629, HUC, t. 6, nº 242.

(nota 24) Véase en contra de la opinión dominante: COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1691, c). También POTHIER sostenía que este hecho era un motivo de revocación (Des donations, núms. 196 y sigs.).

(nota 25) C. Civil Cap., Sala D, 17/6/1966, J.A., 1966-IV, p. 353; L.L., t. 123, p. 462, con nota de SPOTA.

(nota 26) SPOTA, op. cit. en nota anterior.

(nota 27) Véase YÁÑEZ ÁLVAREZ, La obligación alimentaria del donatario, L.L., t. 10, p. 851.

(nota 28) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1721; BAUDRY - LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 1631; DEMOLOMBE, t. 20, nº 693.

(nota 29) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1721, nota 189; PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 511; AUBRY y RAU, § 708.

(nota 30) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1721; AUBRY y RAU, § 708.

(nota 31) En este sentido: PLANIOL - RIPERT - TRASBOT, t. 5, nº 511.

(nota 32) De acuerdo: SEGOVIA, t. 2, nota al art. 4034 de su numeración; MACHADO, t. 5, p. 323 (quien empero omite hacer referencia expresa del supuesto de negación de alimentos).

(nota 33) El problema ha dado lugar a soluciones diversas en la legislación comparada. En algunos Códigos, la revocación se produce de pleno derecho (Cód. francés, art. 960; español, art. 644, inc. 1º; portugués, art. 1483); en otros, a pedido del donante (Cód. italiano, art. 803; venezolano, art. 1439; peruano, art. 1477; mexicano, art. 2359); otros siguen la solución de nuestro Código (chileno, art. 1424; colombiano, art. 1481; uruguayo, art. 1695); otros finalmente, guardan silencio sobre el punto (Cód. alemán; suizo), por lo que debe entenderse que aceptan la misma solución de nuestro Código desde que nada se opone a supeditar una donación a la condición resolutoria de un hecho casual, es decir, no dependiente de la voluntad del donante.

(nota 34) COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1703.

(nota 35) COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1704.

MANDATO

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014000
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014000

1110/14000

CAPÍTULO XXVII - MANDATO (ver nota 1)

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014010
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014010

1110/14010

§ 1.— Nociones generales

1110/1624

1624. CONCEPTO.— El art. 1869 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_1869dice que el mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza. De acuerdo con esta definición, los elementos esenciales del mandato son los siguientes:

a) En primer lugar, es necesario que haya representación del mandante por el mandatario. La idea de que el mandato implica necesariamente representación, ha sido vivamente atacada por la doctrina moderna, que ha puesto en claro la distición entre ambos conceptos. Puede haber representación sin mandato (representantes legales de los incapaces, curador a los bienes, administrador judicial de una herencia, de un fondo de comercio, etc.) y un mandato sin representación (mandato oculto); porque el mandato es simplemente un encargo de realizar ciertos actos jurídicos por cuenta del mandante y aunque normalmente esta actuación está acompañada de representación, puede ocurrir que no sea así (ver nota 2). Aunque todo esto es exacto, quizás haya alguna exageración en la insistencia con que hoy se destaca la diferencia entre representación y mandato. El mandato es casi siempre representativo y aun en los casos en que no lo es, la gestión que realiza el mandatario debe ser de una índole tal que pueda ser objeto de representación (ver nota 3). Lo que pone de relieve que la idea de la representación está siempre presente en el mandato, sea ostensible u oculto. Por lo demás, desde el momento en que el tercero toma conocimiento de que quien contrató con él ejercía ocultamente el mandato de otra persona, puede dirigirse contra ésta demandándole el cumplimiento del contrato, con lo que se admite que también en este caso hay representación, bien que ésta no pueda hacerse valer contra el tercero que ignoraba la existencia del mandato (ver nota 4) (véase nº 1754).

Hay que notar, además, que el mandato y la representación no convencional están regidos por una serie de principios comunes, surgidos no sólo de la idea de la representación (casi siempre presente en el mandato), sino también de que en ambos media una gestión de negocios ajenos; el gestor siempre está obligado a manejar fiel y escrupulosamente el patrimonio que le ha sido confiado, su conducta ha de ser diligente, debe rendir cuentas (ver nota 5). El régimen del mandato, por tanto, ha de ser aplicado supletoriamente a la representación no convencional y a la gestión de negocios propiamente dicha (arts. 1870 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1870y 2288 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2288).

b) En segundo lugar, es menester que el mandato tenga por objeto la realización de un acto jurídico o de una serie de actos de esa naturaleza. No era éste el concepto del mandato en el derecho romano, en el cual podía tener por objeto la realización de actos materiales; algunas legislaciones siguen hoy el criterio románico y admiten que el mandato puede dirigirse a la realización de servicios o actos materiales no propiamente jurídicos (Cód. Civ. francés, art. 1984; español, art. 1709; suizo, art. 1684; alemán, art. 622 (ver nota 6); paraguayo, art. 880; venezolano, art. 1684). Es, nos parece, una solución desacertada, que introduce confusión en el concepto de mandato y que sigue una tradición romanística después de haber desaparecido los presupuestos en que aquélla se fundaba. En el derecho romano el carácter esencial del mandato era su gratuidad. El cumplimiento de sus obligaciones por el mandatario era un deber fundado en la amistad (amicitia), por lo que la

ley negaba recompensa a quien ejecutaba un servicio para un amigo (ver nota 7). Todo servicio gratuito —fuera la realización de un acto jurídico o la prestación de un servicio material— era mandato; el servicio oneroso era, en cambio, el objeto de la locación de servicios. En nuestros días, por el contrario, el mandato se remunera; y si se lo quiere distinguir claramente de la locación de servicios, habrá que limitar la gestión del mandato a la celebración de los actos jurídicos y la del trabajador a la de actos materiales (ver nota 8). Se justifica por tanto la disposición del art. 1869 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1869, con cuyo concepto restrictivo coinciden el Código italiano, art. 1703, el mexicano, art. 1546 y el peruano, art. 1790.

Pero el mandato no pierde su naturaleza de tal por la circunstancia de que el mandatario se obligue a ciertas prestaciones que no son propiamente actos jurídicos, en tanto estas prestaciones sean accesorias y subordinadas a la principal, que es el acto o los actos jurídicos (ver nota 9).

1110/1625

1625. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.— En el derecho romano el mandato era un contrato en virtud del cual una persona se comprometía a realizar gratuitamente una cosa en favor de otra. El carácter esencial del contrato, ya lo hemos dicho, era su gratuidad; desde el momento en que había un salario estipulado, dejaba de ser mandato. El mandatario sólo tenía derecho a que se le reembolsaran los gastos que se habían realizado.

En el derecho romano primitivo no se conocía la idea de la representación. La persona que actuaba para otra adquiría para sí los derechos y luego los transfería al mandante. Este procedimiento no sólo era largo y complicado, pues exigía dos operaciones sucesivas, sino que suponía el peligro de que la persona que actuaba en beneficio de la otra cayera en insolvencia en el intervalo que corría entre la celebración de los dos actos, con lo cual el mandante quedaba privado de sus derechos. Se ideó entonces el expediente de las acciones útiles. La segunda operación se consideraba subentendida en el acto y sin necesidad de que aquélla se llevara a cabo efectivamente, el interesado tenía las acciones útiles fundadas en la equidad, que le permitían obtener de la contraparte el cumplimiento de sus obligaciones. De ahí a la idea de representación no hay sino un paso (ver nota 10).

1110/1626

1626.— El origen de la palabra mandato está discutido. Para algunos manum dare significa dar poder, confiar algo, dar un encargo (ver nota 11); para otros, estas palabras aludían al apretón de manos que antiguamente el mandatario daba al mandante en testimonio de la fidelidad que prometía (ver nota 12); para otros, finalmente, el mandatum fue así llamado por la reminiscencia de un antiguo rito manual, ya que se consideraba que el mandante quedaba en parte sometido a la manus del mandatario (ver nota 13).

1110/1627

1627. CARACTERES. El contrato de mandato tiene los siguientes caracteres:

a) Es un contrato que no lleva un fin en sí mismo, sino que se celebra como medio para la realización de otro acto o contrato.

b) Puede ser oneroso o gratuito (véase nº siguiente). En este último caso, el contrato será unilateral porque de él surgirán obligaciones sólo para el mandatario. Es verdad que luego de realizado por el mandatario el acto que fue objeto del contrato, también surgirán obligaciones para el mandante, tanto respecto del tercero como del mandatario; pero en este caso las obligaciones nacen de la realización del acto objeto del mandato y no del contrato de mandato mismo.

c) Normalmente es consensual; a veces empero, debe ser otorgado en escritura pública (véase nº 1634).

1110/1628

1628. ONEROSIDAD Y GRATUIDAD.— Hemos dicho en el número anterior que el mandato puede ser oneroso o gratuito. Así lo dispone el art. 1871 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1871. No era ésa la regla del derecho romano en que el mandato era siempre esencialmente gratuito porque las obligaciones que asumía el mandatario aparecían impuestas por un deber de amistad y no daban acción para reclamar remuneración alguna. Esta manera de concebir al mandato ha desaparecido casi totalmente del derecho moderno. La mantiene el Código alemán (art. 662), por cuyo motivo este contrato desempeña un modesto papel en aquel país; en los restantes se admite como en el nuestro la remuneración del mandatario.

Con todo, nuestro Código presume la gratuidad del mandato siempre que no se hubiere convenido otra cosa (art. 1871 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1871). Es una solución errónea, porque en la realidad de la vida y de las costumbres modernas el mandato es generalmente oneroso; el principio, en caso de silencio del contrato, debería ser la onerosidad (ver nota 14). Ello explica que la jurisprudencia admita con gran liberalidad la prueba del carácter oneroso del contrato; así, se ha declarado que basta para ello la presunción derivada de la amplitud de las tareas encomendadas y el valor de los bienes administrados (ver nota 15).

En algunos casos el propio Código presume la onerosidad; tal ocurre si el mandato consiste en atribuciones o funciones conferidas por la ley al mandatario (hipótesis en que no hay propiamente mandato sino representación legal: actos realizados a nombre de los incapaces por sus padres, tutores o curadores, síndicos de concursos o quiebras, etc.) o cuando consiste en trabajos propios de la profesión lucrativa del mandatario o de su modo de vivir (art. 1871

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1871); tal es el caso de los procuradores, comisionistas, etcétera.

1110/1629

1629. DISTINCIÓN CON OTROS CONTRATOS O ACTOS JURÍDICOS; REMISIÓN.— Hemos tratado en otro lugar la distinción del mandato con el contrato de trabajo (nº 983) y la locación de obra (nº 1064), así como el problema de la naturaleza jurídica de las profesiones liberales (nº 1028).

Muy estrecha es la relación entre el mandato y la gestión de negocios. En ambas situaciones jurídicas hay una persona que realiza una gestión de negocios ajenos, sólo que en un caso hay encargo y en el otro no. Esta semejanza radical explica que al gestor se le apliquen las reglas relativas al mandatario (art. 2288 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2288); pero la identidad de soluciones legales no es total. Más adelante tratamos con prolijidad las diferencias entre ambas instituciones (nº 1823).

1110/1630

1630. REPRESENTACIONES A LAS QUE SE APLICAN LAS REGLAS DEL MANDATO.— Según lo dispone el art. 1870 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1870las reglas del mandato son aplicables:

a) A las representaciones necesarias, y a las representaciones de los que por su oficio público deben representar determinadas clases de personas, o determinadas clases de bienes, en todo lo que no se oponga a las leyes especiales sobre ellas (inc. 1º).

Esta norma comprende varios supuestos: 1) Representaciones necesarias: tales son los representantes legales de los menores e incapaces. 2) Representaciones de los que por su oficio público deben representar a ciertas personas: tal como los Asesores de Menores, el Consejo Nacional de Protección del Menor. 3) Representaciones de determinados bienes: tal como el curador de los bienes del ausente, síndicos de concursos o quiebras, etcétera.

b) A las representaciones de las corporaciones y de los establecimientos de utilidad pública (inc. 2º). Remitimos sobre el punto al Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, núms. 697 y siguientes.

c) A las representaciones por administraciones o liquidaciones de sociedades, en los casos en que así se determine en este Código y en el Código de Comercio (inc. 3º).

d) A las representaciones por personas dependientes, como los hijos de familia en relación a sus padres, el sirviente en relación a su patrón, el aprendiz en relación al maestro, el militar en relación a su superior, las cuales serán juzgadas por las disposiciones de este Título,

cuando no supusiesen necesariamente un contrato entre el representante y el representado (inc. 4º).

e) A las representaciones por gestores oficiosos (inc. 5º). Es la gestión de negocios ajenos, de la cual nos ocuparemos más adelante (núms. 1802 y sigs.).

f) A las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan a las disposiciones del Código de Procedimientos (inc. 6º).

g) A las representaciones por albaceas testamentarios o dativos (inc. 7º).

De más está decir que la aplicación de las reglas del mandato en todos estos casos debe entenderse en lo que no se opongan a las normas particulares de cada institución.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SALVAT, t. 3, núms. 1735 y sigs.; MACHADO, t. 5, ps. 151 y sigs.; LLERENA, t. 6, ps. 120 y sigs.; BAUDRY - LACANTINERIE y WAHL, Du mandat; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, núms. 1427 y sigs.; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, núms. 1396 y sigs.; GUILLOUARD, Du mandat; COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 1343; MADRAZ, Essai d'une théorie générale de la représentation, París, 1931; FLALLET, Les contrats pour le compte dáutri, París, 1950; POPESCO-RAMNICEANO, De la représentation dans les actes juridiques, París, 1927; MINERVINI, El mandato, trad. esp., Barcelona, 1959; MESSINEO, t. 6, § 155; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, ps. 354 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, ps. 479 y sigs.; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, ps. 321 y sigs.; LARENZ, Obligaciones, t. 2, ps. 341 y sigs.; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 157 y sigs.; HUPKA, La representación voluntaria en los actos jurídicos, trad. esp., Madrid, 1930.

(nota 2) Éste es un concepto repetido hoy por todos los autores modernos: BIBILONI, nota al título del mandato, de su Anteproyecto; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1737, nota al nº 1737, a); LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 341; HUPKA, La representación voluntaria en los actos jurídicos, ps. 9 y sigs.; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, nº 322; etc.

(nota 3) Así lo ponen de relieve PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 356 y PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, nº 326, quien cita la opinión concordante de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, según los cuales habrá mandato cuando una persona realiza por cuenta propia o encargo de otra una gestión de tal naturaleza que sea susceptible de llevar aparejada una función de representación, aunque pueda realizarse obrando o no a nombre del comitente. En un orden de ideas concordante, véase JOSSERAND, t. 2, vol. 2, nº 1399.

(nota 4) Si se piensa que el mandatario no puede exigir para sí que el mandante cumpla con el contrato que le encomendó (y que él suscribió con un tercero) se advertirá que muy

difícilmente la acción del tercero puede calificarse de subrogatoria (véase nº 1754).

(nota 5) LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 341.

(nota 6) El Código alemán (lo mismo que el venezolano) habla de negocios, pero la jurisprudencia y doctrina han entendido que se refiere también a servicios o actos no propiamente jurídicos (LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 343 y autores citados en nota 2).

(nota 7) SCHULTZ (cit. por PUIG BRUTAU, t. 2, p. 357) destaca la diferencia entre la amicitia romana y la amistad moderna. La primera daba lugar a deberes serios y sustanciales: lo que los amigos romanos pedían unos de otros bastaría para que los amigos modernos rompieran la amistad sin demora. En la Roma republicana era considerado como un officium propio de cada cual sostener a un amigo hasta el límite de lo posible. En esta realidad social se apoyaba la técnica que negaba recompensa a quien ejecutaba un servicio para un amigo y que consideraba a éste verdaderamente obligado por lo prometido.

(nota 8) En sentido concordante, PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 358, nota 10.

(nota 9) MINERVINI, El mandato, nº 17.

(nota 10) Sobre esta evolución histórica, véase MAYNZ, Droit romain, t. 2, ps. 305 y sigs.; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, La representación voluntaria en el negocio jurídico, en Estudios de derecho privado, de ROCA SASTRE, t. 1, ps. 113 y sigs.; ARANGIO RUIZ, Instituciones de derecho romano, ps. 106 y sigs. y 391 y sigs.

(nota 11) MAYNZ, Droit romain, t. 2, § 305.

(nota 12) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 361.

(nota 13) KRELLER, cit. por PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 354, nota 2.

(nota 14) De acuerdo: MACHADO, t. 5, p. 156; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1743, nota 19 b); es también la solución del Código mexicano, art. 2549.

(nota 15) C. Civil 1ª Cap., 24/2/1932, J.A., t. 37, p. 687; en sentido concordante, C. Civil 1ª Cap., 21/2/1941, L.L., t. 21, p. 734.

§ 2.— Formación del contrato

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014030 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014030

1110/14030

A.— EL CONSENTIMIENTO

1110/1631

1631. MOMENTO EN QUE SE FORMA EL CONTRATO; EL ACTO DE APODERAMIENTO Y LA ACEPTACIÓN COMO ACTOS UNILATERALES.— En lo que atañe al mandato, no existen problemas peculiares sobre el consentimiento. Pero hay que advertir que en este caso, no hay por lo general una única declaración de voluntad común como normalmente ocurre en los contratos, sino que hay dos actos unilaterales, que generalmente no coinciden en el tiempo: el primero, el acto de apoderamiento, por el cual una persona otorga a otra el poder de obrar en nombre de ella; el segundo, la aceptación (ver nota 1). Se trata de una oferta de contrato aceptada por la otra parte. De ahí que el Código haya regulado por separado las formas del otorgamiento y la aceptación del poder.

Por consiguiente, si el mandante fallece antes de que el mandatario haya aceptado, no podrá éste hacerlo (ver nota 2) (art. 1149 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_29.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1149).

(nota 1) En este sentido: MINERVINI, El mandato, nº 9; HUPKA, La representación voluntaria en los negocios jurídicos, ps. 86 y sigs.

(nota 2) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1765; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 496.

B.— FORMA Y PRUEBA

1110/1632

1632. OTORGAMIENTO DEL MANDATO; FORMA.— En principio, el otorgamiento del

mandato no requiere formalidades; puede ser expreso o tácito, escrito o verbal (art. 1873 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1873). No hay tampoco inconveniente en que se otorgue un mandato en blanco, es decir, bajo la forma de un documento suscrito en blanco por el mandante, quedando ambas partes en la situación de quienes otorgan y reciben un documento firmado en tales condiciones: obligación del mandatario de llenarlo de acuerdo con las instrucciones recibidas, limitaciones al derecho del mandante de impugnar el contenido que no se ajuste a sus instrucciones de conformidad con las reglas de los arts. 1017 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_27.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1017y siguientes, etcétera (ver nota 1). (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, núms. 949 y sigs.).

El mandato escrito no requiere doble ejemplar porque el acto de apoderamiento es unilateral (ver nota 2).

1110/1633

1633. MANDATO TÁCITO.— Según lo hemos dicho, el otorgamiento del mandato puede ser inclusive tácito. Éste resultará no sólo de hechos positivos que demuestren inequívocamente la voluntad de otorgarlo (ver nota 3), sino también de la inacción o silencio del mandante y de que no impida, pudiendo hacerlo, los actos que sabe que otro está haciendo en su nombre (art. 1874 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1874).

Se ha declarado que importa mandato tácito el hecho de que el vendedor de mercaderías admitiera comúnmente que los pagos de las mercaderías se hicieran al corredor (ver nota 4); el silencio guardado ante la actividad de una persona que administraba con conocimiento del administrado los bienes de ése (ver nota 5); el silencio guardado ante las diligencias hechas por un martillero para vender la propiedad, no obstante tener conocimiento de dichas gestiones (ver nota 6); el permitir, a quien vendió un lote, utilizar las oficinas dedicadas a la venta, en las que tenía acceso a los armarios y a la documentación, y usaba papeles, sellos y membretes (ver nota 7); si el escribano interviniente en la constitución de una hipoteca acostumbraba recibir el pago de los intereses con consentimiento del acreedor, debe reputarse que tenía de éste mandato tácito para percibir el capital (ver nota 8). La aceptación y pago por el concubino de las deudas contraídas por la concubina para el consumo del hogar, importan un mandato tácito a favor de esta que lo obliga por las compras posteriores realizadas por ella (ver nota 9).

1110/1634

1634. CASOS EN QUE SE EXIGE ESCRITURA PÚBLICA.— Por excepción, la ley exige que ciertos mandatos sean otorgados en escritura pública; tales son los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio (ver nota 10) y los poderes para administrar bienes o que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en

escritura pública (art. 1184 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_30.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1184, inc. 7º).

La importancia de los intereses comprometidos en estos casos hace prudente exigir la formalidad de la escritura pública, que permite conocer fehacientemente el alcance de los poderes otorgados. Sin embargo, la exigencia ha resultado en la práctica demasiado pesada y la jurisprudencia se ha encargado de desvirtuarla en buena medida. Así, por ejemplo, de acuerdo con el art. 1184 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_30.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1184, inc. 7º, el mandato para comprar o vender inmuebles debe ser otorgado por escritura pública; pero los tribunales han distinguido entre la escritura traslativa de dominio, para firmar la cual se requiere poder otorgado en esa forma y el boleto de compraventa para el cual basta una autorización privada (ver nota 11); y como quien compró por instrumento privado puede exigir la escrituración, incluso compulsivamente, en la práctica el mandato otorgado en instrumento privado para comprar o vender inmuebles produce plenos efectos jurídicos. También se ha declarado suficiente el mandato consistente en la pasividad del dueño ante la administración de sus bienes por un tercero (ver nota 12), lo que también contraría el art. 1184 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_30.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1184, inc. 7º.

1110/1635

1635. FORMA DE LA ACEPTACIÓN.— La aceptación del mandato puede ser escrita o verbal, expresa o tácita (art. 1875 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1875); se aplican, pues, las mismas reglas relativas al otorgamiento (art. 1875 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1875, 2º párr.).

La aceptación tácita resultará de cualquier acto hecho por el mandatario en ejecución del mandato (art. 1876 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1876); se la presume también si el mandante entregó su poder al mandatario y éste lo recibe sin protesta alguna (art. 1877 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1877); se trata de una presunción legal que admite prueba en contrario (ver nota 13).

1110/1636

1636.— Entre ausentes, dice el art. 1878 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1878, la aceptación del mandato no resultará del silencio del mandatario, sino en los

casos siguientes: 1) Si el mandante remite su procuración (debe entenderse el instrumento en que se otorgó el mandato) al mandatario y éste la recibe sin protesta alguna. 2) Si el mandante le confirió por cartas un mandato relativo a negocios que por su oficio, profesión o modo de vivir acostumbraba recibir y no dio respuesta a las cartas.

1110/1637

1637. PRUEBA DEL MANDATO.— El problema debe ser analizado con relación a las partes y respecto de terceros.

Entre mandante y mandatario la prueba del contrato se encuentra regida por la regla general del art. 1193 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_30.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1193(ver nota 14) excepto en lo que se refiere a los actos ya cumplidos, que pueden ser acreditados por cualquier género de prueba (art. 1191 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_30.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1191) (ver nota 15). Los terceros, que han contratado con el mandatario, pueden valerse de cualquier medio de prueba para acreditar la existencia del acto (ver nota 16). Pero como la mejor prueba para ellos de que el mandatario ha obrado dentro de los límites de sus atribuciones es el poder mismo, la ley se la facilita con disposiciones que estudiamos en el nº 1742.

(nota 1) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1754; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1443; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 421; GUILLOUARD, Du mandat, nº 39.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala E, 9/6/1961, J.A., 1961-V, p. 72.

(nota 3) Hay que advertir sin embargo, que según el concepto de manifestación expresa de la voluntad suministrado por el art. 917 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_24.HTM&iid=AR_LA001 - Art_917, debe entenderse por tal toda voluntad manifestada verbalmente o por escrito o por signos inequívocos; lo que significa que, estrictamente, ésta es una hipótesis de mandato expreso y no tácito.

(nota 4) C. Paz Let. Cap., Sala II, 16/6/1944, G.P., t. 57, p. 5.

(nota 5) C. Civil 2ª Cap., 20/5/1947, L.L., t. 46, p. 847; C. Fed. La Plata, 10/12/1930, J.A., t. 34, p. 1083.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala D, 8/11/1963, E.D., t. 7, p. 289.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 3/9/1963, L.L., t. 114, p. 79; la Sala H resolvió en el mismo sentido un caso similar, apoyándose en la doctrina de la apariencia y sosteniendo que debe protegerse al tercero que ha contratado de buena fe, 22/11/1993, L.L., fallo nº 92.514, con nota de Tobías.

(nota 8) C. Civil Sala C, 22/7/1969, E.D., t. 33, p. 377; Sala A, 2/10/1973, J.A., t. 20-1973, p. 404.

(nota 9) C. Civil 2ª Cap., 12/8/1921, J.A., t. 7, p. 182.

(nota 10) Debe hacerse la salvedad en materia de protección de los derechos del consumidor, para cuya acción judicial podrá acreditarse el mandato por simple acta poder (art. 53 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24240.HTM&iid=AR_LA001 - Art_53, ley 24240).

(nota 11) C. Civil 2ª Cap., 16/12/1935, J.A., t. 52, p. 255; Sup. Corte Buenos Aires, 5/6/1949, J.A., 1949-III, p. 193.

(nota 12) Fallos citado en nota 2600.

(nota 13) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1762, MACHADO, t. 5, p. 168 y 169.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala A, 18/3/1954, L.L., t. 75, p. 344; Sala B, 26/12/1951, L.L., t. 65, p. 448; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1767; MACHADO, t. 5, p. 164; LLERENA, t. 6, p. 129; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1452; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 501.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala B, 26/12/1951, L.L., t. 65, p. 448.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 18/3/1954, L.L., t. 75, p. 344; Sala B, fallo citado en nota anterior; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1767.

C.— CAPACIDAD

1110/1638

1638. CAPACIDAD PARA OTORGAR MANDATO.— Si el mandato tiene por objeto actos de administración, basta con que el mandante tenga capacidad para administrar sus bienes (art. 1894 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1894); si tiene por objeto actos de disposición, se requiere capacidad para disponer de ellos (art. 1895 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1895). Son reglas elementales, que no requieren explicación.

1110/1639

1639. CAPACIDAD PARA SER MANDATARIO.— El punto ha sido tratado en dos disposiciones contradictorias: el art. 1896 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1896según el cual para ser mandatario se requiere tener capacidad para contratar y el art. 1897 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1897que dispone que el mandato puede ser válidamente otorgado a persona incapaz de obligarse. No cabe duda, empero, que es esta última norma la que expresa el sistema vigente, puesto que tanto en el art. 1897 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1897como en el 1898 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1898se establecen las consecuencias de un mandato ejercido por una persona incapaz.

Esta regla según la cual los incapaces pueden ser mandatarios tiene una larga tradición jurídica y se explica porque como el mandatario obra en representación del mandante, el acto se reputa ejecutado por éste, que tiene la capacidad requerida por la ley; y desde el punto de vista práctico, es claro que el mandante, que obra con plena capacidad legal y aptitud mental para dirigir sus negocios, se cuidará de elegir un mandatario que pueda cumplir satisfactoriamente la gestión que le encomienda.

Pero cabe preguntarse si todo incapaz, aun los dementes y los menores impúberes, pueden ser mandatarios. Por nuestra parte pensamos que no es posible admitirlo, porque no es admisible convalidar un acto jurídico celebrado por una persona que no tiene ni siquiera ese mínimo elemental de capacidad intelectual que es el entendimiento (ver nota 1). En abono de esta tesis cabe recordar que el art. 1984 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1984establece que la incapacidad del mandatario pone fin al mandato; si, por lo tanto, la demencia le pone fin, no es admisible que el demente pueda ser designado mandatario.

Deben exceptuarse, claro está, los actos para cuya realización la ley reconoce capacidad a los impúberes, que serán válidos sea que los hagan por sí o como mandatarios.

1110/1640

1640.— Cuando el poder ha sido otorgado en favor de un incapaz, el mandante está obligado por todos los efectos de la ejecución del mandato, tanto respecto del mandatario como de los terceros con los cuales éste hubiera contratado (art. 1897 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1897). En cambio el mandatario incapaz puede oponer la nulidad del mandato cuando fuere demandado por el mandante por inejecución de las obligaciones o por rendición de cuentas, salvo la acción del mandante por lo que el mandatario hubiere convertido en su provecho (art. 1898 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1898). Esto significa que la ley autoriza a las personas capaces a valerse de un mandatario incapaz, pero deben hacerlo a su propio riesgo; no pueden demandarlo por daños y perjuicios, por inejecución de sus obligaciones ni tampoco por rendición de cuentas; a menos que el mandatario se hubiera enriquecido como consecuencia del ejercicio del mandato en cuya hipótesis la acción por daños y perjuicios o por rendición de cuentas se limitará al enriquecimiento.

(nota 1) De acuerdo: MACHADO, t. 5, p. 203; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1445 (quienes no oponen ninguna limitación en tanto el incapaz mantenga su inteligencia y libertad). El Código italiano exige que el mandatario goce de entendimiento y de voluntad (art. 1389q). En contra, sosteniendo que aun los menores impúberes pueden ser mandatarios: LLAMBÍAS, Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, t. I, nº 647, 2.

§ 3.— Objeto

1110/1641

1641. PRINCIPIO GENERAL.— Según el art. 1889 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1889pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación o extinción de derechos. Según hemos dicho en otro lugar, nuestro derecho positivo requiere que el objeto del mandato sea un acto jurídico propiamente dicho; los servicios o trabajos ajenos a ese concepto pueden ser objeto de un contrato de trabajo pero no de un mandato. Sobre esta interesante cuestión remitimos al número 1624, b).

Pero no se puede dar poder para testar (art. 1890

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1890). Las disposiciones de última voluntad son estrictamente personales, a punto tal que ni siquiera se admite que el causante en su testamento delegue en un tercero la facultad de designar heredero, en cuyo caso la institución sería nula (véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. II, nº 1352). Tanto menos podrá delegarse la facultad de otorgar testamento.

1110/1642

1642.— Agrega el art. 1890 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1890que tampoco es posible designar mandatario para realizar aquellos actos entre vivos que de acuerdo con el Código u otras leyes especiales deben ser realizados personalmente. Nuestra legislación establece una prohibición de esta índole: no puede realizarse por apoderado el matrimonio. Nos remitimos a lo que hemos estudiado en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. I, nº 148).

No se puede dar poder para que alguien ejerza la patria potestad, la tutela o la curatela, a nombre del padre, tutor o curador (art. 379, Cód. Civ. /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_13.HTM&iid=AR_LA001 - Art_379); pero nada se opone a que dichos representantes necesarios del incapaz otorguen mandato para la realización de los actos particulares que están dentro de sus atribuciones, siempre que dichos actos se realicen bajo sus directivas y dependencia.

1110/1643

1643. MANDATO DE OBJETO IMPOSIBLE, ILÍCITO O INMORAL.— Establece el art. 1891 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1891que el mandato de acto ilícito, imposible o inmoral, no da acción alguna al mandante contra el mandatario, ni a éste contra el mandante, salvo si el mandatario no supiere o no tuviere razón de saber que el mandato era ilícito. Es una aplicación de la regla del art. 953 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_25.HTM&iid=AR_LA001 - Art_953y del principio de que nadie puede invocar su propia torpeza para accionar en justicia. Cuando la ley habla de que el mandatario ignorase la ilicitud del acto, debe entenderse que se refiere a la imposibilidad o inmoralidad y no a la ilicitud propiamente dicha, pues la ley se reputa conocida y su ignorancia no permite fundar una acción en derecho (art. 923 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_24.HTM&iid=AR_LA001 - Art_923); pero si el mandatario fuera incapaz, pensamos que inclusive podrá alegar ignorancia de la ilicitud.

En cuanto al tercero que contrató con el mandatario, el acto es igualmente nulo por aplicación del art. 953

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_25.HTM&iid=AR_LA001 - Art_953; salvo su derecho a demandar los daños y perjuicios consiguientes si ignoraba la inmoralidad del acto.

1110/1644

1644. EN INTERÉS DE QUIÉN PUEDE OTORGARSE MANDATO.— Según el art. 1892 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1892, el mandato puede tener por objeto uno o más negocios de interés exclusivo del mandante o del interés común del mandante y mandatario, o del interés común del mandante y de terceros, o del interés exclusivo de un tercero; pero no puede otorgarse en el interés exclusivo del mandatario. Veamos la distintas hipótesis:

a) Interés exclusivo del mandante. Es la hipótesis típica y más frecuente de mandato y no requiere explicación alguna.

b) Interés común del mandante y del mandatario. Tal es el supuesto del mandato ejercido por un socio en interés de todos los asociados, entre los cuales se encuentra el mismo mandatario; o el poder otorgado para comprar un inmueble que se adquiere en condominio entre apoderado y poderdante, etcétera.

c) Interés común del mandante y de terceros. Lo habrá, por ejemplo, si una persona da mandato para vender un bien para luego pagar a los acreedores o colocar el capital en una sociedad.

d) Interés exclusivo de un tercero. Ejemplo: una persona otorga mandato para escriturar en favor del comprador cuando éste ha pagado ya la totalidad del precio con antelación (ver nota 1).

e) Interés exclusivo del mandatario. En esta hipótesis no habrá mandato, sino un mero consejo que no produce obligación alguna, a menos que haya sido dado de mala fe, en cuyo caso el culpable debe satisfacer los daños y perjuicios (art. 1893 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1893).

1110/1645

1645. CONTRATO CONSIGO MISMO.— Cabe preguntar si una misma persona puede intervenir en un contrato como promitente a nombre propio y como aceptante en representación de un tercero. Así, por ejemplo, ¿puede quien ha recibido para vender una cosa, comprarla para sí? El peligro de tales contratos está a la vista: es muy de temer que el apoderado defienda mejor sus propios intereses que los del mandante que ha confiado en él. Por tal motivo, la ley prohíbe al mandatario comprar por sí ni, por persona interpuesta 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 fuese con su aprobación expresa (arts. 1918 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1918y 1361 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_34.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1361, inc. 4º). Lo dispuesto en estos artículos respecto de la compraventa, debe extenderse a todos los contratos en los que haya conflicto de intereses, pues la ratio legis es idéntica.

Hay que advertir, sin embargo, que la prohibición de contratar consigo mismo no debe aplicarse ciegamente.

Lo que en definitiva interesa es que el mandatario no se haya prevalecido de su condición de apoderado para beneficiarse en perjuicio del mandante. Por consiguiente, si el mandante ha fijado todas las condiciones del contrato, inclusive el precio y el plazo, de tal modo que el mandatario no tiene otra cosa que hacer que expresar el consentimiento, desde el punto de vista del mandante es completamente indiferente que el comprador sea el mandatario o un tercero; lo mismo ocurrirá si habiéndose estipulado ciertos márgenes de precio dentro de los cuales el mandatario queda autorizado para vender, hubiera comprado para sí al precio máximo; o finalmente, si habiéndosele encargado la venta de bienes que tienen cotización en bolsa o en el mercado de frutos o productos, los adquiere al precio de su cotización (ver nota 2).

En concordancia con estos principios, el art. 1919 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1919establece que si el mandatario fuese encargado de tomar dinero prestado, puede él mismo prestarlo al interés corriente; pero facultado para dar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí sin aprobación del mandante; porque en este caso, además del monto del interés, juega también la solvencia del prestatario entre las condiciones que han de considerarse para apreciar la conveniencia de la operación.

1110/1646

1646.— La ratificación de la operación hecha con posterioridad por el mandante es válida, pues la nulidad de tales contratos es simplemente relativa (ver nota 3).

1110/1647

1647. REPRESENTACIÓN DE INTERESES CONTRAPUESTOS.— Puede ocurrir, asimismo, que el mismo mandante represente dos intereses contrarios. Una persona ha recibido de un mandante poder para vender un inmueble, y de otro para comprar. ¿Puede ofrecer por uno y aceptar por otro? También aquí existe el peligro de que el mandatario favorezca a una de las partes en perjuicio de la otra; por ello, se ha declarado aplicable a este caso la prohibición contenida en los arts. 1918 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1918y 1361

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_34.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1361, inc. 4º (ver nota 4), solución que nos parece razonable con las salvedades formuladas en el párrafo anterior; es decir, que si los términos del mandato excluyen toda posibilidad de que el mandatario haya beneficiado o perjudicado a alguno de sus mandantes, el contrato es válido.

(nota 1) C. Fed. Tucumán, 30/9/1938, J.A., t. 63, p. 447.

(nota 2) Ésta es la solución admitida en el Código italiano, según el cual es anulable el contrato que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otra persona, a menos que el representado lo haya autorizado expresamente o que el contenido del contrato se haya determinado en forma tal que excluya el conflicto de intereses. La impugnación sólo puede promoverse por el representado (art. 1395 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_34.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1395). De acuerdo en que esta solución es aplicable en nuestro Derecho: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1820, nota 77 a). Puede verse una completa reseña acerca del problema de la legitimidad de la autocontratación en HUPKA, La representación voluntaria en los negocios jurídicos, § 16 y 17, ps. 246 y sigs., autor que se pronuncia por la legitimidad salvo que pueda surgir perjuicio para el representado.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala C, 18/5/1966, E.D., t. 15, p. 435, Sala D, 30/9/1964, E.D., t. 15, p. 437, Sala F, 19/3/1963, J.A., 1963-IV, p. 336; C. Civil 2ª Cap., 23/4/1945, J.A., 1945-II, p. 777; íd., 29/3/1949, L.L., t. 54, p. 437; C. 2ª Apel. Córdoba, 16/2/1940, Jur. Córdoba, t. 1, p. 162.

(nota 4) Sup. Corte Buenos Aires, 4/7/1893, Acuerdos y Sentencias, t. 3, sec. 9, p. 186.

§ 4.— Extensión del mandato

1110/1648

1648. PODERES GENERALES Y ESPECIALES.— El poder puede ser general o especial. El primero se refiere a todos los negocios del mandante y el especial a ciertos negocios en particular (art. 1879 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1879).

La distinción tiene importancia porque el mandato general no atribuye otro poder que el de realizar actos de administración (art. 1880 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_1880); no importa que el mandante declare que no se reserva ningún poder o que el mandato contenga la cláusula de general y libre administración (art. 1880 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA00 1 - Art_1880) o la de libre administración y disposición (ver nota 1); en cualquier caso el poder general sólo atribuye facultades para realizar actos de administración. Con esto se quiere evitar un acto de imprevisión por parte del mandante y un abuso de confianza por el mandatario. El principio es que el mandato debe interpretarse con criterio restrictivo (ver nota 2) y que cuando se trata de actos de disposición, el mandatario sólo puede efectuar aquellos que han sido expresamente previstos en el poder. Pero si el poder confiere autorización para enajenar muebles o inmuebles, no es necesario que se determinen los bienes que deben enajenarse (ver nota 3).

Se ha declarado que el mandato general habilita para estar en juicio en las causas relativas a la administración (ver nota 4), tales como el cobro de los alquileres (ver nota 5), o de los sueldos adeudados al mandante (ver nota 6) y la demanda por rendición de cuentas (ver nota 7); para ejercitar la facultad de recuperar una cosa vendida con pacto de retroventa (ver nota 8); para demandar por desconocimiento de filiación (ver nota 9). En un caso se declaró que también era acto de administración comprendido en el poder general dar en locación un bien inmueble, siempre que no importe una grave depreciación de la propiedad (ver nota 10); volvemos sobre este tema en el número 1659.

1110/1649

1649. CASOS EN QUE SE NECESITAN PODERES ESPECIALES.— Según el art. 1881 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA00 1 - Art_1881, se necesitan poderes especiales en los siguientes casos:

a) Para hacer pagos que no sean los ordinarios de la administración (inc. 1º);

1110/1650

1650. b) Para hacer novaciones que extingan obligaciones ya existentes al tiempo del mandato (inc. 2º).— En cambio, el mandatario puede novar las obligaciones contraídas válidamente en ejercicio de su mandato (ver nota 11).

1110/1651

1651. c) Para transigir, comprometer en árbitros, prorrogar jurisdicciones, renunciar al derecho de apelar, o a prescripciones adquiridas (inc. 3º).— En todos estos casos se comprometen gravemente los intereses del mandante y es natural que se exijan poderes especiales. Sin embargo, se ha decidido, a nuestro juicio con acierto, que el mandato para concertar la hipoteca en los términos y condiciones que el mandatario juzgue conveniente, basta para acordarle poder para prorrogar la jurisdicción (ver nota 12).

1110/1652

1652. d) Para cualquier renuncia gratuita, o remisión, o quita de deudas, a no ser en caso de falencia del deudor (inc. 4º).— MACHADO opina que esta disposición no comprende a la renuncia de la fianza, hipoteca o prenda que podrían ser renunciados sin poderes especiales (ver nota 13); pero nos parece una opinión insostenible frente a los términos categóricos de este inciso, que no hacen distinción alguna, tanto más cuanto que una renuncia de esa índole puede comprometer gravemente los intereses del mandante. En concordancia con este criterio, se ha resuelto que no se puede renunciar un privilegio sin poderes especiales (ver nota 14). De igual modo se requieren poderes especiales para renunciar a los derecho resultantes de la acusación de negligencia en la producción de la prueba (ver nota 15).

1110/1653

1653. e) Para contraer matrimonio a nombre del mandante (inc. 5º).— Después de dictada la ley 23515 <>, ya no es legalmente posible otorgar poder para celebrar matrimonio. El poder ha sido sustituido por nuevas formalidades en el llamado matrimonio a distancia. Sobre el tema remitimos a nuestro Tratado de Derecho Civil, Familia, t. I, nº 148.

1110/1654

1654. f) Para el reconocimiento de hijos naturales (inc. 6º).— Después de la sanción de la ley 14367 <>esta disposición es extensiva a todos los hijos nacidos fuera del matrimonio. Pero se ha declarado que para intentar la acción por desconocimiento de hijo basta un poder general (ver nota 16), solución que nos parece inadmisible, porque tan graves son las consecuencias del desconocimiento como las de reconocimiento.

1110/1655

1655. g) Para cualquier contrato que tenga por objeto transferir o adquirir el dominio de bienes raíces, por título oneroso o gratuito (inc. 7º).— Se ha declarado que en caso de sucesión mortis causa, el poder para llevar adelante la liquidación de los bienes comprende el de vender los inmuebles, si la liquidación no puede llevarse a cabo sin dicha venta (ver nota 17); que la facultad de designar martillero, lleva implícita la de vender (ver nota 18). Véase además, número 1670.

Se ha decidido también, que la prohibición de enajenar inmuebles sin poderes especiales, no impide al mandatario general llevar a cabo la división del condominio, porque éste no es un acto relativo sino meramente declarativo de derechos (ver nota 19). Nos parece una solución muy discutible porque lo cierto es que se comprometen seriamente los intereses del mandante y el supuesto escapa evidentemente al concepto de actos de administración, únicos que están permitidos al que ostenta un mandato general (art. 1880 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_1880).

Basta que el poder indique la facultad de enajenar inmuebles, sin que sea necesario que indique cuál bien ha de enajenarse (véase nº 1648 y nota 2618).

1110/1656

1656.— En un caso se resolvió que la venta de bienes muebles no requiere poderes especiales (ver nota 20). Estamos de acuerdo con esa solución en tanto se trate de actos comprendidos dentro de la administración normal de un patrimonio, como ocurre con la venta del producido anual de un establecimiento agrícola o ganadero o con la venta de las mercaderías de un fondo de comercio. Pero si exceden de tales límites, se convierten en actos de disposición y como tales no pueden considerarse comprendidos dentro del mandato general (art. 1880 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1880). En abono de esta solución cabe agregar que la riqueza mobiliaria ha adquirido en nuestros días una importancia extraordinaria; la venta de automóviles, tractores, maquinarias complejas, hacienda, etcétera, puede tener mucho mayor significado económico que la venta de un inmueble, por cuyo motivo no puede dudarse que es conveniente también en este caso proteger al mandante contra su imprevisión o contra el abuso de confianza por parte del mandatario.

1110/1657

1657. h) Para hacer donaciones, que no sean gratificaciones de pequeñas sumas a los empleados o personas del servicio de la administración (inc. 8º).— Esta prohibición es aplicada a toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles y a toda liberalidad, aunque no esté comprendida precisamente en el concepto de donación. ¿Está autorizado el mandatario general a hacer regalos usuales a nombre de su mandante? Creemos que si el mandante está presente en la ocasión que da motivo al regalo, no puede el mandatario hacerlo; pero si estuviera ausente, no parece que pueda negarse validez al obsequio adecuado a las circunstancias y a la relación entre el mandante y el obsequiado. De cualquier modo, esta facultad debe ser apreciada restrictivamente.

1110/1658

1658. i) Para prestar dinero, o tomar prestado, a no ser que la administración consista en dar y tomar dinero a intereses, o que los empréstitos sean una consecuencia de la administración, o que sea enteramente necesario tomar dinero para conservar las cosas que se administran (inc. 9º).— El principio es que para dar o tomar dinero prestado, se requiere poder especial; por consiguiente, las excepciones han de ser interpretadas restrictivamente.

Se ha decidido que el poder para iniciar y llevar a su término el juicio sucesorio haciendo todo lo que haría el mandante, no autoriza al apoderado a tomar dinero prestado para

atender los gastos del pleito (ver nota 21); incluso se ha resuelto, a nuestro juicio con alguna exagerada estrictez, que el poder para “gestionar créditos” no autoriza a contraerlos (ver nota 22). Pero el poder conferido para hipotecar, autoriza a contratar un préstamo sin garantía real (ver nota 23).

1110/1659

1659. j) Para dar en arrendamiento por más de seis años inmuebles que estén a su cargo (inc. 10).— El espíritu de esta disposición es claro: cuando el arrendamiento tiene una duración mayor, afecta la libre disponibilidad del inmueble, y lo deprecia, transformándolo en un acto de disposición. En cambio, tomar un arrendamiento es un acto de administración que puede hacerse sin necesidad de poderes especiales.

1110/1660

1660. k) Para constituir al mandante en depositario, a no ser que el mandato consista en recibir depósitos o consignaciones; o que el depósito sea una consecuencia de la administración (inc. 11).— La ley no hace distinción entre el depósito gratuito y el oneroso; en ambos casos se requieren poderes especiales, solución justa, pues el depositario asume graves responsabilidades.

1110/1661

1661. l) Para constituir al mandante en la obligación de prestar cualquier servicio, como locador o gratuitamente (inc. 12).— Puesto que se trata nada menos que de prometer el trabajo personal, es lógico que se requieran poderes especiales.

1110/1662

1662. ll) Para formar sociedad (inc. 13).

1110/1663

1663. m) Para constituir al mandante en fiador (inc. 14).— Va de suyo que también se requieren poderes especiales cuando se trata de obligar al mandante no ya como fiador sino como principal pagador (ver nota 24).

1110/1664

1664. n) Para constituir o ceder derechos reales sobre inmuebles (inc. 15).— ¿Se requerirá poder especial para prendar una cosa mueble? Es preciso tener en cuenta que para pedir

dinero prestado con o sin garantía prendaria es necesario tener poder especial (inc. 9º); pero teniendo poder suficiente para hacerlo, no es necesario poder especial para prendar ya que el inciso que ahora consideramos, sólo se refiere a los gravámenes sobre bienes inmuebles. Pero será indispensable que el mandatario tenga en su poder la cosa entregada voluntariamente por el mandante (como ocurre, por ejemplo, en el mandato de administración); pues no se concebiría que el mandatario se apoderase por propia decisión de muebles pertenecientes al mandante y los diera en prenda.

1110/1665

1665. o) Para aceptar herencias (inc. 16).— El mandato otorgado para que el apoderado inicie e intervenga en el juicio sucesorio, implica poder para aceptar la herencia (ver nota 25); con tanta mayor razón si se le faculta a tomar posesión de los bienes, percibir sumas, etcétera (ver nota 26).

1110/1666

1666. p) Para reconocer o confesar obligaciones anteriores al mandato (inc. 17).— Se ha declarado, empero, que el poder especial se requiere sólo cuando las obligaciones constan en instrumento privado pero no si están documentadas en instrumento público (ver nota 27).

1110/1667

1667. CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN DEL ART. 1881.— Se discute si la enumeración del art. 1881 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1881tiene carácter taxativo (ver nota 28). Por nuestra parte no dudamos de que no lo tiene. El art. 1880 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1880es claro en el sentido de que el mandato general sólo comprende los actos de administración; por consiguiente, cualquier acto excluido de ese concepto, debe ser motivo de un poder especial. De donde se sigue que la enumeración del art. 1881 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1881es simplemente ejemplificativa.

Siguiendo este criterio, se ha declarado que se necesita poder especial para demandar la nulidad del matrimonio (ver nota 29); para demandar por cobro de la medianería (ver nota 30); para renunciar a la prórroga legal de las locaciones (ver nota 31). La acción de divorcio ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios: algunos se han conformado con poderes generales (ver nota 32), en tanto que otros han llegado a declarar que el poder para contestar una demanda de divorcio no autoriza al apoderado a reconvenir (ver nota 33). Si se tiene en cuenta la importancia excepcional de esta demanda, que supone provocar la quiebra legal del matrimonio, forzoso será exigir poderes especiales. Sin embargo, la

decisión de los jueces se ve influida en estos casos por razones circunstanciales. Así, por ejemplo, si se trata de evitar que el demandado pierda su derecho de contestar la demanda o de reconvenir, cuando es evidente que su voluntad ha sido hacerlo dentro de los plazos legales, los jueces se verán inclinados a favorecer una solución que, admitiendo como suficientes poderes generales, coloque a las partes en un pie de igualdad y permita dirimir la controversia con mejores elementos de juicio.

1110/1668

1668. ALCANCE DEL MANDATO ESPECIAL.— El mandato especial debe ser interpretado restrictivamente; se limita a los actos para los cuales ha sido dado y no puede extenderse a otros análogos aunque éstos pudieran considerarse como consecuencia natural de los que el mandante ha encargado hacer (art. 1884 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1884).

No obstante la claridad de la regla, el legislador ha creído conveniente dejar puntualizadas algunas de sus aplicaciones en casos que podrían resultar dudosos:

1110/1669

1669. a) El poder especial para transar, no comprende el poder para comprometer en árbitros (art. 1882 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1882).

1110/1670

1670. b) El poder especial para vender no comprende el poder para hipotecar, ni recibir el precio de la venta, cuando se hubiere dado plazo para el pago; ni el poder para hipotecar el poder de vender (art. 1883 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1883).— Pero si la venta es al contado, el mandatario que tiene poder para vender puede recibir el precio, puesto que el artículo que consideramos, sólo contempla en este punto el precio que gozare de plazo.

Se ha declarado que el poder especial para vender no faculta al mandatario para convenir cláusulas que impongan al vendedor otras obligaciones que las que resultan de la ley (ver nota 34) o sean comunes en esta clase de operaciones (ver nota 35); que el mandato para vender y percibir la seña, no autoriza al mandatario a percibir una cantidad a cuenta de precio, porque así se impide al mandante el ejercicio del derecho de arrepentimiento (ver nota 36); que el mandato para buscar comprador incluye la facultad de firmar el boleto y recibir la seña (ver nota 37). ¿Puede otorgar plazo el mandatario a quien se le ha otorgado poder para vender, si el contrato guarda silencio sobre el punto? La cuestión ha sido objeto

de pronunciamientos contradictorios (ver nota 38); por nuestra parte, pensamos que el mandatario debe considerarse autorizado a conceder los plazos usuales para ese tipo de operaciones; en cambio, un plazo más prolongado excedería sus facultades (ver nota 39). También se declaró que el poder para vender autoriza a donar con cargo cuando el valor económico de la cosa es absorbido por el de las prestaciones que se imponen al donatario (ver nota 40).

El poder para vender, hipotecar, donar, etcétera, un establecimiento de campo no faculta al mandatario a contraer préstamos cuyo cobro podría afectar cualquiera de los bienes del mandante (ver nota 41).

1110/1671

1671. c) El poder especial para hipotecar bienes inmuebles del mandante, no comprende la facultad de hipotecarlos por deudas anteriores al mandato (art. 1885 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1885).— La idea es que el poder se concede para obtener préstamos nuevos; el otorgamiento de la hipoteca por una deuda anterior significaría un acto gratuito que no estuvo en el ánimo del mandante.

1110/1672

1672. d) El poder para contraer una obligación, comprende el de cumplirla, siempre que el mandante hubiese entregado al mandatario el dinero o la cosa que se debe dar en pago (art. 1886 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1886).— Pero si el mandatario no le hubiera hecho entrega de tales bienes, el poder para contraer la obligación no autoriza al mandatario a pagarla. Sin embargo, aun en este caso, el mandatario que pagó lo que debía su mandante, se hallará en la situación del que paga por otro y podrá reclamar del mandante lo pagado.

1110/1673

1673. e) El poder de vender bienes de una herencia, no comprende el poder para cederla, antes de haberla recibido (art. 1887 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1887).— No se trata de cesión de una herencia futura, sino de una herencia ya deferida cuando el heredero no ha entrado todavía en la posesión efectiva de los bienes. Esta disposición tiende a evitar cesiones apresuradas, hechas antes de la partición, cuando no se conoce todavía a ciencia cierta cuál será la importancia de los bienes que corresponden al mandante (ver nota 42).

1110/1674

1674. f) El poder para cobrar deudas no comprende el de demandar a los deudores, ni recibir una cosa por otra, ni hacer novaciones, remisiones o quitas (art. 1888 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1888).— Priva, como siempre, el criterio de que la interpretación de la extensión del mandato debe ser restrictiva.

1110/1675

1675. APLICACIONES JURISPRUDENCIALES DE LA REGLA DEL ART. 1884.— La jurisprudencia ha hecho numerosas aplicaciones de la regla del art. 1884 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1884, declarando que el mandato para gestionar préstamos no faculta al mandatario para contratarlos, sino para procurar que sean concedidos (ver nota 43); el poder para intervenir en un juicio de alimentos no faculta para pedir la reducción o cesación (ver nota 44) (lo que nos parece exagerado), aunque se ha reconocido que el poder para demandar la cesación permite reclamar la reducción (ver nota 45); el poder para estar en juicio no comprende la facultad de ceder los derechos litigiosos (ver nota 46), ni para promover demandas contra terceros a nombre de la sucesión (ver nota 47), ni para reconvenir (ver nota 48), pero sí para intervenir en todos sus incidentes (ver nota 49) y tercerías (ver nota 50) o para contestar demandas contra la sucesión que representa el apoderado (ver nota 51); el poder otorgado para intervenir en un juicio ejecutivo que fue desestimado, no autoriza a demandar por vía ordinaria el cobro del mismo crédito (ver nota 52); el poder para demandar los daños y perjuicios derivados de la muerte en un accidente, no autoriza para gestionar la pensión de la viuda (ver nota 53); el poder para intervenir en el juicio de divorcio es insuficiente para pedir la nulidad del matrimonio (ver nota 54) o para pedir se declare simulada y nula una venta hecha por el cónyuge (ver nota 55) o para intervenir en la ejecución hipotecaria deducida contra los cónyuges (ver nota 56). En cambio, el mandato para demandar por incumplimiento de un contrato, permite tanto reclamar su ejecución como su resolución (ver nota 57); la facultad conferida para pedir la división y adjudicación de los bienes hereditarios importa la de intervenir en la partición privada y prestarle conformidad (ver nota 58); el poder para iniciar la sucesión y reconocer o desconocer herederos, implica el de aceptar herencias (ver nota 59); la facultad para pedir la quiebra o convocatoria de acreedores del deudor basta para pedir la verificación del crédito (ver nota 60); el poder para “buscar comprador” incluye el de firmar boleto y percibir la seña (ver nota 61).

Se ha declarado también que aunque el estatuto de la asociación prohíba a la comisión directiva gravar los bienes de la institución, debe admitirse el ofrecimiento de sustitución de embargo si la medida que se pretende sustituir causa grave perjuicio a los socios (ver nota 62).

(nota 1) Con relación al derecho español, PERÉ RALUZ opina —no sin reservas— que el mandato general para administrar autoriza al mandatario a disponer (notas a MINERVINI,

El mandato, p. 100).

(nota 2) C. Civil 2ª Cap., 30/10/1936, L.L., t. 4, p. 598; C. Apel. Mercedes, 20/9/1918, J.A., t. 2, p. 542.

(nota 3) C. Apel. Bahía Blanca, 19/5/1959, L.L., t. 97, p. 523.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala A, 31/10/1956, L.L., t. 85, p. 90; y fallos citados en notas siguientes.

(nota 5) C. Civil 2ª Cap., 1/9/1920, J.A., t. 5, p. 251.

(nota 6) C. Com. Cap., 18/3/1925, J.A., t. 15, p. 351.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 26/4/1926, J.A., t. 19, p. 789.

(nota 8) Sup. Corte La Rioja, 7/11/1952, L.L., t. 69, p. 439.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 25/2/1938, J.A., t. 61, p. 433. Manifestamos las razones de nuestro desacuerdo con esta solución en el nº 1654, f).

(nota 10) Sup. Trib. Entre Ríos, 30/4/1942, J.E.R., 1942, p. 442.

(nota 11) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1806.

(nota 12) C. Civil 2ª Cap., 6/6/1949, L.L., t. 56, p. 462.

(nota 13) MACHADO, t. 5, p. 177 in fine y 178.

(nota 14) C. Com. Cap., 22/12/1926, J.A., t. 23, p. 1052.

(nota 15) C. Com. Cap., Sala B, 24/2/1954, L.L., t. 75, p. 437.

(nota 16) C. Civil 1ª Cap., 25/2/1938, J.A., t. 61, p. 433.

(nota 17) C. Civil Cap., en pleno, 16/5/1923, J.A., t. 10, p. 629.

(nota 18) C. Civil 2ª Cap., 16/2/1939, L.L., t. 13, p. 554.

(nota 19) C. Apel. 1ª Córdoba, 22/7/1940, L.L., t. 19, p. 600.

(nota 20) C. Civil 2ª Cap., 4/8/1924, J.A., t. 13, p. 745.

(nota 21) C. Civil 1ª Cap., 7/12/1937, L.L., t. 9, p. 433.

(nota 22) C. Com. Cap., 31/10/1947, L.L., t. 48, p. 683.

(nota 23) C. Civil 2ª Cap., 30/5/1927, J.A., t. 24, p. 920.

(nota 24) C. Civil 1ª Cap., 22/7/1941, L.L., t. 23, p. 648.

(nota 25) C. Civil 2ª Cap., 17/9/1942, J.A., 1942-IV, p. 256. En contra: C. Civil 1ª Cap., 5/5/1926, J.A., t. 20, p. 160.

(nota 26) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1806.

(nota 27) C. Civil Cap., Sala C, 25/7/1952, causa 6670 (inédita); C. Civil 1ª Cap., 4/4/1946, J.A., 1946-II, p. 195.

(nota 28) En sentido afirmativo: C. Civil 1ª Cap., 25/2/1938, L.L., t. 9, p. 679; C. Civil 2ª Cap., 30/10/1936, L.L., t. 4, p. 598; íd., 3/6/1940, L.L., t. 18, p. 1002; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1807. En sentido negativo fallos citados en notas siguientes.

(nota 29) C. Civil 2ª Cap., 7/3/1940, L.L., t. 17, p. 740 y J.A., t. 69, p. 852.

(nota 30) C. Civil 1ª Cap., 23/8/1933, J.A., t. 43, p. 159.

(nota 31) C. Civil 1ª Cap., Sala F, 2/7/1959, causa 55.859 (inédita).

(nota 32) C. Civil 2ª Cap., 30/10/1936, L.L., t. 4, p. 598; íd., 17/9/1948, L.L., t. 58, p. 604 y J.A., 1948-IV, p. 681.

(nota 33) C. Civil 1ª Cap., 15/7/1940, L.L., t. 19, p. 394.

(nota 34) C. Civil 2ª Cap., 16/10/1931, J.A., t. 36, p. 1909.

(nota 35) C. Civil 1ª Cap., 28/7/1924, J.A., t. 13, p. 447.

(nota 36) C. Civil 1ª Cap., 7/7/1950, J.A., 1951-I, p. 565.

(nota 37) C. Civil Cap., Sala F, 4/10/1960, L.L., t. 101, p. 192.

(nota 38) En el sentido de que no puede otorgar plazo: C. Civil 2ª Cap., 16/10/1931, J.A., t. 36, p. 1909. En sentido de que puede otorgarlo: Sup. Corte Buenos Aires, 5/4/1955, L.L., t. 79, p. 117.

(nota 39) Ésta es la solución del art. 1732, Cód. Civil italiano.

(nota 40) Sup. Trib. Santa Fe, 1/9/1942, R.S.F., t. 1, p. 268.

(nota 41) C. Com. Cap., Sala A, 10/12/1958, causa 96.844 (inédita).

(nota 42) De acuerdo: MACHADO, t. 5, p. 192.

(nota 43) C. Com. Cap., 31/10/1947, J.A., 1947-IV, p. 308. Más razonable nos parece lo resuelto por la Cámara Civil de la Capital en el caso evidentemente análogo citado en nota 2677.

(nota 44) C. Civil 2ª Cap., 20/3/1939, L.L., t. 14, p. 132; íd., 14/5/1946, L.L., t. 43, p. 16.

(nota 45) C. Civil 1ª Cap., 9/6/1939, J.A., t. 69, p. 439.

(nota 46) C. Civil 1ª Cap., 17/4/1945, L.L., t. 38, p. 525.

(nota 47) C. Civil 2ª Cap., 27/8/1918, J.A., t. 2, p. 265.

(nota 48) C. Com. Cap., Sala B, 11/3/1955, J.A., 1955-II, p. 349.

(nota 49) C. Civil 1ª Cap., 29/10/1924, J.A., t. 14, p. 471.

(nota 50) C. Com. Cap., 15/3/1938, L.L., t. 9, p. 1003.

(nota 51) C. Civil 1ª Cap., 28/7/1936, J.A., t. 55, p. 155.

(nota 52) C. Fed. Cap., 13/11/1919, J.A., t. 3, p. 996.

(nota 53) C. Fed. Cap., 29/4/1925, J.A., t. 15, p. 502.

(nota 54) C. Civil Cap., Sala C, 27/6/1958, causa 48.532 (inédita).

(nota 55) C. Civil Cap., Sala E, 2/9/1960, causa 67.619 (inédita).

(nota 56) C. Civil Cap., Sala B, 30/7/1958, causa 49.365 (inédita).

(nota 57) C. Com. Cap., 30/12/1924, J.A., t. 14, p. 1234.

(nota 58) C. Civil 2ª Cap., 22/12/1942, L.L., t. 29, p. 546. En sentido concordante: C. Civil Cap., Sala D, 12/10/1951, causa 1044 (inédita).

(nota 59) C. Civil 2ª Cap., 17/9/1942, J.A., 1942-IV, p. 256.

(nota 60) C. Civil Cap., Sala A, 16/7/1959, causa 97.758 (inédita).

(nota 61) C. Civil Cap., Sala F, 4/10/1960, L.L., t. 101, p. 192 y J.A., 1961-I, p. 194.

(nota 62) C. Civil Cap., Sala B, 30/7/1958, causa 40.251 (inédita).

§ 5.— Pluralidad de contratantes

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014090 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014090

1110/14090

A.— PLURALIDAD DE MANDATARIOS

1110/1676

1676. CASO DE QUE SE DESIGNEN VARIOS MANDATARIOS.— Cuando en el mismo instrumento se hubieren designado varios mandatarios, se entenderá que el nombramiento fue hecho para ser aceptado por uno solo de ellos (art. 1899 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1899). En consecuencia, la aceptación de uno impide la ulterior aceptación y ejercicio del mandato por los restantes (ver nota 1). ¿Qué ocurre si luego de aceptado el mandato por uno de ellos, lo renuncia o fallece? A nuestro entender cualquiera de los otros mandatarios puede aceptar y ejercer el mandato, pues precisamente la inteligencia que la ley brinda de la voluntad del mandante es que él ha querido que uno de los mandatarios, cualquiera sea, ejercite el mandato; y si uno de ellos no quiere o no puede hacerlo por un motivo sobreviniente a su aceptación, es natural que lo desempeñe cualquiera de los otros (art. 1903 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1903) (ver nota 2).

La regla general del art. 1899 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1899es meramente interpretativa de la voluntad del mandante. Por consiguiente, si de los términos del poder se desprendiera claramente que la designación fue hecha para que los mandatarios actúen conjunta o indistintamente, la aceptación de uno no impide la de los restantes. El propio Código alude a las situaciones siguientes:

1110/1677

1677. a) Mandato conjunto.— Si el mandato ha sido otorgado para que los mandatarios lo desempeñen conjuntamente, se entenderá que ninguno de ellos puede actuar separadamente. El art. 1900 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1900dice que en tal caso el mandato no podrá ser aceptado separadamente, lo que no quiere decir que los mandatarios deban aceptarlo en un acto único, sino que deben desempeñarlo conjuntamente, sin lo cual el acto carecería de valor respecto del mandante (ver nota 3).

1110/1678

1678. b) Mandato separado e indistinto— El mandante puede disponer que el mandato sea desempeñado separadamente por cualquiera de los mandatarios o que la gestión se divida entre ellos o autorizarlos para que ellos la dividan entre sí (art. 1899 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1899, inc. 2º).

1110/1679

1679. c) Mandato sucesivo.— Igualmente puede disponer el mandante que el poder sea ejercido por los mandatarios en el orden de su numeración. En tal caso, el nombrado en segundo término no podrá desempeñar el mandato sino a falta del primero y así sucesivamente (art. 1901 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1901, 1ª parte). La falta tendrá lugar cuando cualquiera de los nombrados no pudiese o no quisiese aceptar el mandato o cuando habiéndolo aceptado, no pudiese desempeñarlo (art. 1901 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1901, 2ª parte).

Se entenderá que fueron nombrados para funcionar uno a falta de otro cuando el mandante hubiera hecho el nombramiento en orden numérico o llamando primero al uno y en segundo lugar al otro (art. 1902 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1902). Si hubiera orden numérico, deberá respetarse ese orden; de lo contrario, podrá aceptarse cualquiera de los restantes mandatarios (ver nota 4).

1110/1680

1680. RESPONSABILIDAD DE LOS MANDATARIOS CONJUNTOS.— Los mandatarios conjuntos son responsables ante el mandante en forma simplemente mancomunada; no hay solidaridad entre ellos a menos que lo contrario se hubiera

convenido entre las partes (art. 1920 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1920). En consecuencia, cada uno de los mandatarios responde solamente de sus faltas o hechos personales (art. 1922 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1922). En cuanto a los daños y perjuicios por inejecución del mandato, cada uno de los mandatarios está obligado sólo por su porción viril; pero si según los términos del mandato, uno de los mandatarios no pudiese obrar sin el concurso de otro u otros, el que se hubiese negado a cooperar en la ejecución del mandato será único responsable de todas las pérdidas e intereses derivados de la inejecución del mandato (art. 1923 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1923).

1110/1681

1681.— Si la solidaridad ha sido expresamente estipulada o surge de una disposición expresa de la ley (caso de los albaceas conjuntos, art. 1870 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1870), cada uno de los mandatarios responde de todas las consecuencias de la inejecución del mandato y por las consecuencias de las faltas cometidas en el ejercicio del mandato por sus comandatarios (art. 1921 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1921); pero uno de los mandatarios no es nunca responsable por lo que el otro mandatario hiciere traspasando los límites del mandato (art. 1921 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1921, último apartado). La solución es lógica; fuera de los límites del mandato, el mandatario no actúa ya como tal y, por consiguiente, no podría comprometer la responsabilidad de los restantes mandatarios.

1110/1682

1682.— Aunque no se hubiera pactado solidaridad, la habrá entre los mandatarios que hubieran incurrido en culpa o dolo común (ver nota 5), porque la responsabilidad por hechos ilícitos es solidaria.

Así ocurrirá si como consecuencia de la negligencia de los mandatarios que omitieron las medidas de conservación indispensables, se han deteriorado o perdido los bienes cuya administración se les confió. En cambio, la mera inejecución del acto para el cual se confirió el mandato, sólo importa responsabilidad por la parte viril de cada mandatario (art. 1923 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1923).

Supongamos ahora que el acto ilícito cometido por uno de los mandatarios pudo ser evitado por el otro, de haber obrado éste con la debida vigilancia o diligencia. ¿Hay responsabilidad

de su parte? La cuestión ha sido resuelta afirmativamente en el derecho francés (ver nota 6); pero nos parece que los textos de nuestro Código imponen una solución distinta. Según el art. 1922 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1922, cuando la solidaridad no ha sido estipulada, cada uno de los mandatarios sólo responde de las faltas o de los hechos personales; y según el art. 1921 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1921, cada uno de los mandatarios no es responsable de lo que el otro hiciere, traspasando los límites del mandato. Sin embargo, hay que admitir que la cuestión es dudosa, porque también ha mediado falta de quien omitió la debida vigilancia sobre la manera como el otro ejercía el mandato.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014100 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014100

1110/14100

B.— PLURALIDAD DE MANDANTES

1110/1683

1683. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.— Las personas que designan un mandatario para un negocio común, le quedan obligados solidariamente para todos los efectos del contrato (art. 1945 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1945). De tal modo que mientras la responsabilidad de los mandatarios es en principio mancomunada, la de los mandantes es solidaria. Sin perjuicio de que el contrato puede liberar a los poderdantes de la solidaridad.

Pero si en un mismo instrumento, distintas personas designan a un mandatario para que gestione a cada una de ellas un negocio separado no hay solidaridad, porque falta el negocio común; no se trata ya de un solo mandato, sino de varios mandatos unidos sólo externamente por el instrumento en que se los otorgó (ver nota 7).

1110/1684

1684.— Por aplicación de esta norma se ha resuelto que los mandantes están obligados solidariamente a pagar los gastos y honorarios de los árbitros o arbitradores que hubieren designado para dirimir sus controversias (ver nota 8).

1110/1685

1685. RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS.— Frente a los terceros con quienes el mandatario hubiera contratado un negocio de interés común de varios mandantes, la responsabilidad de éstos es simplemente mancomunada a menos que la solidaridad se hubiera pactado expresamente (art. 1941 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1941). Es decir, los mandantes se encuentran exactamente en la misma situación que si hubieran contratado personalmente, puesto que las obligaciones no se presumen solidarias. Es claro que si el objeto del contrato fuera indivisible, el tercero podrá reclamarlo en su totalidad de cada uno de los mandantes. Es siempre la aplicación de los principios generales (art. 686 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_19.HTM&iid=AR_LA001 - Art_686).

(nota 1) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1792; MACHADO, t. 5, p. 207; LLERENA, t. 6, p. 158; LAFAILLE, t. 3, nº 130.

(nota 2) De acuerdo: MACHADO, t. 5, p. 215.

(nota 3) C. Apel. 1ª La Plata, 12/4/1955, J.A., 1955-III, p. 105; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1794, nota 61 c); LLERENA, t. 6, p. 159.

(nota 4) De acuerdo: MACHADO, t. 5, p. 215.

(nota 5) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1468; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 651; GUILLOUARD, Du mandat, nº 118; AUBRY y RAU, § 413.

(nota 6) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1468 y jurisprudencia citada en nota 6 de p. 814 y 1 de p. 815 (ed. La Habana).

(nota 7) La doctrina es unánime: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1889; MACHADO, t. 5, p. 266; LLERENA, t. 6, p. 214; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1486; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 760.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 31/8/1937, L.L., t. 7, p. 997; C. Civil 2ª Cap., 7/3/1938, L.L., t. 9, p. 775; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1893; MAGLIONE, nota en J.A., t. 24, p. 904.

§ 6.— Obligaciones del mandatario

1110/1686

1686. DESDE CUÁNDO ESTÁ OBLIGADO EL MANDATARIO.— De acuerdo con los principios generales sobre obligaciones nacidas ex contracto, el mandatario está obligado sólo a partir del momento de su aceptación (art. 1904 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1904). Sin embargo, cuando el negocio encargado al mandatario fuere de los que por su oficio o modo de vivir acepta él regularmente, aun cuando no acepte el encargo o lo renuncie, deberá tomar las medidas conservatorias urgentes que requiere el negocio que se le encomienda (art. 1917 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1917). Esta disposición se explica porque el mandante ha podido razonablemente confiar en que el mandatario aceptaría el encargo, puesto que normalmente acepta otros similares que son su modo de vivir; y, reposando en esa confianza, descuidar su negocio. Pero al adoptar las medidas de precaución, el mandatario deberá dejar a salvo su decisión de no aceptar el mandato para impedir que su conducta pueda ser interpretada como una aceptación tácita. Y desde luego, aunque no acepte el mandato, tendrá derecho a que se le retribuyan los trabajos efectuados y se le paguen los gastos.

A.— EJECUCIÓN DEL MANDATO

1110/1687

1687. CÓMO DEBE CUMPLIRSE EL MANDATO.— La obligación esencial impuesta al mandatario es la de cumplir los actos que le fueron encargados. Debe ejecutarlos exactamente, en lugar y tiempo propios, y circunscribirse a los límites del encargo, no haciendo más ni menos (art. 1905 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1905). Esto no excluye el deber de cumplir todos aquellos actos que aunque no previstos expresamente en el mandato, sean esenciales para el cumplimiento de los actos previstos (ver nota 1). En caso de duda sobre los límites del mandato, la naturaleza del negocio indicará la extensión de los poderes (art. 1905 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1905, 2do. apartado); sin olvidar, empero, que las atribuciones del mandatario deben interpretarse restrictivamente (véase nº 1668).

Está obligado a cumplir con diligencia y a preservar el interés del mandante lo mejor que sepa y pueda (ver nota 2). Debe obrar con discreción, particularmente cuando la índole de la gestión ponga en contacto al mandatario con aspectos de la vida privada del mandante (por ej., un pleito de divorcio, la correspondencia personal, etc.) (ver nota 3). Debe ajustarse no sólo a los límites aparentes del mandato originario, sino también a las instrucciones reservadas y a las posteriores que las modifiquen (ver nota 4); pero si las posteriores instrucciones importan una agravación inequitativa de las obligaciones originariamente asumidas por el mandatario, éste puede rechazarlas y abstenerse de ejecutar el mandato hasta que aquéllas sean modificadas (ver nota 5).

A estas directivas generales podemos añadir algunas reglas especiales:

1110/1688

1688. a) Ejecución más ventajosa.— No se consideran traspasados los límites del mandato, cuando ha sido ejecutado de una manera más ventajosa para el mandante (art. 1906 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1906). Es una solución lógica; el mandante no tendría de qué quejarse. A veces, empero, no será simple establecer si la ejecución fue beneficiosa o perjudicial; por ejemplo, el mandante recibe encargo de vender una propiedad por $ 300.000 con un año de plazo y la vende a $ 290.000 al contado. En principio, y para evitar dudas, habrá que admitir que la ventaja debe referirse a cada condición en particular, lo que en el supuesto anterior significaría que el mandatario se ha excedido en sus poderes. Pero no debe hacerse de esto una regla rígida; el juez podrá apreciar el negocio en su conjunto y si, así considerado, fuere evidente la ventaja para el mandante no obstante la desventaja particular de alguna de sus cláusulas, podrá resolver que el mandatario no se ha excedido, conforme con el art. 1906 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1906.

1110/1689

1689. b) Ejecución evidentemente dañosa.— El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato, cuando su ejecución fuese manifiestamente dañosa para el mandante (art. 1907 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1907). Está bien que así sea, porque el mandato es casi siempre un acto de confianza en la capacidad y lealtad del mandatario; no puede éste obrar con notorio perjuicio de los intereses del mandante, por más que lo haga sin exceder los límites de sus poderes, sin traicionar esa confianza.

El mandatario que cumple el mandato, no obstante el manifiesto daño que de él resultará al mandante, responde ante éste por los perjuicios sufridos; pero no hay que olvidar que el mandante lo comisionó para tal objeto; por consiguiente, sólo puede surgir tal responsabilidad si la consecuencia dañosa fuera fácilmente previsible por poco que se hubiera puesto en el negocio una elemental atención (ver nota 6). Y no será responsable el mandatario si no obstante haber advertido al mandante del daño, éste insiste en sus instrucciones de ejecutar el mandato.

Se ha declarado que cumple con el deber impuesto en esta norma el abogado o procurador que se niega a proseguir la causa si estima que ésta no puede prosperar (ver nota 7).

1110/1690

1690. c) Imposibilidad de cumplir las instrucciones.— El mandatario que se encuentre en la imposibilidad de obrar con arreglo a sus instrucciones, no está obligado a constituirse en

agente oficioso, es decir, a cumplir de otra manera (la que sea posible) la comisión; le basta con tomar las medidas conservatorias que las circunstancias exijan (art. 1916 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1916). Además de estas medidas conservatorias, está obligado a informar al mandante de la imposibilidad sobrevenida y requerirle instrucciones, sin perjuicio de su derecho de renunciar al mandato si las nuevas instrucciones se apartan del mandato originario que él aceptó.

1110/1691

1691. d) Oposición de intereses entre mandante y mandatario.— El mandatario no ejecutará fielmente el mandato si habiendo oposición entre sus intereses y los del mandante, diera preferencia a los suyos (art. 1908 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1908). ¿Cuál es el alcance de esta norma?

1) Según algunos autores, el art. 1908 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1908es aplicable aun al caso de que la oposición de intereses haya resultado de una causa externa al mandato mismo. Tal, por ejemplo, el caso clásico del naufragio en el que el mandatario se ve en la disyuntiva de salvar sus propias mercaderías o las pertenecientes al mandante. MACHADO opina que el art. 1908 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1908impone siempre dar preferencia a las mercaderías del mandante (ver nota 8). En cambio, ACUÑA ANZORENA, siguiendo a PONT, dice que el mandatario debe salvar ante todo las mercaderías más valiosas, sean de él o del mandante; pero si las mercaderías fueren de valor más o menos semejante, el mandatario puede salvar primero las suyas sin que de ello se le derive ninguna responsabilidad (ver nota 9).

2) A nuestro juicio, el art. 1908 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1908no ha contemplado la hipótesis de una contraposición de intereses resultante de una causa externa al contrato, sino la que resulta del contrato mismo.

Según este criterio, el mandatario no sería nunca responsable en el caso del naufragio o en otro cualquiera en que haya salvado la propia cosa, aunque sacrificándola hubiera podido salvar la del mandante (ver nota 10). Pero si la contraposición resulta del contrato mismo, el mandatario debe posponer sus intereses a los del mandante. La Cámara Civil de la Capital hizo una aplicación justa de esta idea en el caso de un mandatario que había recibido instrucciones de vender un campo, consistiendo su comisión en el excedente que pudiera obtener sobre el precio de $ 3.000 la hectárea; habiendo recibido una oferta por $ 4.000 debe vender sin esperar otras ofertas superiores porque esto implica posponer los intereses del mandante a los propios (ver nota 11).

1110/1692

1692.— Se vinculan también, con este problema los llamados contratos consigo mismo, que hemos tratado en otro lugar (nº 1645) y cuya validez depende esencialmente de que no pueda haber contraposición de intereses en la concertación del contrato.

1110/1693

1693. EJECUCIÓN DEL MANDATO POR LOS ACREEDORES DEL MANDATARIO.— La ejecución del mandato es un acto de confianza; por lo tanto, no puede ser ejecutado por los acreedores del mandatario por vía subrogatoria (ver nota 12), por más que éstos pudieran invocar un interés patrimonial consistente en que dicha ejecución hará nacer un derecho de retribución en favor de su deudor.

Se admite, empero, una excepción: cuando el mandato ha sido otorgado en interés común del mandante y del mandatario (por ej., mandato para cobrar un crédito del mandante con el cual éste pagará la deuda que tiene con el mandatario) en cuyo caso los acreedores de éste pueden subrogarlo y ejecutar por él el mandato (ver nota 13).

(nota 1) MINERVINI, El mandato, nº 17.

(nota 2) LARENZ Obligaciones, t. 2, § 52; MESSINEO, § 155, nº 9, quien habla de la diligencia de un buen padre de familia, lo mismo que COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 1357.

(nota 3) LARENZ Obligaciones, t. 2, § 52.

(nota 4) LARENZ Obligaciones, t. 2, § 52; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 158, I, 3.

(nota 5) ENNECCERUS-LEHMANN, loc. cit. en nota anterior, nota 6.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap., 30/6/1938, J.A., t. 62, p. 702.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 19/4/1943, G.F., t. 164, p. 331.

(nota 8) MACHADO, t. 5, p. 222.

(nota 9) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1819, nota 76 a).

(nota 10) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 606; GUILLOUARD, Du mandat, nº 107.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala D, 8/6/1951, J.A., 1952-I, p. 41.

(nota 12) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1815; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 564; AUBRY y RAU, § 312; DEMOLOMBE, t. 25, nº 60.

(nota 13) AUBRY y RAU, § 312; DEMOLOMBE, t. 25, nº 60; DEMOGUE, Obligations, t. 7, nº 952. Contra: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 564.

B.— RENDICIÓN DE CUENTAS (ver nota 1)

1110/1694

1694. EL PRINCIPIO.— La obligación de rendir cuentas es inherente a toda gestión de negocios ajenos, cualquiera sea su carácter (gestión de negocios propiamente dicha, representación legal, albaceazgo, curaduría de bienes, sindicatura, administración judicial, etc.). Es natural que también pese sobre el mandatario (art. 1909 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1909). Por excepción no sería obligatorio si el mandato ha sido ejercido bajo la vigilancia inmediata y directa del mandante y el mandatario no ha retenido en su poder bienes de aquél (ver nota 2), pues en tal caso carecería de objeto.

1110/1695

1695. EXENCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS.— El mandante puede eximir al mandatario de la obligación de rendir cuentas, sea en el mismo instrumento del mandato, sea posteriormente (art. 1910 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1910); o puede eximirlo solamente de la obligación de documentar las cuentas rendidas (ver nota 3). Pero esta liberación no dispensa al mandatario de entregar al mandante lo que hubiera recibido de él o de terceros con motivo del ejercicio del mandato (ver nota 4), ni lo exonera de los cargos que contra él probare el mandante (art. 1910 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1910). En otras palabras, la exoneración de la obligación de rendir cuentas no libera al mandatario de su deber de cumplir fielmente su cometido. En el fondo se traduce en una inversión del cargo de la prueba: ya no será el mandatario el que esté obligado a demostrar

que cumplió con exactitud el mandato, sino que será el mandante que quiera hacerlo responsable el que deberá probar que incurrió en omisión de sus deberes (ver nota 5). Es claro que las dificultades prácticas para producir la prueba circunstanciada de las deficiencias, incumplimientos, negligencia o dolo serán frecuentemente invencibles; por ello parece atinado admitir que si el mandante logra probar el dolo o gran negligencia del mandatario, debe reputarse ineficaz la dispensa de rendir cuentas. Así lo resuelve expresamente el Código Civil italiano (art. 1713 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_40.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1713). En tal caso, la obligación legal de rendir cuentas recupera su imperio respecto de toda la gestión y no solamente con relación al hecho doloso o culposo (ver nota 6).

La liberación de la obligación de rendir cuentas puede ser expresa o tácita (ver nota 7). La aceptación de las cuentas sin exigir documentación importa renunciar al derecho de exigirla (ver nota 8).

1110/1696

1696. DE QUÉ DEBE RENDIR CUENTAS EL MANDATARIO.— El mandatario debe rendir cuentas del cumplimiento exacto de su gestión; y debe indemnizar al mandante de cualquier daño que a éste se le derive de su negligencia o dolo. Está además obligado a restituir al mandante todo lo que hubiere recibido como consecuencia del ejercicio del mandato y de lo que no hubiere dispuesto por su orden (art. 1911 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1911), a saber: a) todo lo que el mandante le confió, es decir, los bienes, dinero, etcétera, que le fueron entregados para el desempeño de su mandato; respecto de todos esos bienes el mandatario tiene una obligación de custodia (véase núms. 1702 y sigs.); b) todo lo que recibiese de un tercero, aunque lo recibiese sin derecho; esta disposición significa que el mandatario no puede retener para sí lo que hubiera recibido sin derecho por el mandante; y si lo pagado sin causa por el tercero está en su poder, el mandante puede exigir su entrega. Pero el mandatario está autorizado a restituir directamente al tercero lo que éste hubiera pagado indebidamente; la cláusula que estamos considerando no se opone a esta solución. Para demostrarlo basta considerar que si el mandatario hubiera devuelto lo pagado de más, el mandante no podría intentar contra él ninguna acción de daños y perjuicio por la simple razón de que él no ha sufrido perjuicio alguno, ya que lo que el mandatario devolvió a su dueño no le pertenecía (ver nota 9); c) todas las ganancias resultantes del negocio que se le encargó; d) los títulos, documentos y papeles que se le hubiere confiado, con excepción de las cartas e instrucciones que el mandante le hubiese remitido o dado. Estas instrucciones forman parte del mandato; es lógico que el mandatario pueda retener para sí la prueba que en cualquier evento le permitirá demostrar que ha obrado dentro de los límites del mandato.

Es necesario agregar que el mandatario está obligado a restituir los documentos y bienes del mandante que obren en su poder, tan pronto le sean innecesarios para su gestión (ver nota 10); y sin esperar a la terminación de su cometido.

En cuanto a su obligación de restituir el instrumento en el que consta el apoderamiento, véase número 1765.

1110/1697

1697. MANDATO ILÍCITO.— En principio, el mandato ilícito o contrario a la moral y a las buenas costumbres no brinda acción entre las partes, pues nadie puede invocar su propia torpeza. De este principio se siguen las siguientes consecuencias:

a) El mandante no tiene acción de rendición de cuentas (ver nota 11), ni podrá reclamar las ganancias obtenidas del mandato ilícito (art. 1912 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1912); pero podrá obtener la restitución de las cosas de su propiedad que se hubiere entregado al mandatario, porque esta acción se fundará en su derecho de propiedad y no en el mandato; el dinero que hubiere entregado como adelanto de gastos o por otro concepto no es reivindicable ni da lugar a una acción de restitución (ver nota 12), que tendría una causa torpe, pues habría que invocar el mandato ilícito. Pero si siendo lícito el mandato resultaran ganancias ilícitas, podrá el mandante exigir que se le entreguen (art. 1912 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1912), solución discutible desde el punto de vista moral con la cual el legislador ha querido descorazonar al autor del hecho ilícito, pero que alienta al mandante a quedarse con una ganancia ilícita.

b) El mandatario carece de toda acción para que se le pague la retribución pactada o se le reintegren los gastos y anticipos que hubiere efectuado (ver nota 13).

c) Si el mandatario aun después de aceptado el mandato, se negare a cumplirlo, no podrá el mandante responsabilizarlo por daños ni reclamarle la restitución de lo que le hubiere pagado en concepto de adelanto.

1110/1698

1698. INTERESES.— El mandatario no debe intereses sobre las sumas de propiedad del mandante que obren en su poder como consecuencia del ejercicio del mandato sino desde el momento en que quedó constituido en mora (art. 1913 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1913). La demanda por rendición de cuentas implica suficiente interpelación, porque ella demuestra inequívocamente la voluntad de cobrar los saldos que resulten de dicha rendición; no sería razonable que la demora en rendir cuentas prive al mandante de su legítimo derecho a percibir intereses correspondientes a las sumas que el mandatario ha retenido en su poder indebidamente (ver nota 14).

Desde el momento de la mora los intereses son debidos aunque el saldo no sea todavía líquido (ver nota 15).

Los intereses se deben de pleno derecho y sin necesidad de interpelación, cuando el mandatario ha aplicado los fondos en provecho propio, en cuyo caso se deben desde el día de la inversión (ver nota 16) (art. 1913 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1913). Pero la mera retención de fondos no significa que los haya empleado en su provecho (ver nota 17); corre por cuenta del mandante la prueba de que ha habido un aprovechamiento efectivo de ellos por el mandatario (ver nota 18). La circunstancia de que el mandante deba al mandatario honorarios y gastos no impide el decurso de pleno derecho de los intereses sobre las sumas invertidas por el mandatario en provecho propio (ver nota 19).

1110/1699

1699. FORMA DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS.— La ley no establece la forma en que las cuentas deben ser rendidas; basta por tanto con que contengan un detalle claro y completo de los ingresos y egresos con sus respectivos comprobantes (ver nota 20). Pero los comprobantes no serán indispensables para justificar gastos que de cualquier modo aparecen justificados objetivamente por las circunstancias, sobre todo cuando se trata de pequeños desembolsos (ver nota 21). En un caso se resolvió que no es posible exigir una minuciosa rendición de cuentas después de 11 años, al miembro de la familia que hace las veces de administrador de una sucesión, pues el tiempo transcurrido durante el cual no se ha pedido rendición significa la conformidad de todos y su buena fe (ver nota 22). La aceptación de las cuentas sin exigir comprobantes importa renunciar al derecho de exigirlos (ver nota 23). Cuando se trata de cuentas rendidas por los herederos del mandatario, debe tenerse un criterio menos riguroso en la exigencia de comprobantes, sobre todo si se trata de gastos de difícil comprobación.

1110/1700

1700. CARÁCTER DEL SALDO RESULTANTE DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS.— Los ingresos y egresos que figuran en las cuentas no constituyen créditos y deudas que van compensándose a medida que se producen, sino simples partidas de crédito y débito que forman parte de un conjunto indivisible; no hay compensación sino balance (ver nota 24). Esta conclusión tiene importancia en caso de falencia de una de las partes en cuyo caso nadie podrá invocar el art. 828 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_23.HTM&iid=AR_LA001 - Art_828para sostener que no se compensan los créditos y deudas derivadas del mandato (ver nota 25).

1110/1701

1701. OBLIGACIÓN DE TENER INFORMADO AL MANDANTE.— Se vincula estrechamente con la obligación de rendir cuentas, la que pesa sobre el mandatario de tener informado al mandante sobre la marcha de su gestión (ver nota 26). El mandante tiene

interés en conocer cómo se va desenvolviendo aquélla, ya sea para tomar las medidas aconsejadas por las circunstancias, ya sea para saber a qué atenerse respecto del mandatario o de los terceros con quienes éste ha contratado y hacer sus previsiones en éste u otros negocios. Sin embargo, como no hay disposición legal sobre este punto ni mucho menos se ha establecido la oportunidad en que tales informes deben ser rendidos, hay que admitir que el mandatario no está obligado a presentarlos espontáneamente, pero sí debe hacerlo a requerimiento del mandante y tantas veces éste se lo solicite dentro de lo prudente (ver nota 27). Pero está obligado a comunicar al mandante, espontáneamente y sin demora, las circunstancias sobrevenidas que puedan determinar la revocación o la modificación del mandato (ver nota 28), y muy en particular las dificultades que surjan en su ejecución (ver nota 29). Con mayor generalidad podríamos decir que esta obligación se extiende a todos los hechos cuyo conocimiento pueda razonablemente creerse de interés para el mandante (ver nota 30). De igual modo debe comunicarle de inmediato el cumplimiento de la gestión encomendada (ver nota 31).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 2580, véase: NUTI, La obbligazione di rendiconti, Milano, 1954.

(nota 2) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1824; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 672; GUILLOUARD, nº 132.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 31/8/1959, L.L., t. 97, p. 383; CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, t. 4, p. 499; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, nº 335 y jurisprudencia del Tribunal Supremo citada por estos autores.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 9/5/1945, J.A., 1945-II, p. 800.

(nota 5) MINERVINI, El mandato, nº 39.

(nota 6) MINERVINI, El mandato, nº 39.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 31/8/1959, L.L., t. 97, p. 383. En este caso se resolvió que la entrega al mandatario de los recibos firmados para que él los cobrase de un tercero, importa una liberación tácita de la obligación de rendir cuentas porque con ese procedimiento el representante quedaba privado de toda documentación y en la imposibilidad absoluta de acreditar posteriormente los hechos relacionados con su gestión.

(nota 8) Fallo citado en nota anterior.

(nota 9) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1828, en concordancia con la opinión de BAUDRY LACANTINERIE y WAHL (nº 678) y GUILLOUARD (nº 135) limita la facultad del mandatario al caso de simples errores de cálculo o de cuenta; pero no vemos razones para no seguir igual solución en cualquier caso de pago indebido.

(nota 10) LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 52. Es la tesis aceptada implícitamente por la C. Fed. Cap., al obligar al mandatario a indemnizar al mandante por el uso personal de las cosas de propiedad de éste (23/4/1959, causa 3166, inédita).

(nota 11) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1457.

(nota 12) En el derecho francés se admite sin embargo la restitución; véase PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1457 y jurisprudencia allí citada.

(nota 13) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1457.

(nota 14) Modificamos así la opinión sostenida en las primeras ediciones (1ª a 3ª). Sostienen que la demanda por rendición de cuentas es insuficiente para considerar interpelado al mandatario. PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1478.

(nota 15) Autores y loc. cit. en nota anterior.

(nota 16) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1830.

(nota 17) C. Civil 2ª Cap., 12/5/1937, J.A., t. 58, p. 500.

(nota 18) C. Civil 1ª Cap., 24/8/1935, J.A., t. 53, p. 74; C. Civil 2ª Cap., 12/5/1937, J.A., t. 58, p. 500; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1478.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 23/7/1926, J.A., t. 21, p. 184.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala A, 22/8/1962, causa 81.463, inédita; Sala B, 13/11/1963, Doct. Jud. nº 2131; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1832; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1476; GUILLOUARD, Du mandat, nº 134; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du

mandat, nº 676.

(nota 21) C. Civil Cap., Sala A, 22/8/1962, causa 81.463, inédita; MINERVINI, El mandato, nº 38.

(nota 22) C. Civil 2ª Cap., 20/3/1944, J.A., 1944-I, p. 729.

(nota 23) C. Civil Cap., Sala A, 31/8/1959, L.L., t. 97, p. 383; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, p. 498; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, nº 335.

(nota 24) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1476.

(nota 25) Autores y loc. cit. en nota anterior.

(nota 26) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1476; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 599; LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 52; MESSINEO, t. 6, § 155, nº 9.

(nota 27) El Código alemán dice en efecto que el mandatario está obligado a informar al mandante si lo pide del estado del negocio (art. 666).

(nota 28) MINERVINI, El mandato, nº 37.

(nota 29) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, loc. cit. en nota anterior.

(nota 30) MINERVINI, El mandato, nº 37.

(nota 31) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 599; art. 1712, Cód. Civil italiano.

C.— RESPONSABILIDAD DEL MANDATARIO

1110/1702

1702. PRINCIPIO GENERAL.— El mandatario es responsable de todo daño derivado al

mandante por la inejecución total o parcial del mandato (art. 1904 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1904), salvo que ella se debiera a caso fortuito o fuerza mayor. Es también responsable de todo daño sobrevenido a las cosas que recibió del mandante como consecuencia del contrato y que se hubiera ocasionado por su culpa o dolo. Se trata de meras aplicaciones de los principios generales sobre la responsabilidad.

Pero estas reglas sufren una excepción en el supuesto del dinero que el mandatario tiene en su poder por cuenta del mandante; si perece por caso fortuito o fuerza mayor, perece para el mandatario a menos que esté contenido en sacos o cajas destruidos en el accidente (art. 1915 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1915). La disposición se explica porque el dinero es una cosa eminentemente fungible de tal modo que por lo común no puede ser individualizado; pero si fuera posible individualizarlo por haberse entregado en bolsas o cajas cerradas, entonces recobran su vigor los principios generales según los cuales el mandatario no responde de las pérdidas ocasionadas por fuerza mayor.

1110/1703

1703.— El mandatario responde de su negligencia, cualquiera que ella sea, y particularmente de la omisión de la debida vigilancia respecto de personas o de cosas (ver nota 1); de su imprudencia al no haber tomado las debidas providencias para salvaguardar los derechos o bienes del mandante, como ocurre si se han perdido los valores enviados por correo al mandante sin certificarlos (ver nota 2); si se ha demandado infundadamente y con ligereza a un tercero a nombre del mandante (ver nota 3); de su falta de discreción, si ha revelado secretos del mandante que conoció con motivo del ejercicio del mandato (ver nota 4); de los perjuicios que ocasionó al mandante por no restituirle los documentos o bienes que no le eran necesarios para su gestión (ver nota 5); finalmente, responde de sus errores graves, tales como haberse equivocado en perjuicio de su mandante en la interpretación de un contrato (ver nota 6); sobre las cualidades de la cosa adquirida para el mandante si un examen razonablemente cuidadoso de ella hubiera permitido darse cuenta de sus defectos (ver nota 7), sobre la licitud o conveniencia de la operación realizada. Pero en ninguno de estos casos habrá responsabilidad si ha obrado según instrucciones precisas del mandante, a menos que la ejecución fuese manifiestamente dañosa para los intereses de éste (art. 1907 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1907; véase nº 1689).

Debe también indemnizar al mandante si ha utilizado en provecho propio las cosas comprendidas en el mandato (ver nota 8) (arg. art. 1913 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1913).

1110/1704

1704. SOLVENCIA DE LAS PERSONAS CON QUIENES CONTRATA EL MANDATARIO.— ¿Es responsable el mandatario por resultar insolvente la persona con la cual ha contratado por el mandante? Esta cuestión, que originó dudas en el derecho francés, ha sido resuelta por el art. 1914 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1914en el sentido negativo a menos que expresamente haya asumido esa responsabilidad. Si la ha asumido responde, pero puede oponer al mandante todas las excepciones que hubiera podido oponer el tercero (ver nota 9), pues de lo contrario el mandante vendría a quedar colocado en una situación más ventajosa que la que tendría si el tercero fuera solvente, lo que no es el espíritu de la cláusula contractual. Pero nada se opone a que el mandatario asuma responsabilidades más extensas; si toma a su cargo todas las incertidumbres y embarazos del cobro de los créditos del mandante, responde como principal pagador inclusive cuando la imposibilidad de cobrar derive de caso fortuito o fuerza mayor (art. 1914 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1914).

1110/1705

1705. CRITERIO PARA APRECIAR EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL MANDATARIO.— El mandatario culpable responderá de todos los daños y perjuicios que deriven al mandante de su falta, negligencia o dolo. Pero cabe preguntarse si el mandatario puede compensar sus negligencias (y los daños de ellas derivados) con sus aciertos (y los beneficios resultantes). En principio la respuesta debe ser negativa, porque al obrar con acierto y diligencia el mandatario no ha hecho sino cumplir con sus obligaciones, en tanto que al actuar con negligencia las ha descuidado (ver nota 10). Pero esto no puede ser una regla absoluta; si la gestión en su conjunto ha sido notoriamente beneficiosa para el mandante, éste no podría fundarse en una negligencia ocasional para reclamar daños y perjuicios; lo contrario sería repugnante a la equidad (ver nota 11).

1110/1706

1706. RESPONSABILIDAD EN CASO DE EJECUCIÓN DEL MANDATO CON EXCESO; REMISIÓN.— Las consecuencias de la ejecución del mandato con exceso son estudiadas en los números 1741 y siguientes, a los que remitimos.

(nota 1) LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 52; Trib. Montpellier, 6/2/1893, Dalloz, 1894.1.212 (este fallo y los de los tribunales franceses que se citan en las notas siguientes, han sido tomados de PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1472).

(nota 2) Trib. Lyon, 16/12/1865, Dalloz, 1866.5.296; Aix, 25/11/1869, Dalloz, 1871.2.26.

(nota 3) Req. 7/11/1904, Dalloz, 1905.I.46.

(nota 4) LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 52.

(nota 5) LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 52.

(nota 6) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1472.

(nota 7) Rouen, 18/5/1866, Dalloz, 1866.2.34; París, 2/1/1890, Dalloz, 1892.2.257.

(nota 8) C. Fed. Cap., 23/4/1959, causa 3166 (inédita).

(nota 9) MINERVINI, El mandato, nº 45.

(nota 10) En este sentido: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 646; GUILLOUARD, Du mandat, nº 108; AUBRY y RAU, § 413.

(nota 11) De acuerdo: PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1473; PONT, t. 1, nº 999; TROPLONG, núms. 403 y 433.

§ 7.— Sustitución del mandato (ver nota 1)

1110/1707

1707. PRINCIPIO.— El otorgamiento de un mandato es por lo común un acto de confianza; la persona del mandatario lejos de ser indiferente es fecuentemente esencial. Parece pues que debería negarse al mandatario la posibilidad de hacerse sustituir por un tercero en el desempeño de la gestión que se le ha encomendado. Sin embargo, no es así; por el contrario, el mandatario está autorizado a sustituir el mandato (art. 1924 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1924), a menos que se lo prohíba el contrato (ver nota 2). Aparentemente ilógica, la solución es en cambio razonable y práctica. El sustituto actúa bajo la responsabilidad del mandatario, de modo que éste sigue siendo la garantía del mandante; y así se resuelven en forma práctica y con beneficio para el mandante las dificultades o quizá la imposibilidad que muchas veces se le presenta al mandatario de ejercer personalmente el mandato.

El sustituto es mandatario del mandatario o, como se lo ha llamado, submandatario (ver

nota 3). Por consiguiente, el sustituyente debe tener capacidad para otorgar mandato y el sustituto para aceptarlo (ver nota 4).

1110/1708

1708.— Es necesario no confundir la sustitución del mandato con la cooperación material que el mandatario haya requerido de terceros para la ejecución del mandato. En este caso no hay relación directa entre el mandante y quien ejecutó los actos; el único apoderado sigue siendo el mandatario; entre éste y el ejecutor o auxiliar sólo hay una relación de contrato de trabajo (ver nota 5) y responde de la culpa del tercero como si fuera propia (ver nota 6), en tanto que su responsabilidad por la culpa del sustituyente obedece a reglas distintas (véase nº 1710). Finalmente, el sustituyente obra con una autonomía, respecto del mandatario, que no tiene el auxiliar.

Debe distinguirse también entre la sustitución del mandato y el mandato autónomo otorgado por el mandatario en favor de un tercero para que éste cumpla la gestión que se le encomendó; éste sería el caso si el mandatario calla ante el tercero que obra por otro. En el fondo habría un mandato oculto. Las consecuencias de la distinción son importantes, porque no hay acción directa entre mandante y submandatario y éste puede oponer a la acción indirecta que intente el dueño del negocio, la compensación de sus deudas derivadas del ejercicio del mandato con cualquier crédito que tenga contra el mandatario principal (ver nota 7).

Además, la muerte o incapacidad del mandatario sustituido no opera la extinción del poder del sustituyente; en tanto que si el mandato es a nombre propio, la muerte o incapacidad del mandatario extingue la del submandatario (véase nº 1782).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014160
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014160

1110/14160

A.— EFECTOS

1110/1709

1709. RELACIONES ENTRE MANDANTE Y MANDATARIO (ver nota 8).— La sustitución del mandato origina los siguientes problemas en las relaciones entre mandante y mandatario:

1110/1710

1710. a) Responsabilidad del mandatario.— A los efectos de determinar la responsabilidad del mandatario por los hechos del sustituto, hay que distinguir diversas hipótesis:

1) Si el acto originario de apoderamiento no contiene la facultad de sustituir poder, el mandatario responde ante el mandante por todos los hechos culposos o dolosos del sustituido del cual se le deriva algún daño al mandante; asimismo responde de los daños derivados de la insolvencia del sustituto (art. 1924 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1924). Pero no responde de los derivados de caso fortuito o fuerza mayor (ver nota 9).

2) Si el poder autoriza la sustitución sin indicación del sustituto, el mandatario es responsable de su manera de desempeñar el mandato y de su solvencia solamente en el caso de que hubiere elegido una persona notoriamente incapaz o insolvente (art. 1924 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1924). Y también responderá, aunque no fuere notoriamente incapaz o insolvente, si el daño causado al mandante se hubiera podido evitar de haber ejercido la vigilancia que el mandatario tiene el deber de mantener sobre la manera de ejecutar el mandato por el sustituto (ver nota 10).

3) Si el poder ha autorizado la sustitución e indicado el sustituto, el mandatario carece de toda responsabilidad, porque el sustituto ha sido designado por el propio mandante. Esta solución surge a contrario sensu del art. 1924 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1924y se impone por una elemental razón de lógica jurídica, porque las consecuencias del mal ejercicio del mandato deben recaer sobre el culpable de la errónea elección (ver nota 11).

4) Si el mandatario ha sustituido el mandato a pesar de la prohibición expresa del contrato, el contrato es nulo, salvo ratificación por el mandante (ver nota 12); y si como consecuencia de la sustitución se producen daños al mandante, el mandatario es responsable aun de los que se hubieran originado en un caso fortuito, a menos que el mandatario demuestre que se hubieran producido también si no hubiera mediado sustitución de poder (ver nota 13).

1110/1711

1711. b) Obligación de vigilancia.— El mandatario tiene la obligación de mantener vigilancia sobre la forma como el sustituto desempeña su mandato, aunque el poder contuviera autorización para sustituir sin determinación de la persona del sustituto (ver nota 14); y es responsable de los daños que hubieran podido evitarse al mandante de haber cumplido con diligencia su deber de vigilancia. Pero si en el poder se ha indicado la persona en quien se puede sustituir el mandato, cesa el deber de vigilancia, pues en este supuesto el sustituto es un nuevo mandatario designado por el mismo mandante y sólo éste debe sufrir las consecuencias de su errónea elección (ver nota 15).

1110/1712

1712. RELACIONES ENTRE EL MANDANTE Y EL SUSTITUTO.— El mandante tiene acción directa contra el sustituto (los arts. 1926 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1926y sigs. hablan erróneamente de sustituido) en cualquier caso, haya o no autorizado la sustitución (ver nota 16) (art. 1926 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1926). Aunque no hay una vinculación contractual directa entre ambos, la ley confiere al mandante esa acción por razones prácticas y para darle una protección más enérgica. Por consiguiente, puede accionar, contra el sustituto como si éste hubiera sido su mandatario; podrá exigirle rendición de cuentas (ver nota 17) y reclamarle los daños y perjuicios que de su gestión se le derivasen (art. 1927 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1927).

De igual modo, el sustituto tiene acción directa contra el mandante por cobro de los honorarios y gastos y por todas las consecuencias del mandato (art. 1926 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1926). Es claro que la sustitución no podrá agravar las obligaciones contraídas por el mandante respecto de su mandatario; por consiguiente, si el mandatario hubiera pactado con el sustituto un honorario que excedía el que a su vez él tenía derecho a percibir, el mandante no estará obligado por el exceso.

1110/1713

1713.— De esta relación directa entre mandante y sustituto resulta que el sustituto no podrá oponer al mandante la compensación de los créditos que él tuviera contra el mandatario sustituyente y, a la inversa, el mandante no podrá oponer al sustituto las excepciones que él tuviera contra el mandatario (ver nota 18).

1110/1714

1714. RELACIONES ENTRE EL MANDATARIO SUSTITUYENTE Y EL SUSTITUTO. — Las relaciones entre ambos son regidas por las mismas reglas que presiden las relaciones entre mandante y mandatario (art. 1928 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1928). De la concordancia de esta disposición con el art. 1926 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1926resultan las siguientes soluciones:

a) El sustituto está obligado por las consecuencias de su gestión tanto frente al mandante como al mandatario; cualquiera de ellos puede pedirle rendición de cuentas y demandarlo por los perjuicios resultantes de la ejecución deficiente del mandato (ver nota 19). Es claro

que si hubiera rendido cuentas al mandante en forma satisfactoria, quedará eximido de hacerlo ante el mandatario, puesto que el primero es en definitiva el verdadero interesado en el negocio; pero la circunstancia de haber rendido cuentas ante el mandatario y de haber logrado su aprobación, no lo exime del deber de rendirlas ante el mandante, conforme a la solución de los arts. 1926 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1926y 1927.

b) El sustituto tiene acción por cobro de sus honorarios y gastos contra el mandatario y el mandante (ver nota 20); es claro que logrado el pago de uno de ellos se extingue la acción contra el otro.

1110/1715

1715. RELACIONES ENTRE EL MANDANTE Y LOS TERCEROS.— Dispone el art. 1942 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1942que la sustitución del mandatario no autorizada por el mandante, ni ratificada por él, no le obligará respecto de terceros por los actos del sustituto. Interpretada literalmente esta disposición significaría que cuando el acto de apoderamiento no autoriza la sustitución, el mandante no está obligado por las consecuencias del mandato. Semejante interpretación choca con el art. 1924 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1924que autoriza al mandatario a sustituir válidamente el mandato en esa hipótesis. Hay que admitir por tanto que la redacción del art. 1942 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1942ha traicionado la intención del legislador. El texto debe entenderse en el sentido de que el mandante no estará obligado por los actos del sustituto cuando en el mandato se hubiera prohibido la sustitución o cuando habiéndose indicado que ella debería recaer en cierta persona, el mandatario haya designado otro sustituto. Pero si el mandatario guarda silencio, el mandante está obligado frente a terceros por los actos del sustituto (ver nota 21).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 2580, véase SALAS, Responsabilidad del mandatario frente al mandante por los hechos del sustituto, J.A., t. 66, p. 627; SALAS, Situación del mandatario sustituido frente al sustituto, J.A., 1946-I, p. 512; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, La revocación y la sustitución del poder y del mandato, en Estudios de derecho privado, t. 1, ps. 405 y sigs.

(nota 2) C. Com. Cap., 25/9/1925, J.A., t. 17, p. 728; íd, Sala B, 31/5/1957, causa 92.080 (inédita); SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1848, y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 91 b); PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1469; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, núms. 560 y sigs.; AUBRY y RAU, § 413; MINERVINI, El mandato,

nº 24.

(nota 3) CARRESI, cit. por MINERVINI, El mandato, nº 25.

(nota 4) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1849; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 567.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala E, 24/9/1963, L.L., t. 114, p. 233. SALAS, nota en J.A., 1946-I, p. 512.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala E, 24/9/1963, L.L., t. 114, p. 233. LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 52; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 158, I, a.

(nota 7) MINERVINI, El mandato, núms. 24 y 25 y doctrina citada en notas 13 y 14; MESSINEO, t. 6, § 155, nº 9.

(nota 8) BIBLIOGRAFÍA: Además de la indicada en nota 2743, véase SALAS, Responsabilidad del mandatario frente al mandante por los hechos del sustituto, J.A., t. 66, p. 627.

(nota 9) SALAS, nota en J.A., t. 66, p. 631; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 570; AUBRY y RAU, § 413.

(nota 10) C. Civil 2ª Cap., 15/5/1939, J.A., t. 66, p. 627, y L.L., t. 14, p. 714; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1852, nota 92; GUILLOUARD, Du mandat, nº 121.

(nota 11) De acuerdo, MINERVINI, El mandato, nº 24; es también la solución admitida en la jurisprudencia española (véase la citada por el anotador de MINERVINI, p. 135) y la opinión de PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 371.

(nota 12) Art. 721, Cód. Civil español; véase PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 37 e); COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 1358; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, nº 1419.

(nota 13) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1852 y su anotador ACUÑA

ANZORENA, nota 92 bis; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 577.

(nota 14) C. Civil 2ª Cap., 15/5/1939, J.A., t. 66, p. 627; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1855.

(nota 15) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1856, nota 94; SEGOVIA, t. 1, nota 60 al art. 1927 de su numeración; MACHADO, t. 5, p. 242; LLERENA, t. 6, p. 188. Es también la solución adoptada por los Proyectos de Reformas (Anteproyecto, art. 1822; Proyecto de 1936, art. 1129). En contra: SALVAT, loc. cit. ut supra; SALAS, nota en J.A., t. 66, p. 634.

(nota 16) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1859; PONT, t. 1, nº 1024; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1469.

(nota 17) C. Civil 1ª Cap., 12/12/1930, J.A., t. 34, p. 1139; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1859; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1470.

(nota 18) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1859; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1470; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 581; AUBRY y RAU, § 413.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 22/8/1938, J.A., t. 63, p. 503; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1863.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala E, 28/12/1962, E.D., t. 3, p. 1017; SALAS nota en J.A., t. 1946-I, p. 514; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1862; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 579. En contra: C. Fed. Bahía Blanca, 28/6/1945, J.A., 1946-I, p. 512 y L.L., t. 42, p. 315, que negó al sustituto acción contra el sustituyente.

(nota 21) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1865, nota 95 b); MACHADO, t. 5, p. 273; LLERENA, t. 6, p. 211. El concepto quedó aclarado en el art. 1827, Anteproyecto de BIBILONI, y art. 1131, Proyecto de 1936.

§ 8.— Obligaciones del mandante

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014180
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014180

A.— OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR LOS MEDIOS PARA LA EJECUCIÓN DEL MANDATO

1110/1716

1716. CONCEPTO.— El mandante debe proporcionar los medios y recursos que sean necesarios para que el mandatario pueda ejecutar su encargo; se trata de una actividad preliminar y concurrente con la que debe realizar el mandatario (ver nota 1). Así, por ejemplo, debe entregarle la cosa mueble que le encargó exhibir y vender; el título de propiedad del inmueble que le encargó escriturar; y particularmente los fondos que requiere el cumplimiento de la comisión. La importancia de esta última obligación aconseja tratarla en párrafo aparte.

1110/1717

1717. ANTICIPO DE FONDOS Y REINTEGRO DE GASTOS.— El mandatario no tiene obligación de correr con los gastos que demande el cumplimiento del mandato; la gestión se hace en interés del mandante y es lógico que sea éste quien cargue con ellos. Por consiguiente, el mandante está obligado a anticipar al mandatario, si éste lo pidiere, los fondos necesarios (art. 1948 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1948). Y si el mandante no se los proporciona, el mandatario quedará exento de responsabilidad por la inejecución. Pero para que el mandatario pueda excusar su responsabilidad, está obligado a constituir en mora oportunamente al mandante. Si no lo hubiere hecho y luego fuera demandado por daños y perjuicios derivados de la inejecución, no podrá excusarse aduciendo que no se le proporcionaron los fondos, pues la obligación del mandante sólo cobra vigencia en el momento en que el mandatario le formula el pedido.

Nada se opone a que los interesados pacten que los gastos serán anticipados por el mandatario; esta estipulación puede surgir tácitamente del contrato. Pero si la estipulación no es clara, la duda debe resolverse en favor del mandatario, porque no es dable presumir que se haya comprometido a solventar de su bolsillo una gestión realizada en interés ajeno (ver nota 2). Sin embargo, si hubiere un peligro tan inminente en la demora que no sea posible recurrir al mandante y se tratara de sumas módicas, que el mandatario pudiera solventar sin dificultades, estará obligado a hacer los gastos de su bolsillo so pena de incurrir en daños y perjuicios (ver nota 3).

1110/1718

1718.— Si el mandatario hubiere anticipado los fondos, el mandante debe reintegrárselos aunque el negocio no le haya resultado favorable y aunque los gastos parezcan excesivos con tal que no pueda imputarse falta alguna al mandatario (art. 1949 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1949). Aun los gastos posteriores al cumplimiento deben reembolsarse si son la

consecuencia natural de la gestión o han sido hechos en interés del mandante (ver nota 4).

1110/1719

1719.— Pero el mandante no está obligado a pagar los gastos hechos por el mandatario: a) si probase que han sido realmente excesivos (art. 1949 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1949); ésta es una cuestión que queda librada a la apreciación judicial. La prudencia de los gastos deberá juzgarse con alguna liberalidad, pero evitando abusos; b) si fueron hechos contra la expresa prohibición del mandante, a no ser que quiera aprovecharse de las ventajas que de ellos resulten (art. 1957 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1957, inc. 1º); c) si fueron ocasionados por culpa del propio mandatario (art. 1957 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1957, inc. 2º), sin perjuicio de lo que hemos dicho en otro lugar respecto de la apreciación en conjunto de la labor de éste (véase nº 1705); d) si los hizo, aunque le fueron ordenados, teniendo conciencia del mal resultado, cuando el mandante lo ignoraba (art. 1957 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1957, inc. 3º); pero en este caso la exención de responsabilidad del mandante debe ser apreciada con severidad, pues no hay que perder de vista que el mandatario obedeció una orden expresa; sólo cuando el mal resultado no ofrece duda y el mandatario no obstante ello cumple la gestión que se le encomendó, surge su responsabilidad. Y aun en este caso podrá excusarse demostrando que el mandante también tenía conciencia del mal resultado y que sin embargo le dio la orden de realizar la gestión; e) si se hubiere convenido que los gastos fuesen de cuenta del mandatario o que éste no pudiese exigir sino una determinada cantidad (art. 1957 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1957, inc. 4º) en cuyo caso el mandatario sólo podrá reclamar lo gastado dentro de dichos límites.

1110/1720

1720. INTERESES SOBRE GASTOS Y ANTICIPOS.— El mandante debe los intereses sobre las sumas que el mandatario ha anticipado o gastado desde el día en que se hizo el gasto (art. 1950 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1950). Vale decir, no se requiere interpelación (ver nota 5); el curso de los intereses empieza a correr de pleno derecho. Pero no se deben intereses de intereses (ver nota 6).

Si el mandatario se ha visto obligado a tener a disposición de los acreedores una suma de dinero, los intereses correrán desde el día en el cual debió hacer la reserva y no desde el momento del pago efectivo, puesto que la indemnización debe ser completa (ver nota 7).

1110/1721

1721. DESDE CUÁNDO PUEDE EL MANDATARIO RECLAMAR EL REINTEGRO DE GASTOS.— El mandatario tiene derecho a reclamar el reintegro de gastos inmediatamente después de haberlos hecho, sin necesidad de esperar el cumplimiento del contrato ni la presentación de sus cuentas (art. 1955 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1955). Y si tuviera en su poder bienes o fondos del mandante, podrá retener cuanto bastara para su pago (art. 1956 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1956). Sobre este derecho de retención, véase número 1730.

(nota 1) FALSEA, cit. por MINERVINI, El mandato, nº 48.

(nota 2) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1868.

(nota 3) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1868, nota 95 d); SEGOVIA, t. 1, nota 81 al art. 1950 de su numeración.

(nota 4) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1480.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 8/10/1937, J.A., t. 60, p. 117; unanimidad en la doctrina.

(nota 6) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 182; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 713; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1482.

(nota 7) MACHADO, t. 5, p. 277; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 709; GUILLOUARD, Du mandat, nº 157; PONT, t. 1, nº 1093.

B.— OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR LAS PÉRDIDAS

1110/1722

1722. INDEMNIZACIÓN DE LAS PÉRDIDAS.— El mandante está obligado a indemnizar al mandatario de todas las pérdidas sufridas como consecuencia de la gestión que le encomendó, si hubieren ocurrido sin culpa del apoderado (art. 1953 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1953). Repútase perjuicio ocasionado por la ejecución del mandato aquel que el

mandatario no hubiera sufrido si no hubiera aceptado el mandato (art. 1954 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1954); en otras palabras, el mandante puede eximirse de responsabilidad demostrando que el mandatario hubiera sufrido también el daño aunque no estuviera ejecutando el mandato (ver nota 1). No importa que los daños se hayan originado en un caso de fuerza mayor; aun así responde el mandante si el mandatario no hubiera sufrido el daño de no encontrarse en el desempeño del mandato (ver nota 2); así, por ejemplo, si el mandatario se encontraba en viaje en cumplimiento de su gestión y allí lo sorprende un naufragio, un terremoto, etcétera, el mandante debe la indemnización de todos los daños sufridos en él.

¿Qué ocurre si el mandatario ha sufrido daños por haber afrontado riesgos innecesarios? Si el riesgo era a todas luces innecesario, parece razonable no responsabilizar al mandante; pero si la necesidad o conveniencia de afrontar el riesgo se presenta dudosa, es equitativo que el mandante pague los daños, ya que la conducta del mandatario deja de ser culposa (ver nota 3).

No importa que la pérdida se haya revelado luego de concluida la ejecución del mandato (ver nota 4); tampoco interesa que el mandato sea gratuito u oneroso (ver nota 5); el mandante responde en todos estos casos.

Si el mandatario ha muerto como consecuencia del hecho, la acción por indemnización pasa a los herederos, de acuerdo con las reglas generales (ver nota 6).

(nota 1) COGLIOLO, L'indennizi al mandatario, Il diritto commerciale, t. 33-2, p. 373.

(nota 2) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1878 y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 99 b); MACHADO, t. 5, p. 280; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 720; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1481; GUILLOUARD, Du mandat, nº 174.

(nota 3) La doctrina moderna es más restrictiva para responsabilizar al mandante. MINERVINI dice que sólo los riesgos necesarios dan lugar a reparación (El mandato, nº 56). Para LARENZ la responsabilidad sólo existe cuando la ejecución del mandato va unida posiblemente para el mandante o para una persona "razonable y sensata" a un riesgo o cuando el mandatario ha asumido conscientemente ese riesgo porque de otra forma el mandato no sería realizable (Obligaciones, t. 2, § 52). Son opiniones no aplicables al régimen más liberal de los arts. 1953 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1953y 1954 de nuestro Código.

(nota 4) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1481; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 720 bis.

(nota 5) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1879; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 723; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1481.

(nota 6) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1880.

C.— OBLIGACIÓN DE LIBERAR AL MANDATARIO

1110/1723

1723. CONTENIDO DE ESTA OBLIGACIÓN.— Si en ejercicio del mandato el mandatario hubiera actuado a nombre propio —lo que ocurre en el mandato oculto— el mandante está obligado a liberarlo de las obligaciones que hubiere contraído con terceros (art. 1951 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1951). Esta cuestión no se presenta cuando el mandatario obra a nombre del mandante, pues entonces no está personalmente obligado respecto de terceros por las consecuencias del acto jurídico que hubiese suscrito.

D.— OBLIGACIÓN DE RETRIBUIR EL SERVICIO

1110/1724

1724. CÓMO SE FIJA LA REMUNERACIÓN.— Hemos dicho ya que en nuestra legislación el mandato es en principio gratuito; esta presunción sólo cede ante pacto en contrario o si consiste en trabajos propios de la profesión o modo de vivir del mandatario (art. 1871 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1871; véase nº 1628).

Supuesto que el mandato fuera oneroso, cabe considerar las siguientes hipótesis:

a) Que la retribución esté fijada en aranceles legales, como ocurre con los apoderados judiciales. Anteriormente, los jueces estaban obligados a aplicar el arancel aunque las partes hubieran acordado otra cantidad menor (art. 5º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_21839.HTM&iid=AR_LA001 - Art_5, ley 21839). Ahora, en cambio, están facultados para reducir el honorario que correspondería conforme al arancel si la aplicación estricta condujera a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida (art. 1627 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_38.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1627, Cód. Civ., conf. ley 24432).

La existencia de una escala legal no excluye la posibilidad de convenir entre las partes un

pacto de cuota litis, en las condiciones establecidas en las leyes de procedimientos locales.

b) Que no haya aranceles legales ni las partes hayan convenido el monto de la retribución. En tal caso deberán fijarla los jueces prudencialmente, teniendo en cuenta las costumbres del lugar (ver nota 1) (arg. art. 1627 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_38.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1627).

c) Que no habiendo aranceles legales, las partes lo hayan fijado en el contrato. La retribución puede consistir en una suma fija o en una parte proporcional de los bienes que el mandatario hubiera obtenido de la ejecución del mandato (art. 1952 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1952).

1110/1725

1725. REMUNERACIONES EXCESIVAS.— ¿Puede el juez reducir un honorario pactado en el contrato por ser excesivo? Este problema se vincula estrechamente con el de la lesión. La jurisprudencia francesa se negó durante mucho tiempo a admitir que los jueces puedan ejercer tal atribución, porque según el art. 1118, Código Napoleón, la lesión no vicia las convenciones salvo en la compraventa de inmuebles. Pero los irritantes abusos en que incurrían algunos mandatarios fueron presionando sobre los tribunales que acabaron admitiendo la posibilidad de reducir judicialmente los honorarios excesivos (ver nota 2). Una evolución similar se operó en nuestra jurisprudencia, que declaró que los tribunales podían reducir a sus límites equitativos los honorarios abusivos, sea que tal solución se funde en la idea de la lesión, sea que se la apoye en la consideración de que tales pactos resultan contrarios a la moral y las buenas costumbres y, por lo tanto, lesivos del art. 953 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_25.HTM&iid=AR_LA001 - Art_953(ver nota 3). La admisión expresa de la lesión por el nuevo art. 954 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_25.HTM&iid=AR_LA001 - Art_954, ha consagrado definitivamente esta solución. Es claro que para que los jueces puedan ejercer esta atribución excepcional, es preciso que haya un exceso notorio y repugnante a la equidad. No bastaría con una diferencia más o menos importante, pero no abusiva.

1110/1726

1726. RESULTADO DE LA GESTIÓN Y REMUNERACIÓN.— La retribución es debida al mandatario cualquiera sea el resultado de su gestión (ver nota 4), salvo pacto en contrario. Naturalmente que si la retribución se hubiera fijado en un porcentaje sobre el provecho resultante para el mandante, el resultado influye directamente sobre el monto de la retribución. Pero aunque se hubiera pactado un porcentaje o establecido que si la gestión no tiene éxito no se deben honorarios, habría derecho a retribución completa si se demuestra que la gestión fracasó por culpa del mandante (ver nota 5). Por ello mismo se ha declarado que el hecho de que el mandante haya podido realizar el negocio en condiciones

mejores, sea personalmente o por otro intermediario, no lo autoriza a negar retribución al mandatario a quien se le había encomendado un negocio con carácter exclusivo (ver nota 6).

Si el mandatario no cumplió la gestión, carece de derecho a retribución aunque fuera impedido por una razón de fuerza mayor (ver nota 7) que no sea el hecho del propio mandante.

1110/1727

1727. OPORTUNIDAD DE LA RETRIBUCIÓN.— El mandatario puede exigir el pago de su retribución una vez cumplido el mandato, sin esperar que el tercero con el cual contrató cumpla con la prestación debida al mandante; salvo pacto en contrario (ver nota 8).

1110/1728

1728. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN O REVOCACIÓN DEL MANDATO SOBRE LA RETRIBUCIÓN DEL MANDATARIO.— Establece el art. 1958 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1958que resolviéndose el mandato sin culpa del mandatario, o por la revocación del mandante, deberá éste satisfacer al mandatario la parte de la retribución que corresponda al servicio hecho; pero si el mandatario hubiere recibido adelantada la retribución o parte de ella, el mandante no puede exigir que se la restituya.

En esta norma se equiparan dos situaciones evidentemente análogas desde el punto de vista del interés del mandatario: que el mandato se haya resuelto sin su culpa o que el mandante haya revocado el poder. De acuerdo con los principios generales, la revocación del poder por el mandante debería obligarlo a pagar al mandatario todo lo que éste esperaba ganar del contrato (art. 519 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_16.HTM&iid=AR_LA001 - Art_519); aquí la solución es distinta: el mandatario sólo tiene derecho a una retribución proporcional al servicio hecho; sólo podría reclamar la totalidad si así se hubiera pactado expresamente en previsión de una eventual resolución o revocación (ver nota 9).

La proporcionalidad de que la ley habla alude al trabajo realizado en relación con el total encomendado (ver nota 10).

La retribución proporcional se debe aunque el propio mandatario sea culpable de la revocación, porque de todas maneras hay un trabajo útil que debe ser remunerado, sin lo cual se sancionaría un enriquecimiento sin causa; pero si no hay trabajo útil y la revocación se produjo por culpa del mandatario, cesa el derecho de retribución por más que ésta hubiera sido garantizada con independencia del resultado de la gestión (ver nota 11).

1110/1729

1729.— Pero si la retribución se hubiere pagado por adelantado, el mandante no puede exigir que se le restituya lo pagado (art. 1958 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1958). La solución es lógica; el mandatario cuenta ya con el dinero como un bien incorporado a su patrimonio. No es justo que un acto unilateral del mandante (como es la revocación) o una resolución del contrato sin culpa de su parte, venga a echar por tierra sus previsiones, obligando a devolver un dinero del que quizás ha dispuesto. Si hay culpa de su parte, debe reconocerse al mandante el derecho de reclamar la devolución de lo pagado de más, es decir, por los servicios que no llegaron a prestarse (ver nota 12).

(nota 1) MINERVINI, El mandato, nº 57.

(nota 2) Véase jurisprudencia citada por PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1484 (autores que sostienen que tal jurisprudencia no tiene sustento legal, pero en este caso lo tiene y muy sólido desde el punto de vista de la equidad); en sentido concordante: RIPERT, La regla moral en las obligaciones civiles, nº 65; JOSSERAND, t. 2, nº 1414; PONT, t. 1, nº 1109; COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 1347.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 13/9/1960, L.L., t. 101, p. 209; Sala B, 18/9/1952, L.L., t. 68, p. 420; con nota aprobatoria de SPOTA; véase también el importane estudio de este autor en J.A., del 23/10/1961, en el que defiende esta solución. En contra, no sin reservas, SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1885.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 15/5/1944, L.L., t. 34, p. 693; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1483; AUBRY y RAU, § 414; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 742; GUILLOUARD, Du mandat, nº 164.

(nota 5) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, loc. cit. en nota anterior.

(nota 6) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1438.

(nota 7) Sup. Corte Buenos Aires, 13/10/1931, J.A., t. 36, p. 1533.

(nota 8) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 743; GUILLOUARD, Du mandat, nº 165 y 168; PONT, t. 1, nº 1106.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 16/12/1936, L.L., t. 5, p. 99.

(nota 10) Algunos fallos han resuelto que se debe tomar en cuenta sólo el trabajo realizado, como si fuera un todo, con independencia de lo que falta con relación al total (C. Civil 1ª Cap., 16/12/1936, L.L., t. 5, p. 99), pero otras veces se ha dicho con mayor lógica, que no es posible prescindir de referir la proporcionalidad a lo ya realizado y a lo que falta por realizar (C. Civil 1ª Cap., 15/5/1944, L.L., t. 34, p. 693).

(nota 11) Compárese: C. Civil Cap., Sala D, 8/6/1951, J.A., 1952-I, p. 41.

(nota 12) MACHADO, t. 5, p. 285; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº, 1886, nota 102 d).

E.— DERECHO DE RETENCIÓN DEL MANDATARIO (ver nota 1)

1110/1730

1730. CONCEPTO Y ALCANCE.— El art. 1956 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1956reconoce al mandatario un derecho de retención sobre las cosas del mandante que se encuentren en su poder, hasta tanto sea pagado de los adelantos y gastos y de su retribución y comisión. Es una disposición razonable que tiende a asegurar al apoderado el pago de sus acreencias.

Aunque la ley alude únicamente a los gastos y retribución, debe entenderse que el derecho se extiende también a las acreencias del mandatario por daños derivados del ejercicio del mandato y de una manera más general, a todas las sumas que le adeude el mandante con motivo del contrato (ver nota 2). Una evidente razón de analogía impone esta solución, pues no habría motivo para reconocer ese derecho en unos casos y no en otros.

Para el ejercicio del derecho de retención, no es necesario que el crédito del mandatario sea líquido y exigible (ver nota 3); el tribunal limitará el ejercicio del derecho a las sumas que prima facie basten para garantizar el eventual crédito (ver nota 4). Pero si la cosa fuera indivisible, el derecho de retención se extiende a toda ella, aunque fuera a todas luces más valiosa que el eventual derecho del mandatario. Tal sería, por ejemplo, el caso en que se confiera mandato para administrar una estancia y a su término se suscitare una cuestión sobre los eventuales créditos del administrador; aunque éstos fueren notoriamente menores que el valor del establecimiento, el mandatario tendrá igualmente el derecho de retención; salvo que el mandante dé en calidad de embargo una cantidad suficiente para cubrir dicho crédito, en cuyo caso la pretensión del mandatario de seguir reteniendo el inmueble sería abusiva y no podría merecer la protección de los jueces (ver nota 5).

1110/1731

1731.— El derecho de retención puede ejercerse sobre todas las cosas o valores de propiedad del mandante que se encuentren en poder del mandatario (art. 1956 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1956), siempre que el mandatario las tenga en su poder con motivo del ejercicio del mandato; también se lo puede ejercer sobre los documentos del mandante (contratos firmados a su nombre, expedientes, recibos, etc.) (ver nota 6). Pero no puede ejercerse el derecho de retención sobre una cosa perteneciente al mandante que el mandatario tenga por un título distinto (por ej., por depósito, préstamo, un mandato distinto, etc.) (ver nota 7).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 2580, véase ACUÑA ANZORENA, El derecho de retención, en el Código Civil argentino; VÁZQUEZ, El derecho de retención.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala D, 17/11/1970, E.D., t. 39, fallo 18.861; C. Fed. Mendoza, 8/7/1947, J.A., 1947-III, p. 139; ACUÑA ANZORENA, El derecho de retención, nº 100; VÁZQUEZ, El derecho de retención, núms. 76 y sigs.; LAFAILLE, Tratado de las obligaciones, t. 1, nº 812; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, núms. 763 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1487. En contra, sosteniendo que el derecho de retención se limita a los gastos y retribución: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1897.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 10/3/1937, L.L., t. 6, p. 22; íd. 4/10/1943, L.L., t. 32, p. 214; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1898 y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 104 b); VÁZQUEZ, El derecho de retención, nº 20; LAFAILE, t. 1, nº 809.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 4/10/1943, L.L., t. 32, p. 214; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1899.

(nota 5) Ése parece ser el sentido de un fallo de la antigua C. Civil 1ª Cap., 7/7/1939, L.L., t. 17, p. 702, que negó el derecho de retención sobre un inmueble, que pretendía su administrador. Hay que decir, sin embargo, que el tribunal pasó muy superficialmente sobre el problema y que los antecedentes del caso están muy deficientemente señalados por lo cual este pronunciamiento difícilmente puede contar como precedente.

(nota 6) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1487; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 764; GUILLOUARD, Traité du droit de rétention, nº 86.

(nota 7) De acuerdo sobre todo lo dicho en este párrafo (con excepción de lo relativo a los documentos, sólo contemplados por los autores franceses citados en nota anterior): C. Fed. Mendoza, 8/7/1947, J.A., 1947-III, p. 139; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos,

t. 3, nº 1900, nota 105; VÁZQUEZ, El derecho de retención, nº 76; MACHADO, t. 5, p. 283; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1487; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 765; GUILLOUARD, Traité du droit de rétention, nº 87.

§ 9.— Efectos del mandato con relación a terceros

1110/1732

1732. FORMA DE EJERCER EL MANDATO.— El mandatario puede contratar con terceros a nombre del mandante (que es lo normal, pues así evita el mandatario comprometer su responsabilidad personal), o a nombre propio. En este último caso el mandato permanece oculto para los terceros; de ahí las diferencias esenciales en lo que atañe a los efectos de una y otra actuación. Nos ocuparemos en primer término de la forma típica, vale decir, del mandato ejercido a nombre del mandante.

A.— CONTRATOS REALIZADOS A NOMBRE DEL MANDANTE

1.— Actos realizados dentro de los límites del mandato

1110/1733

1733. CUÁNDO SE ENTIENDE QUE EL MANDATARIO HA ACTUADO DENTRO DE LOS LÍMITES DE SUS PODERES.— Las consecuencias de los actos del mandatario difieren esencialmente según haya obrado dentro de los límites de su mandato o fuera de ellos. Es necesario, por consiguiente, precisar ese límite. Ésta es, en esencia, una cuestión de interpretación de la declaración de voluntad según la cual se ha conferido el poder, labor en la que no hay que olvidar el principio de que las facultades conferidas al mandatario deben interpretarse restrictivamente (véase nº 1668). Pero el Código contiene sobre este punto otra norma esencial, particularmente destinada a proteger a los terceros que han contratado con el mandatario. Dice el art. 1934 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1934que respecto de terceros, un acto se juzgará efectuado en los límites del mandato cuando entra en los términos de la procuración, aun cuando el mandatario hubiese en realidad excedido el límite de sus poderes. Puede ocurrir, por ejemplo, que el mandatario que hubiere tenido poder para tomar prestada una suma de dinero, se aprovechara dolosamente de él, para tomarla prestada de dos o más personas. Al hacerlo, ha excedido su mandato porque el mandante sólo quería la suma indicada en el poder y el mandatario lo ha comprometido por varias veces esa suma; pero respecto de los terceros, el poder era objetivamente suficiente. El mandante queda obligado con ellos. En la colisión entre los derechos del mandante y los de terceros, la ley se coloca de parte de éstos, por una razón de seguridad jurídica.

Haciendo aplicación de esta norma, un tribunal ha resuelto que si el poder permitía al mandatario vender una propiedad y recibir dinero del comprador como “seña y a cuenta de precio”, y al firmar el boleto el mandatario lo recibió “a cuenta de precio” debe estarse a los

términos del boleto (ver nota 1). Este problema se vincula estrechamente con el del mandato aparente, en cuyo caso el mandatario actúa fuera de los límites de la procuración pero aparentemente dentro de ella. Según veremos, basta esta apariencia para obligar al mandante (nº 1743).

1110/1734

1734. EFECTOS.— Todas las consecuencias de los actos celebrados por el mandatario a nombre de su mandante y dentro de los límites de sus poderes, derivan de esta idea esencial: que dicho acto se reputa como celebrado personalmente por el mandante y que, por lo tanto, el mandatario permanece intocado por sus efectos (arts. 1946 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1946y 1947). De esta idea madre surgen las consecuencias siguientes:

a) El mandatario no adquiere ningún derecho personal respecto del tercero, ni puede demandarlo en nombre propio para que cumpla con las obligaciones contraídas (art. 1947 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1947).

b) El mandatario no contrae ninguna obligación respecto del tercero ni puede ser demandado por éste por cumplimiento del contrato (art. 1947 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1947).

c) El mandante tiene los mismos derechos y obligaciones que tendría si él hubiera suscrito personalmente el acto (art. 1946 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1946).

Todo esto se refiere a las consecuencias del acto realizado por una persona en representación de otra; pero no excluye las ya conocidas responsabilidades del mandatario ante su mandante por el ejercicio culpable o doloso de su mandato (véase núms. 1702 y sigs.), responsabilidades que no derivan del acto celebrado con el tercero, sino del contrato originario de mandato.

Si bien todo este sistema parece claro y sencillo, algunas de sus aplicaciones dan lugar a dificultades. Nos ocuparemos de ellas en los párrafos siguientes.

1110/1735

1735. OBLIGACIONES DERIVADAS PARA EL MANDANTE.— Hemos dicho que el mandante está obligado como si él hubiera obrado personalmente. En consecuencia:

1110/1736

1736. a) Fecha del contrato.— La fecha contenida en el documento suscrito entre el mandatario y un tercero obliga al mandante, sin que pueda aducir falta de fecha cierta (art. 1961 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1961); sin perjuicio de su derecho a demostrar que ha sido antedatado fraudulentamente (art. citado). Es obvio que en esta última hipótesis, basta con la prueba del concierto fraudulento para no amparar la pretensión del tercero de mala fe que intenta hacer valer la fecha falsa. Este fraude puede probarse por cualquier medio (ver nota 2).

1110/1737

1737. b) Documentos y confesión del mandatario.— Todos los documentos (y contradocumentos) emanados del mandatario dentro de las facultades que le confiere el mandato, son oponibles al mandante (ver nota 3), lo mismo que su confesión judicial o extrajudicial (ver nota 4).

1110/1738

1738. c) Notificaciones.— Las notificaciones hechas al mandatario se reputan hechas al mandante (ver nota 5), salvo cuando la ley exige que sean practicadas en la persona misma del interesado, como ocurre en el caso de absolución de posiciones.

1110/1739

1739. d) Culpa y hechos ilícitos del mandatario (ver nota 6).— Con razón se ha hecho notar que esta cuestión de suyo compleja, ha resultado embrollada más aún por no haberse distinguido con suficiente claridad la culpa contractual de la culpa por hechos ilícitos (ver nota 7).

1) En materia estrictamente contractual, la culpa del mandatario equivale a la del mandante y éste debe soportar todas sus consecuencias frente a terceros (ver nota 8) (sin perjuicio, claro está, de su acción de daños y perjuicios contra el mandatario). En consecuencia el mandante responderá por los daños y perjuicios que resulten al tercero del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de las obligaciones (ver nota 9); de los que resulten de la circunstancia de que el mandatario haya sustraído en provecho propio un objeto que el tercero le entregó y que el mandatario distrajo del objeto para el cual había sido entregado, por lo cual el mandante no ha cumplido sus obligaciones contractuales (ver nota 10); el conocimiento por el mandatario de los vicios redhibitorios de la cosa comprada equivale a su conocimiento por el mandante, y desde aquel momento corre la prescripción (ver nota 11).

2) En cambio, los hechos ilícitos del mandatario que no se vinculan necesariamente con el mandato ni pueden dar origen a una acción de daños nacida ex contractu, no hacen

responsable al mandante (ver nota 12), puesto que tales hechos ilícitos no pueden considerarse realizados en ejercicio del mandato.

Pero cuando el mandato es de administración, la responsabilidad del mandante se amplía notablemente. El art. 43 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_1.HTM&iid=AR_LA001 - Art_43responsabiliza a las personas jurídicas por los daños ocasionados por las personas que las administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones; y parece inevitable aplicar analógicamente igual solución a las personas físicas, tanto más cuanto que el art. 1113 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_28.HTM&iid=AR_LA00 1 - Art_1113responsabiliza al principal por los hechos del dependiente y la notable latitud con que el concepto de dependiente ha sido interpretado por la jurisprudencia (véase Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. II, núms. 1373 y sigs.) le permite abarcar cómodamente la situación del mandatario.

1110/1740

1740.— De cualquier modo, es indudable que el mandante responderá por el hecho ilícito del mandatario si éste fue posible por falta de la vigilancia que, atentas las circunstancias del caso, debió ejercer sobre la conducta del mandatario (ver nota 13); cuando el mandatario ha obrado siguiendo instrucciones del mandante, pues aunque no se puede dar mandato para cometer un hecho ilícito, hay complicidad en éste, como ocurrirá si el mandatario ha logrado celebrar el acto encomendado ejerciendo dolo o violencia sobre el tercero (arts. 935 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_25.HTM&iid=AR_LA00 1 - Art_935y 940 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_25.HTM&iid=AR_LA00 1 - Art_940); cuando el delito consiste en un acto que estaba en los poderes del mandatario y que sólo resultó delictuoso en atención a las circunstancias en que el acto fue realizado (ver nota 14). En todos estos casos habrá responsabilidad solidaria de mandante y mandatario frente al tercero (aunque en la última hipótesis habrá que hablar con mayor rigor terminológico de responsabilidad indistinta).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 14/6/1961, J.A., 1961-VI, p. 464.

(nota 2) C. Civil 2ª La Plata, 27/4/1948, L.L., t. 53, p. 391 y J.A., 1948-II, p. 92; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1912; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 773; GUILLOUARD, Du mandat, núms. 185 y 213.

(nota 3) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1913; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1498; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, núms. 772 bis y sigs.

(nota 4) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, loc. cit., en nota anterior.

(nota 5) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1498.

(nota 6) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 2580, véase COLOMBO, Responsabilidad del mandante por el acto cuasidelictual cometido por el mandatario, Cuadernos de Jurisprudencia, Buenos Aires, sep.-dic., 1954, ps. 433 y sigs.

(nota 7) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1502.

(nota 8) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1911; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1502; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 772 bis.

(nota 9) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1502.

(nota 10) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, loc. cit., en nota anterior.

(nota 11) C. Civil 1ª Cap., 11/6/1947, J.A., 1947-II, p. 542.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 3/12/1941, J.A., 1942-I, p. 422; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1052 y jurisprudencia francesa allí citada.

(nota 13) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, loc. cit., en nota anterior.

(nota 14) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1502 in fine.

2.— Actos realizados fuera de los límites del mandato

1741. EFECTOS RESPECTO DEL MANDANTE.— Cuando el mandatario obra fuera de los límites del mandato, sus actos carecen de todo efecto respecto del mandante (art. 1931 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1931). Es lógico que así sea, porque fuera de dichos límites, el mandatario deja de ser su representante.

Pero esta regla no es absoluta; no obstante la insuficiencia de los poderes con que el mandatario ha actuado, el mandante estará obligado por el contrato suscrito por él:

a) Si el mandato ha sido ejercido en una forma más ventajosa para el mandante (art. 1906 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1906).

b) Si el mandante ha aprovechado del contrato en cuyo caso el contrato será válido dentro de los límites del aprovechamiento (ver nota 1), pues de lo contrario habría un enriquecimiento sin causa; se supone un aprovechamiento que no importe ratificación, pues si la hubiere, el contrato producirá todos sus efectos y no solamente dentro de los límites del aprovechamiento.

c) Si el mandatario ofrece compensar las desventajas que el ejercicio excesivo del mandato le ocacionó al mandante; por ejemplo, si habiendo recibido mandato para comprar una cosa en un determinado precio y la adquiere por uno mayor, ofrece hacerse cargo de la diferencia (ver nota 2) o si la desventaja es mínima (ver nota 3).

d) Finalmente, el mandante responde si de acuerdo con las circunstancias el tercero ha podido razonablemente creer que el mandatario obraba en el límite de sus poderes. Hay en este caso un mandato aparente; tema que por su importancia trataremos separadamente (nº 1743).

1110/1742

1742.— Se vincula estrechamente con este problema el derecho que el tercero tiene de exigir al mandatario la exhibición del poder (art. 1939 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1939); y si el contrato se lleva a cabo, la prueba por el tercero de que el acto se ha celebrado dentro de los límites del mandato, queda asegurada con las siguientes disposiciones: 1) si se trata de una escritura pública, el poder debe ser agregado al protocolo tal como está dispuesto en el art. 1003 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_26.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1003(ref. por ley 15875 ; véase art. 1939 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1939). 2) Si el contrato se realizare por instrumento privado, el tercero tiene derecho a exigir la entrega del poder original o una copia auténtica de él (art. 1939 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1939). Aunque la ley alude solamente a los contratos celebrados por escrito, es obvio que también en los contratos verbales el tercero tiene derecho a exigir la entrega del poder.

1110/1743

1743. MANDATO APARENTE (ver nota 4).— Con frecuencia una persona obra a nombre de otra sin poderes suficientes y sin embargo, las circunstancias que rodean su gestión hacen razonable suponer que obra en ejercicio de un mandato. En el conflicto entre el

interés de quien no dio poderes suficientes y el del tercero de buena fe que creyó por razones serias que había mandato, la ley se inclina frecuentemente por éste, protegiendo de este modo la seguridad jurídica. La prudencia de tal solución no es dudosa cuando la apariencia de mandato ha tenido como origen una culpa del dueño del negocio; pero a veces aun sin culpa suya se admite su responsabilidad. En la actividad de contratación, ha dicho un tribunal, es fundamental la apariencia de poderes, que ampara y proporciona acción a quien se encuentra inerme frente a un representante sin mandato (ver nota 5).

La idea del mandato aparente tiene algunas aplicaciones legales expresas: a) las órdenes reservadas o instrucciones secretas del mandante no tienen influencia alguna sobre los derechos de los terceros de buena fe que contrataron en vista de la procuración que les fue exhibida (art. 1938 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1938); es claro que esta norma no ampara al tercero que conocía el alcance de las instrucciones secretas (ver nota 6); b) el mandante responde ante el tercero que contrató con el mandatario después de la cesación del mandato, pero ignorando sin culpa esa circunstancia (art. 1967 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1967).

1110/1744

1744.— La jurisprudencia y la doctrina han hecho una fecunda aplicación de la idea del mandato aparente. Se admite que el mandante está obligado frente al tercero de buena fe en los siguientes casos:

a) Cuando por culpa del mandante se ha creado una apariencia de mandato (ver nota 7), como ocurre cuando el mandato se ha redactado en términos ambiguos o equívocos que han podido inducir en error al tercero, haciéndole creer que el acto celebrado estaba incluido en el poder (ver nota 8); cuando ha permitido que el mandatario se extralimite reiteradamente en sus poderes, creando la impresión de que son más extensos de lo que en verdad son; cuando le ha permitido actuar de tal manera que induce razonablemente a pensar que lo hace en su representación, como ocurre si un funcionario actúa a nombre de la compañía, en cuyas oficinas se desempeña (ver nota 9); o si la persona que ha vendido un lote, utiliza las oficinas de la compañía dedicada a esa actividad, tiene acceso a sus armarios y documentos y hace uso de sus papeles, sellos y membretes (ver nota 10); cuando una persona actúa ostensiblemente y durante largos años como administrador de otra, durante los cuales estuvo al frente de una oficina especialmente destinada a atender dichos negocios (la demandada sostenía que el administrador aparente tenía poder para administrar cierta masa de bienes, pero no el que se vendió) (ver nota 11); cuando los terceros han podido creer que los directores de una compañía que obraban de acuerdo con los poderes que les reconocían los estatutos, estaban suficientemente habilitados no obstante que se habían omitido ciertos requisitos relativos al régimen interno de la compañía para perfeccionar el otorgamiento del poder (ver nota 12).

b) Cuando no obstante no haber culpa del mandante, las circunstancias son tales que aun

mediando la mayor diligencia por parte del tercero, ha podido confiar en la existencia de poderes; como ocurre si el deudor paga su deuda a un empleado del acreedor que le lleva el recibo debidamente firmado (recibo que, empero, el empleado no estaba autorizado a cobrar) (ver nota 13); o cuando una persona le deja a otra un depósito advirtiéndole que lo va enviar a recoger a cierta hora y a esa hora se presenta en su nombre un tercero que no tenía mandato para hacerlo (ver nota 14).

c) Cuando hay mandato tácito (ver nota 15), aunque el mandatario se extralimite en las instrucciones recibidas, como ocurre en el caso de la esposa (ver nota 16) y aun de la concubina que hacen compras de provisiones para el consumo del hogar (véase nº 1633).

1110/1745

1745. CONTRATOS DEL MANDANTE Y DEL MANDATARIO CON TERCEROS SOBRE UN MISMO OBJETO.— Puede ocurrir que mandante y mandatario celebren contratos con un mismo objeto y con distintas personas. Así, por ejemplo, una persona da poder a otra para vender su propiedad; luego encuentra él mismo un interesado y le firma boleto de compraventa; por su parte, el mandatario encuentra también un comprador y le suscribe otro compromiso de venta, conforme a sus poderes. ¿Cuál de estos actos subsiste? El art. 1953 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1953se pronuncia en favor del que lleva la fecha anterior; y como sólo la fecha cierta tiene valor probatorio respecto de terceros, subsistirá el acto que primero haya adquirido fecha cierta.

Hay que advertir sin embargo, que si el contrato versare sobre la transmisión del dominio de una cosa, prevalecerá el derecho del tercero que hubiera entrado en posesión de ella, aunque la fecha de su título sea posterior, sea la cosa mueble (art. 2412 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_54.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2412) o inmueble (ver nota 17) (art. 594 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_18.HTM&iid=AR_LA001 - Art_594). Si se trata de cosas fungibles, el mandante estará obligado a cumplir ambos contratos (ver nota 18).

El tercero cuyo contrato no puede cumplirse, tendrá derecho a los daños y perjuicios consiguientes. Pero hay que distinguir dos hipótesis: a) Si el mandatario actuó de buena fe, ignorando el contrato celebrado ya por el mandante, sólo éste es responsable ante el tercero (art. 1944 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1944). b) Si ha actuado de mala fe, él sólo es responsable del perjuicio, dice el art. 1944 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1944. Parecería que el tercero no tiene acción sino contra él; pero en verdad esta norma sólo se refiere a las relaciones entre el mandante y el mandatario. Quiere significar que si el mandante se ve constreñido a pagar alguna indemnización al tercero como consecuencia del contrato, el mandante podrá repetir del mandatario todo el importe de la

indemnización; pero frente al tercero que actuó de buena fe, vale decir, ignorando que el mandatario no podía ya contratar con él, la responsabilidad del mandante subsiste (ver nota 19). Por consiguiente, el tercero tendrá acción contra él, derivada del mandato y contra el mandatario, derivada de su mala fe (art. 1944 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1944).

1110/1746

1746. EFECTOS RESPECTO DEL MANDATARIO.— El mandatario que contrata a nombre de una persona sin poderes suficientes, es personalmente responsable ante el tercero con quien contrata, siempre que éste ignorara la limitación de sus poderes (art. 1933 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1933). El tercero puede demandarlo por cumplimiento del contrato y daños y perjuicios (art. citado) como si hubiera actuado a nombre propio. Pero si el tercero conocía los límites de sus poderes, el titulado mandatario carece de toda responsabilidad; aquél no tendría de qué quejarse, pues sabía que no había mandato y que la validez del negocio estaba supeditada en definitiva a la ulterior ratificación de la persona por quien se contrató; salvo que el mandatario se hubiera comprometido a obtener la ratificación y no la consiguiere, en cuyo caso responde ante el tercero por los daños que la falta de ratificación del mandato le produce.

1110/1747

1747. RATIFICACIÓN DEL MANDATO (ver nota 20).— La ratificación por el mandante de los actos celebrados a su nombre por quien no tenía poderes suficientes, cubre la gestión y convalida los actos así celebrados con los mismos efectos que si el gestor hubiera obrado con poderes suficientes.

1110/1748

1748. a) Forma de la ratificación.— La ratificación puede ser expresa o tácita. La ratificación tácita resultará de cualquier hecho del mandante que importe una aprobación de lo que hubiere realizado el mandatario; resultará también del silencio del mandante si siendo avisado por el mandatario de lo que hubiese hecho, no le contestara (art. 1935 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1935). Se ha declarado que constituye ratificación tácita el comienzo de ejecución del contrato por el mandante (ver nota 21), el recibo de una cantidad entregada por el tercero con motivo del contrato (ver nota 22); los pagos parciales hechos por el mandante a cuenta de la obligación contraída por el representante (ver nota 23); la conducta pasiva guardada por el mandante cuyo mandatario había trabado un embargo sin poderes para ello, pero que, avisado por el afectado con la medida, se abstuvo de adoptar las disposiciones del caso para obtener su levantamiento (ver nota 24); el silencio de la copropietaria ante la intervención de un tercero en la administración de la cosa común (ver nota 25); el silencio

del propietario ante la comunicación telegráfica del intermediario de que había vendido el inmueble (ver nota 26); la referencia a las obligaciones surgidas del contrato en un contrato posterior (ver nota 27); la gestión de un préstamo para cumplir con las obligaciones surgidas del acto (ver nota 28); etcétera.

1110/1749

1749. b) Efectos.— La ratificación equivale al mandato (art. 1936 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1936), en lo que atañe a los actos pasados, pero no importa conferir mandato para seguir actuando en el futuro (ver nota 29). Entre las partes, tiene efectos retroactivos al día de la celebración del acto (art. citado); pero esa retroactividad no afecta los derechos que los terceros hubieran adquirido en el tiempo intermedio entre el acto y la ratificación (art. citado). Con esto se desea evitar una maniobra fraudulenta del mandante, quien luego de haber transferido un derecho en favor de una persona, encontraría el modo de privarlo de él ratificando el mandato de quien obrando a su nombre, pero sin poder suficiente, transfirió el mismo derecho.

1110/1750

1750.— La ratificación por el interesado de lo actuado judicialmente a su nombre por quien carecía de poder ¿cubre la invalidez de tales actuaciones? La cuestión no ofrece dudas cuando la ratificación se ha hecho antes de vencer los términos judiciales; pero no resulta tan simple luego de operado su vencimiento. Algunos fallos resolvieron que en este supuesto la ratificación no basta para conferir validez a los actos anteriores, pues el vencimiento del término hizo adquirir a la parte contraria el derecho a hacer valer las ventajas procesales que para ella resultan del vencimiento y, por consiguiente, es de aplicación el principio de que la retroactividad de la ratificación no afecta los derechos adquiridos por terceros (ver nota 30). A este argumento se puede añadir otra consideración importante: el buen orden del proceso se vería afectado si luego de vencidos los términos pudieran ratificarse y convalidarse actuaciones anteriores; de esa manera se crea una grave inseguridad procesal. Aunque estas razones son de peso, ha terminado por prevalecer en la jurisprudencia el criterio de que la ratificación posterior cubre las actuaciones anteriores (ver nota 31). Esta solución se ha impuesto por una humana y noble preocupación de hacer una justicia verdadera, que no dependa de una omisión o retardo a veces irrelevante, pero capaz de hacer perder el juicio si se aplica un criterio procesal riguroso. Sin embargo, es necesario dejar establecido que la ratificación puede cubrir los actos procesales, siempre que con anterioridad no esté firme la sentencia que declara perdido el derecho por el vencimiento del plazo y que no importa una culpable e indebida dilación o perturbación del proceso (ver nota 32).

1110/1751

1751.— Los terceros de buena fe que creyeron que el mandatario obraba con poder

suficiente y luego se enteraron de que no era así, pueden accionar por nulidad y daños y perjuicios; pero una vez que el mandato ha sido ratificado pierden la oportunidad de hacerlo y están obligados a cumplir (art. 1937 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1937).

1110/1752

1752.— Haya o no ratificación el mandante queda obligado por los actos del mandatario, no obstante su extralimitación, en la medida en que ellos lo beneficiaron (véase nº 1741).

(nota 1) C. Civil 1ª Cap., 2/6/1948, J.A., 1949-II, p. 294; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1915; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1499.

(nota 2) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 158, I, 3.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala C, 26/8/1960, L.L., t. 101, p. 87 (en el caso, una diferencia de $ 89 en una operación de $ 60.000).

(nota 4) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 2580, véase GIRAUT, L'apparente source de responsabilité, París, 1937.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala A, 8/11/1957, causa 33.551 (inédita); en sentido concordante: C. Civil 1ª Cap., 14/6/1941, J.A., t. 75, p. 13; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1914; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 780; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1500; JOSSERAND, t. 2, nº 1418 bis; GIRAUT, op. cit., en nota anterior.

(nota 6) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1922 y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 111 al nº 1910; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1500; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 781.

(nota 7) GIRAUT, op. cit. en nota 2813, ps. 18 y sigs.; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, nº 1418.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala B, 16/7/1970, E.D., t. 39, fallo 18.862; GIRAUT, op. cit. en nota 2628, p. 64; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, nº 1418. El caso extremo de culpa es el poder otorgado en blanco.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala A, 8/11/1957, causa 33.551 (inédita); en sentido concordante se decidió que quien había intervenido en la venta de varios departamentos de un inmueble, pudo razonablemente ser reputado como mandatario por otro de los ocupantes, aunque en verdad no existía tal poder; la C. Civil Cap., Sala F, obligó al propietario a escriturar (7/4/1961, Doct. Jud. 24/4/1961). También en sentido concordante, C. Civil Cap., Sala E, 20/11/1963, E.D., t. 7, p. 292.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala A, 3/9/1963, L.L., t. 114, p. 79.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala E, 20/11/1963, L.L., t. 115, p. 80.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 14/6/1941, J.A., t. 75, p. 13.

(nota 13) GIRAUT, op. cit., en nota 2813, p. 29, y jurisprudencia allí citada; HUPKA, La representación voluntaria en los negocios jurídicos, p. 123.

(nota 14) En un interesante caso de un viajante vendedor de joyas que las confió a un joyero, advirtiéndole que ese mismo día las haría recoger por intermedio de otra persona, resuelto por la Cour d'Aix, el 18/2/1933, cit. por GIRAUT, op. cit. en nota 2813.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala B, 16/9/1970, E.D., t. 39, fallo nº 18.862.

(nota 16) C. Paz Cap., 14/12/1959, J.A., 1960-III, p. 526 (en el caso se trataba de las relaciones emergentes de un contrato de locación).

(nota 17) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1925, nota 122 b); MACHADO, t. 5, p. 268; LLERENA, t. 6, p. 212.

(nota 18) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1925.

(nota 19) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1926, nota 122 d); MACHADO, t. 5, p. 268; SEGOVIA, t. 1, nota 78 al art. 1946 de su numeración; LLERENA, t. 6, p. 213.

(nota 20) Sobre la discutida propiedad de la palabra "ratificación" para calificar este acto,

véase MINERVINI, El mandato, nº 69.

(nota 21) C. Com. Cap., 5/6/1942, G.F., t. 158, p. 458; C. Apel. Rosario, 10/5/1940, L.L., t. 18, p. 694.

(nota 22) C. Civil 1ª Cap., 2/7/1941, t. 75, p. 451.

(nota 23) C. Com. Cap., Sala B, 3/5/1957, L.L., t. 88, p. 407.

(nota 24) C. Com. Cap., 7/8/1941, L.L., t. 23, p. 692 y J.A., t. 75, p. 696.

(nota 25) C. Civil Cap., Sala F, 27/1/1960, causa 60.545 (inédita).

(nota 26) C. Civil Cap., Sala F, 4/10.1960, causa 66.610 (inédita).

(nota 27) Trib. Pau., cit. por PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1499.

(nota 28) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, loc. cit., en nota anterior.

(nota 29) Sup. Trib. Entre Ríos, 13/4/1942, J.E.R., 1942, p. 337.

(nota 30) C. Civil 1ª Cap., 24/7/1934, J.A., t. 47, p. 94 (el caso se refiere a la contestación de demanda); íd., 31/13/1937, L.L., t. 9, p. 117 (contestación de excepciones).

(nota 31) C. Civil Cap., Sala A, 23/10/1957, causa 44.241 (contestación de excepciones); Sala C, 13/10/1958, causa 51.694 (contestación de demanda); Sala D, 26/9/1957, L.L., t. 88, p. 121 (demanda y actuaciones posteriores); íd., 28/6/1960, L.L., t. 102, p. 447 (demanda y actuaciones posteriores); C. Fed. Cap., 5/7/1947, L.L., t. 47, p. 256 (demanda y actuaciones posteriores). C. Civil 1ª Cap., 6/10/1943, L.L., t. 32, p. 260 (demanda y actuaciones posteriores).

(nota 32) En este sentido: C. Civil Cap., Sala C, 13/10/1958, causa 44.241 (inédita) en la que luego de sentar el principio de que la ratificación del mandato cubre los actos procesales anteriores, agrega: tanto más cuanto que “la ratificación de las actuaciones se produjo de inmediato al acto”. De acuerdo: SPOTA, Actos procesales del representante sin

poder de representación, J.A., 1956-I, p. 356.

B.— MANDATO OCULTO (ver nota 1)

1110/1753

1753. NOCIÓN.— En el mandato ejercido regularmente, el mandatario actúa a nombre del mandante; pero a veces éste tiene interés en ocultar su intervención en el negocio. El mandatario actuará entonces a nombre propio, simulando adquirir para sí los derechos que en realidad adquiere para su mandante. Es un recurso del que las personas suelen valerse para eludir las prohibiciones que pesan sobre ellas (por ej., el tutor a quien le está prohibido comprar un bien de propiedad de su pupilo, lo adquiere por intermedio de un tercero) o para eludir disposiciones fiscales (se adquiere el bien a nombre de un tercero para disimular un aumento patrimonial) o para hacer posible la adquisición de un bien que el propietario no quiere vender al mandante (por ej., Pedro pone en venta su casa, Juan, que está enemistado con él y que sabe que no se la vendería, la hace comprar por Diego).

Se trata pues de una simulación; el acto simulado en los ejemplos propuestos es el contrato de compraventa, puesto que en él se transmiten derechos a personas interpuestas que no son las verdaderas destinatarias de ellos (art. 955 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_25.HTM&iid=AR_LA001 - Art_955) (ver nota 2); pero adviértase que en el tercero de los ejemplos propuestos, la simulación no es urdida entre las partes que lo celebran para engañar a terceros, sino entre un tercero y una de las partes para engañar a la otra.

Son de aplicación al caso las reglas generales sobre simulación (ver nota 3); el empleo del testaferro será ilícito o lícito según que la simulación esté o no destinada a burlar la ley o perjudicar a terceros. En nuestros ejemplos, será ilícita en los dos primeros casos, lícita en el tercero.

1110/1754

1754. EFECTOS.— Dijimos ya que el mandatario actúa a nombre propio. Respecto del tercero, él es, en principio, el único responsable por las obligaciones contraídas; el contrato se supone celebrado en su propio interés y no podría eludir el cumplimiento de sus obligaciones exhibiendo posteriormente el mandato (ver nota 4) (art. 1929 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1929). Pero si el tercero se entera luego de que quien contrató con él lo hizo por mandato de otro, podrá reclamar al mandante el cumplimiento de sus obligaciones por vía de la acción subrogatoria (art. 1929 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1929).

En lo que atañe al mandante, también puede accionar contra el tercero por cumplimiento del contrato, subrogándose en los derechos del mandatario (art. citado).

No obstante que así las llama la ley, estas acciones no son subrogatorias. El mandatario no es acreedor del mandante; no podría exigirle para sí el cumplimiento del contrato que suscribió con un tercero. Es impropio decir que éste se subroga en sus derechos, pues el mandatario no los tiene (ver nota 5). Lo mismo puede decirse de la acción del mandante contra el tercero. Él no es acreedor del mandatario; falta por tanto el requisito esencial de la acción oblicua (ver nota 6). Pero hay que reconocer también que su acción no es directa (como la que surge del mandato representativo), sino indirecta y establecida a través de una persona interpuesta; en el mandato representativo el mandatario queda eliminado de la relación contractual, en tanto que en el oculto permanece vivo en ella. Del carácter indirecto (aunque no propiamente subrogatorio) de la acción del mandante contra el tercero, deriva esta consecuencia esencial: que el tercero podrá oponer al mandante la compensación de su deuda con los créditos personales que tuviera contra el mandatario (ver nota 7). No podría ser de otra manera. El tercero ha entendido contratar sólo con el mandatario; quizá lo ha hecho teniendo en mira un crédito pendiente a su favor, lo que le permite asumir sus obligaciones sin necesidad de desembolsar dinero. No sería justo que tales previsiones quedaran fallidas porque luego resultó que el verdadero acreedor no era quien contrató con él sino su mandante oculto. En cambio, el mandante no puede oponer a la acción del tercero la compensación de sus deudas con los créditos que tenga contra el mandatario, pues los actos que éste realizó por su cuenta lo obligan directamente.

Todo este mecanismo de acciones se explica fácilmente aplicando al mandato oculto las reglas de la simulación: el mandante no puede invocar el mandato oculto para perjudicar a terceros (art. 996 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_26.HTM&iid=AR_LA001 - Art_996), en tanto que el tercero, probado que el verdadero contratante no era la persona que suscribió el contrato sino otra por cuenta de quien actuó, puede dirigirse directamente contra ésta.

1110/1755

1755.— De lo dicho hasta aquí se desprende que las partes de esta relación triangular se encuentran en la siguiente situación:

a) El mandante tiene acción contra el mandatario por cumplimiento de contrato, rendición de cuentas, daños y perjuicios, etcétera, como si se tratara de un mandato representativo u ostensible; y tiene además acción directa contra el tercero por cumplimiento del contrato.

b) El mandatario tiene acción contra el mandante para obligarlo a que lo libere de las obligaciones contraídas por él (art. 1951 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1951) y para que cumpla con las obligaciones derivadas del mandato representativo; y contra el tercero por cumplimiento del contrato.

c) El tercero tiene acción directa por cumplimiento del contrato contra el mandatario y (probado el mandato oculto) contra el mandante.

1110/1756

1756. DUDA PARA QUIÉN HA CONTRATADO.— Cuando una persona ha contratado a nombre propio, puede existir la duda de si lo ha hecho para sí o para su mandante; o bien si ha recibido mandato de varias personas, puede resultar dudosos para cuál de ellas ha contratado. Así, por ejemplo, un comisionista recibe mandato para comprar hacienda de varios clientes, ¿cuál de ellos podrá luego exigirle el cumplimiento del contrato y obtener la transferencia del dominio a su nombre? Supongamos, además, que el propio comisionista tenga un establecimiento ganadero de su propiedad, ¿ha comprado para sí o para quien lo comisionó? Se comprende la importancia de la cuestión; en el último supuesto, si la operación resultó ventajosa, el mandatario dirá que compró para él, si resultó inconveniente, dirá que compró para su mandante.

Se trata de un delicadísima cuestión de prueba, para la cual el Código suministra la siguiente directiva: se deberá atender a la naturaleza del negocio, a lo que por el mandato se encargaba y a lo dispuesto en el Código de Comercio sobre comisiones (art. 1940 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1940). En este último Código se contienen algunas disposiciones tendientes a evitar confusiones (arts. 262 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_2637_5.HTM&iid=AR_LA001 - Art_262-269 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_2637_5.HTM&iid=AR_LA001 - Art_269), pero como se trata de reglas a las que sólo los comisionistas están sujetos, su aplicación práctica en materia civil no parece posible salvo casos de excepción.

Será esencial establecer un cotejo entre el negocio concluido y las condiciones previstas en el mandato; si hay una plena congruencia entre ellas, hay que admitir que el contrato se celebró para el mandante y no para el mandatario (ver nota 8). La calidad profesional del agente proporciona una base para inferir que el negocio se concertó para el mandante (ver nota 9); serán de gran interés probatorio los asientos hechos en los libros del comisionista profesional, que fueran llevados conforme a las formalidades legales (ver nota 10), las manifestaciones hechas a terceros de que se obra por otro (ver nota 11) A falta de estos indicios y si la duda persiste, hay que inclinarse por admitir que el mandatario obró por cuenta propia. (ver nota 12).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 2580, véase MARTY, Du mandat sans représentation, Montpellier, 1937.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 10/11/1960, J.A., 1961-II, p. 156; y L.L., t. 101, p. 448, con disidencia del Dr. Llambías; íd., 30/4/1962, in re “Laurele c/Vitelli”, Doct. Jud., del 25/5/1962.

(nota 3) Fallos citados en nota anterior; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1974; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1505; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, núms. 881 y sigs.; JOSSERAND, t. 2, nº 1436.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 12/12/1930, J.A., t. 34, p. 1139; C. Civil 2ª Cap., 21/3/1923, J.A., t. 10, p. 184. En el último caso se consideró celebrado en nombre propio un contrato firmado "por el propietario" sin indicar quién era, tanto más cuanto que luego se firmaron recibos e hicieron pagos sin invocar ninguna representación.

(nota 5) MESSINEO, t. 6, § 155, nº 5; en contra, SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Acción oblicua, nº 763.

(nota 6) SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Acción oblicua, nº 762; MESSINEO, t. 6, § 155, nº 5.

(nota 7) La doctrina es unánime.

(nota 8) MINERVINI, El mandato, nº 29.

(nota 9) MINERVINI, El mandato, nº 32, quien cita en su apoyo las opiniones de SCHMIDT-RIMPLER, LEHMANN y BAUMBACH.

(nota 10) Cód. de Comercio, art. 266; MINERVINI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 11) MINERVINI, loc. cit.

(nota 12) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 105 a); LLERENA, t. 6, p. 210; MACHADO, t. 5, p. 263; MINERVINI, El mandato, nº 32 in fine.

§ 10. Terminación del mandato

A.— CAUSAS

1110/1757

1757. ENUMERACIÓN.— El mandato concluye: a) por cumplimiento del negocio en vista del cual fue conferido; b) por expiración del plazo fijado; c) por revocación; d) por renuncia del mandatario; e) por fallecimiento de una de las partes; f) por incapacidad sobreviniente a una de ellas (arts. 1960 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1960y 1963 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1963).

Fuera de estas causas típicas hay otras propias de los contratos en general: imposibilidad de dar cumplimiento al contrato, resolución por incumplimiento de las partes. Adviértese que esta causal conserva su interés no obstante que las partes tienen a su disposición un recurso más directo y expeditivo para poner fin a sus relaciones: la revocación por el mandante y la renuncia contra el mandatario. Pero en tal caso no podrán reclamar de la otra parte los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

§ 10. Terminación del mandato

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014270 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014270

1110/14270

A.— CAUSAS

1110/1757

1757. ENUMERACIÓN.— El mandato concluye: a) por cumplimiento del negocio en vista del cual fue conferido; b) por expiración del plazo fijado; c) por revocación; d) por renuncia del mandatario; e) por fallecimiento de una de las partes; f) por incapacidad sobreviniente a una de ellas (arts. 1960 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1960y 1963 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1963).

Fuera de estas causas típicas hay otras propias de los contratos en general: imposibilidad de dar cumplimiento al contrato, resolución por incumplimiento de las partes. Adviértese que esta causal conserva su interés no obstante que las partes tienen a su disposición un recurso más directo y expeditivo para poner fin a sus relaciones: la revocación por el mandante y la renuncia contra el mandatario. Pero en tal caso no podrán reclamar de la otra parte los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

1.— Cumplimiento del negocio

1758. DISPOSICIÓN LEGAL.— Cesa el mandato por cumplimiento del negocio que se encomendó al mandatario (art. 1960 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1960). En adelante, el poder carece de objeto y no sería posible invocarlo válidamente; pero subsiste para el cumplimiento de las obligaciones accesorias que también deben reputarse comprendidas en el mandato (ver nota 1). Todo ello sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe que contratasen con el mandatario ignorando que anteriormente se había cumplido el objeto del mandato (véase nº 1743).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 26/3/1958, causa 42.961 (inédita); C. 2ª Apel. La Plata, Sala II, 23/12/1947, J.A., 1947-IV, p. 772.

2.— Vencimiento del plazo

1759. DISPOSICIÓN LEGAL.— Concluye el mandato por la expiración del término fijado en el poder (art. 1960 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1960). Esta disposición habla del tiempo determinado o indeterminado, aludiendo al concepto de plazo cierto o incierto de los arts. 567 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_17.HTM&iid=AR_LA001 - Art_567y 568. Habrá plazo cierto o determinado cuando se conoce desde el primer momento el día en que vencerá el plazo; en tanto que será incierto o indeterminado cuando no se sepa la fecha exacta en que ocurrirá un hecho que, empero, ha de suceder fatalmente (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 1103).

3.— Revocación del mandato (ver nota 1)

1760. REGLA GENERAL.— En principio, el mandante puede siempre revocar el mandato por voluntad unilateral y según su libre arbitrio (art. 1970 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1970). Es que el mandato se otorga principalmente en interés del mandante; es un acto de confianza, y cuando ésta ha cesado, sería injusto obligar al mandante a seguir ligado a todas las consecuencias del apoderamiento. Se funda también esta solución en la idea de que el mandante es el dueño del negocio y que, por tanto, puede modificar el mandato, ampliarlo, limitarlo y, por último, ponerle término. No se requiere justa causa; el mandante no necesita dar los motivos de su decisión.

La ley cuida celosamente de salvaguardar este derecho que juega en el mandato gratuito como en el oneroso (ver nota 2), tanto si el mandante es uno como si son varios. En este último supuesto, cada uno de los mandantes puede revocar el mandato aunque se trate de un negocio común (art. 1970 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1970). Es claro que el mandato seguirá subsistente respecto de los demás que no lo

hubieran revocado (ver nota 3), aunque muchas veces el negocio no podrá ser ejecutado ya por el mandatario. Así ocurriría si todos los condóminos dan poder a un tercero para vender un inmueble; basta la revocación por uno de ellos para que la venta no pueda llevarse a cabo.

Por excepción, algunos mandatos no pueden ser revocados, según veremos en su lugar (núms. 1766 y sigs.).

1110/1761

1761. FORMAS DE LA REVOCACIÓN.— La revocación puede ser expresa o tácita; lo que se requiere es una manifestación inequívoca de la voluntad de revocar. El propio Código dispone que habrá revocación tácita en los siguientes casos:

1110/1762

1762.— a) Si el mandante designa un nuevo mandatario para el mismo negocio, la revocación tendrá lugar desde el día que se le notifica al mandatario anterior el nuevo nombramiento (art. 1971 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1971). En opinión de algunos autores, la revocación sólo se opera si resulta incompatible el ejercicio simultáneo de ambos poderes, pero no si hay compatibilidad, es decir, si ambos poderes pueden coexistir (ver nota 4). Pero es preferible a nuestro entender la opinión contraria; porque si el mandante notifica la nueva designación al anterior apoderado, con ello indica muy claramente la voluntad de reemplazarlo (ver nota 5). Para que la revocación se opere es necesaria, en principio, la notificación al mandatario anterior (ver nota 6), pero pensamos que si ambos mandatos son incompatibles, el anterior queda revocado por el nuevo sin perjuicio de la validez de los actos del mandatario hasta que el nuevo apoderamiento llegue a su conocimiento. Esto significa que desde la designación del nuevo mandatario, el anterior no podrá incurrir en responsabilidad por incumplimiento aunque no haya sido notificado.

Hay que agregar que la revocación se opera aunque el nuevo mandato no produzca efectos jurídicos por fallecimiento o incapacidad del segundo mandatario o por renuncia de éste o por defectos de orden formal (art. 1973 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1973) o en cualquier otro caso en que, no obstante la nulidad o falta de efectos del nuevo apoderamiento, sea clara la voluntad de constituir un nuevo apoderado y, en consecuencia, de revocar el anterior. Por ello mismo, no habrá revocación si el nuevo poder ha sido obtenido por violencia. El caso del dolo es más complejo. Si el dolo ha consistido en un engaño relativo a la manera de actuar del apoderado anterior y a la conveniencia de reemplazarlo, el nuevo apoderamiento no revoca el anterior; pero si ya el mandante estaba decidido a reemplazar al anterior y el dolo ha consistido en un engaño relativo a la persona del nuevo apoderado, la nulidad del nuevo apoderamiento no obsta a la revocación del poder.

1110/1763

1763.— Cuando el mandato es general, la procuración especial dada a otro mandatario deroga en lo que concierne a esta especialidad la procuración general anterior (art. 1975 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1975), quedando subsistente en lo restante el poder general.

A su vez, la procuración especial no es derogada por la procuración general posterior, dada a otra persona, salvo cuando comprendiese en su generalidad el negocio encargado en la procuración anterior (art. 1976 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1976). Se ha sostenido que en este caso será necesario que en la nueva procuración se mencione expresamente el negocio encargado anteriormente a otro mandatario (ver nota 7). No lo creemos así; en primer término porque la ley no exige este requisito y en segundo porque para que la revocación tenga lugar será necesaria la notificación al mandatario anterior, lo que basta para indicar claramente la voluntad del mandante de dar por terminada su gestión.

1110/1764

1764.— b) También habrá revocación tácita si el mandante interviene personalmente en el negocio y se pone en relación directa con los terceros interesados en él, siempre que no manifieste expresamente su intención de no revocar el mandato (art. 1972 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1972).

¿Es aplicable esta disposición a los poderes dados para intervenir en juicio? Algunos fallos habían resuelto afirmativamente la cuestión (ver nota 8), pues ninguna ley permite excluir este caso del régimen del art. 1972 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1972. Pero ha concluido por imponerse la solución contraria; los tribunales admiten hoy que la intervención personal de las partes en el juicio no causa la revocación del poder a menos que haya manifestación expresa (ver nota 9). Esta jurisprudencia se justifica sobre todo por razones prácticas. En el trámite de los expedientes es frecuente que las partes presenten escritos o intervengan personalmente, sin que sea su ánimo revocar poder; sería excesivo aplicar rigurosamente el art. 1972 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1972, lo que traería aparejados trastornos en el proceso.

Esta solución ha sido acogida expresamente, en lo que atañe a la actuación ante la justicia nacional, por el art. 53 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_17454.HTM&iid=AR_LA001 - Art_53, inc. 1º, Código Procesal.

1110/1765

1765. DEVOLUCIÓN DEL INSTRUMENTO EN QUE CONSTA EL MANDATO.— Dispone el art. 1970 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1970que revocado el mandato, el mandatario está obligado a devolver al mandante el instrumento en el que conste el poder. Esta disposición se inspira en el propósito de evitar que el mandatario pueda seguir usando el poder ya revocado para comprometer la responsabilidad del mandante frente a terceros que ignoran la revocación. Pero el art. 1970 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1970sólo contempla una faz de la cuestión, que es el interés del mandante; la otra es el interés del mandatario, quien puede necesitar de dicho poder para probar que obró dentro de las facultades que se le habían concedido, para demostrar que el mandato era oneroso, etcétera, es decir, para ponerse a cubierto de sus responsabilidades eventuales y responsabilizar, a su vez, al mandante. Por ello, la antigua Cámara Civil 2ª de la Capital resolvió con todo acierto, que el mandatario tiene derecho a reclamar un segundo testimonio de su poder que se le había extraviado después de la revocación, pero debiendo dejarse asentado en dicho instrumento la revocación del mandato (ver nota 10). Esto significa que si el instrumento se encuentra en poder del mandatario, el derecho que el art. 1970 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1970reconoce al mandante se reduce a hacerse exhibir el documento y a poner en él la anotación de que ha quedado revocado, con lo cual queda perfectamente cubierto el interés del mandante y al propio tiempo se contempla el del mandatario.

1110/1766

1766. CASOS EN QUE EL MANDATO ES IRREVOCABLE (ver nota 11).— En su redacción originaria, el art. 1977 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1977disponía que el mandato es irrevocable en el caso en que él hubiese sido la condición de un contrato bilateral o el medio de cumplir la obligación contratada o cuando un socio fuese administrador de la sociedad por el contrato social, no habiendo justa causa para privarlo de la administración. Esta fórmula era deficiente y presentaba múltiples problemas interpretativos, entre los cuales sin duda el más importante era el de si la enumeración debía considerarse limitativa o, por el contrario, si podían admitirse otros supuestos de mandato irrevocable. Estos problemas quedaron resueltos en la nueva redacción de este texto, introducida por la ley 17711 <>: el mandato puede ser irrevocable siempre que sea para negocios especiales, limitado en el tiempo y en razón de un interés legítimo de los contratantes o un tercero.

Conforme con este texto, se exigen las siguientes condiciones para que el mandato pueda ser considerado irrevocable:

a) Que sea otorgado para negocios especiales. Un mandato general no puede nunca tener

carácter irrevocable, pues es obvio que dentro de dicha generalidad pueden caer negocios en los que sólo el mandante tiene interés en cuyo caso no se concibe la irrevocabilidad.

b) Que sea limitado en el tiempo. La limitación puede resultar de un plazo expreso o tácito, como sería el supuesto de que la limitación temporal resulte de la naturaleza misma del negocio.

c) Que se otorgue en razón de un interés legítimo de los contratantes o un tercero. Cuando la ley alude a los contratantes, se refiere sin duda al caso de que la irrevocabilidad responda a un interés de los dos contratantes o a un interés del mandatario; en cambio, no se concibe una irrevocabilidad en interés sólo del mandante.

1110/1767

1767.— Ahora bien: para que el mandato pueda ser irrevocable no basta un interés cualquiera; es necesario que el interés asuma una jerarquía tal que autorice a apartarse del principio de la revocabilidad del mandato, y también que la ejecución de éste no sea más que un medio de cumplimiento de otra obligación o contrato, que es el que se tiene fundamentalmente en mira al dar el poder (ver nota 12).

1110/1768

1768.— La hipótesis típica de irrevocabilidad en provecho del mandatario es la de que el mandato se otorgue como medio de cumplir una obligación, como ocurre si el propietario da poder para vender un inmueble, haciendo constar que con su producido se pagará el préstamo que el mandatario le ha hecho; y en general, cuando el mandatario obra como procurator in rem suam (ver nota 13).

Supongamos ahora el caso del mandato oneroso. ¿Puede el mandatario pretender su irrevocabilidad fundado en su interés en seguir recibiendo la retribución? Se pude argüir en favor de la tesis de la irrevocabilidad que en este caso no se ha otorgado el mandato en el solo interés del mandante y que también el mandatario lo tiene en su ejecución. Pero ya se ha dicho que no basta con ello. No se duda de que en el mandato oneroso hay siempre un interés del mandatario; pero el interés esencial, aquel por el cual la ley debe velar fundamentalmente, es el del mandante; salvo que por circunstancias excepcionales (que son solamente las previstas en el art. 1977 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1977) el interés del mandatario tome una relevancia tan digna de respeto y protección como el del mandante. Nuestro Código soluciona expresamente este problema en el art. 1958 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1958al disponer que si el mandato se resuelve por revocación, el mandante deberá satisfacer al mandatario la parte de servicio hecho; de donde se desprende que el mandato oneroso es revocable y que el mandante sólo debe la remuneración del trabajo realizado.

1110/1769

1769.— Para que el mandato tenga carácter irrevocable, es necesario que haya sido pactado claramente en el contrato (ver nota 14). No basta, pues, con que estén reunidas las condiciones legales que permiten pactar la irrevocabilidad; es preciso, además, que ésta haya sido acordada. Pero cabe preguntarse qué ocurre si se ha pactado la irrevocabilidad sin estar satisfechas las condiciones establecidas en el art. 1977 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1977. Es ésta una cuestión que ha dado lugar a soluciones contradictorias en la legislación comparada (ver nota 15). Predomina en nuestro país la opinión de que tales estipulaciones no impiden al mandante revocar el mandato (ver nota 16); pero hacen responsable al mandante de la ruptura intempestiva o arbitraria del contrato (ver nota 17). Es, nos parece, una solución razonable que concilia la esencia revocable del mandato con la protección del justo interés del mandatario.

1110/1770

1770. JUSTAS CAUSAS DE REVOCACIÓN DEL MANDATO IRREVOCABLE.— Aun durante la vigencia del anterior art. 1977 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1977, la jurisprudencia había resuelto que, habiendo justas causas, el mandato irrevocable podía revocarse (ver nota 18). Esta solución ha sido consagrada expresamente en el nuevo art. 1977 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1977, último párrafo. En otras palabras, la irrevocabilidad no tiene carácter absoluto ni cubre la conducta dolosa o negligente del mandatario; significa solamente que el mandante no puede usar de su derecho de revocación arbitrariamente y que sólo mediando justas causas puede remover al mandatario.

1110/1771

1771. EFECTOS DE LA IRREVOCABILIDAD.— No sólo el mandante queda privado de su derecho de revocar arbitrariamente el mandato, sino que éste subsiste aunque el mandante haya fallecido (art. 1982 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1982) o caído en incapacidad (ver nota 19) o falencia (ver nota 20) (sobre este último punto, véase nº 1778).

Supuesto que no obstante ser irrevocable el mandato, el mandante haga una declaración de revocación, esta declaración no impide que el mandatario cumpla válidamente su gestión; pero no está totalmente desprovista de valor porque provoca la extinción del deber jurídico del mandatario de cumplir el mandato, si es irrevocable en su interés; si lo fuera en interés de un tercero, subsiste la obligación del mandatario de cumplir su gestión (ver nota 21).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la indicada en nota 2580, véase ROCA SASTRE y PUIG PEÑA, La revocación y la sustitución del poder y del mandato, en Estudios de derecho privado, t. 1, p. 405.

(nota 2) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1935; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 812; GUILLOUARD, Du mandat, núms. 167, 215 y sigs.; AUBRY y RAU, § 414 y § 416; PONT, t. 1, nº 1107.

(nota 3) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1936.

(nota 4) De acuerdo: MACHADO, t. 5, p. 301; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1490; GUILLOUARD, Du mandat, nº 219.

(nota 5) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1939; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 824.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala A, 9/11/1960, causa 69.561 (inédita).

(nota 7) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1940.

(nota 8) C. Civil 2ª Cap., 30/9/1938, J.A., t. 63, p. 1008.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala A, 23/10/1957, causa 44.241 (inédita); íd., 6/4/1962, causa 78.501 (inédita); Sala C, 13/10/1958, causa 51.694 (inédita); Sala D, 26/4/1957, L.L., t. 88, p. 131; C. Civil 1ª Cap., 22/6/1942, L.L., t. 27, p. 95; C. Civil 2ª Cap., 3/10/1947, L.L., t. 48, p. 597; C. Com. Cap., 16/6/1931, J.A., t. 35, p. 1432; C. Civil 2ª Tucumán, 16/9/1960, L.L., t. 105, p. 621.

(nota 10) C. Civil 2ª Cap., 3/10/1928, J.A., t. 28, p. 642; de acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1964.

(nota 11) BIBLIOGRAFÍA: GOROSTIAGA, Irrevocabilidad del mandato, J.A., t. 13, sec. doct., p. 94; ACUÑA ANZORENA, Mandato irrevocable e incapacidad del mandante, L.L., t. 13, p. 121 (estudio que en los sustancial ha sido reproducido en las anotaciones del autor a SALVAT).

(nota 12) MINERVINI, El mandato, nº 77; en sentido concordante, C. Civil, Sala E, 18/6/1963, E.D., t. 5, p. 637 y L.L., t. 112, p. 657. HUPKA, La representación voluntaria en los negocios jurídicos, p. 377.

(nota 13) Sup. Corte Buenos Aires, 13/4/1948, L.L., t. 50, p. 1023 y J.A., 1948-I, p. 725; C. Apel. Rosario, 12/7/1938, L.L., t. 11, p. 262; MACHADO, t. 5, p. 307; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1941, nota 130 a).

(nota 14) Aun dentro del sistema del anterior art.1977, ésta era la solución seguida por varios fallos, aunque el problema no resultaba nada claro. En el sentido de que la revocación debía ser pactada expresamente: C. Civil Cap., Sala D, 8/6/1951, L.L., t. 63, p. 421; Sala B, 18/3/1957, causa 38.593 (inédita). La Sala E, por el contrario, había decidido que cuando acreedor y deudor designan de común acuerdo un tercero para recibir el pago, el mandato no puede ser revocado por el primero, aunque nada se haya dicho expresamente sobre la irrevocabilidad (16/5/1961, J.A., 1961-IV, p. 338 y L.L., t. 103, p. 454). Esta tesis ha dejado ya de ser sostenible con la reforma del art. 1977.

(nota 15) En el sentido de que tales cláusulas no impiden la revocación: Cód. Civil suizo, art. 34; portugués, art. 1364; mexicano, art. 2596 (salvo derecho del mandatario a la indemnización); italiano, art. 1723 (con igual reserva). En el sentido de que la convención basta para hacer irrevocable el mandato: Código Civil brasileño, art. 1317, inc. 1º.

(nota 16) Sup. Corte Buenos Aires, 19/10/1943, J.A., 1944-I, p. 482; Sup. Trib. Entre Ríos, 29/7/1941, J.A., 1942-II, p. 307; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1942; LLERENA, t. 6, p. 247; MACHADO, t. 5, p. 306; GOROSTIAGA, nota en J.A., t. 13, sec. doct., p. 95, nota 5. Es también, en definitiva, la opinión de ACUÑA ANZORENA, quien si bien admite que la cláusula de irrevocabilidad no impide al mandante la revocación, sostiene que tal cláusula no está desprovista de valor desde que debe hacérselo responsable de los daños y perjuicios que resulten al mandatario de la violación de dicha cláusula (véase su trabajo en L.L., t. 13, ps. 121 y sigs.; anotación de SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1942 a], y su nota 131, a], con abundante apoyo de doctrina extranjera; es necesario, empero, prevenir el escaso interés que tiene para nosotros la autoridad de juristas que han emitido su opinión con relación a legislaciones que no cuentan con un texto como nuestro art. 1977 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1977).

(nota 17) Sup. Corte de Buenos Aires, fallo cit. en nota anterior; ACUÑA ANZORENA, loc. cit., en nota anterior; es la solución del art. 1723, Cód. Civil italiano. En igual sentido: ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, Revocación y sustitución del poder y del mandato, en Estudios de derecho privado, t. 1, p. 421.

(nota 18) En este sentido: C. Civil Cap., Sala D, 8/6/1951, L.L., t. 63, p. 421; C. Civil 1ª Cap., 2/12/1939, J.A., t. 69, p. 280; C. Apel. Rosario, 12/7/1938, L.L., t. 11, p. 262; MESSINEO, t. 6, § 155, nº 11.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 21/9/1938, J.A., t. 63, p. 876 y L.L., t. 13, p. 121, con nota de ACUÑA ANZORENA, quien adhiere; véase también de este autor su comentario en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1942 a); PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1496.

(nota 20) C. Apel. Rosario en Pleno, 31/8/1942, L.L., t. 28, p. 262.

(nota 21) MINERVINI, El mandato, nº 77 in fine, texto y nota 16.

4.— Renuncia del mandatario

1772. PRINCIPIO.— El mandatario puede renunciar al mandato cuando le parezca oportuno y sin necesidad de invocar una justa causa para desligarse de las obligaciones contractuales (art. 1978 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1978). Es una solución tradicional, derivada del derecho romano (ver nota 1) en el que el mandato se concebía como un deber de amistad cuyo cumplimiento no debía exigirse en contra de la voluntad de quien lo cumplía; hoy, cuando tal fundamento ha dejado de tener vigencia, se justifica mejor en la consideración de que este derecho pone al mandatario en un pie de igualdad con el mandante que tiene la facultad de revocar voluntariamente el mandato. Con todo, no deja de ser una solución discutible. La revocación por el mandante se justifica por la razón muy peculiar de que el mandato es un acto de confianza y no es posible que el mandante siga ligado a la actuación de una persona en quien ya no confía; pero el mandatario no puede aducir una razón similar para renunciar su mandato. No hay falta de equidad en tratar con desigualdad situaciones que son desiguales. La obligación de cumplir con el mandato es asmimilable a cualquier otra obligación contractual y por lo tanto no parece justificarse este derecho a desobligarse por voluntad unilateral. Ello explica que el nuevo Código italiano sólo autorice la renuncia del mandato de tiempo indeterminado; si el tiempo es determinado, el mandatario que renuncia sin justa causa debe resarcir los daños al mandante (art. 1726 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_40.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1726); vale decir, el mandatario no se encuentra en una situación de excepción, sino que está colocado en igual plano que el trabajador en un contrato de trabajo.

1110/1773

1773.— La renuncia produce sus efectos desde que se ha exteriorizado y sin necesidad de que sea aceptada por el mandante; por lo tanto, el mandatario no puede reasumir los

poderes que ha renunciado (ver nota 2). Esta solución parece indiscutible en nuestro derecho positivo, porque de lo contrario la cesación del mandato dependerá no ya de la voluntad del mandatario que renuncia, sino de la voluntad del mandante que acepta, lo que es claramente contrario al art. 1978 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1978.

1110/1774

1774. LIMITACIONES AL DERECHO DE RENUNCIAR LIBREMENTE EL MANDATO.— El mandato no puede ser renunciado:

1) Si fuera la condición de un contrato bilateral (ver nota 3). Las mismas razones por las cuales el mandante no puede revocar el poder en este caso, hacen que el mandatario no pueda renunciarlo. Hay de por medio un interés recíproco que liga a las partes de una manera irrevocable. Desde luego, no basta la mera circunstancia de que el mandato sea remunerado para impedir la renuncia (ver nota 4).

2) Si se hubiera pactado la irrenunciabilidad (ver nota 5).

Debe hacerse notar, sin embargo, que como el ejercicio del mandato implica la prestación de servicios y nadie puede ser obligado a prestarlos contra su voluntad, el mandatario puede en definitiva renunciar al mandato incluso en este caso, pero indemnizando al mandante de los daños y perjuicios que le resulten (ver nota 6).

Pero no deberá indemnización alguna si renuncia con justa causa (ver nota 7); debe entenderse por justa causa no solamente la fuerza mayor que impida totalmente cumplir, sino también ciertos hechos que sin ser un impedimiento absoluto, dificultan el cumplimiento y hacen razonable la liberación del mandatario; tal como una enfermedad, un cambio de residencia (ver nota 8); o de profesión (ver nota 9); con tanto mayor motivo, serán justa causa de renuncia las dificultades puestas al ejercicio del mandato por el propio mandante, o sus manifestaciones de desconfianza que hieran la dignidad del mandatario, por más que no impliquen imposibilidad de cumplir.

1110/1775

1775.— Aun en el supuesto normal de libre renuncia, el mandatario no podrá hacerla en tiempo indebido (art. 1978 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1978), es decir, intempestivamente. Si lo hiciera sin justa causa, debe pagar los daños y perjuicios sufridos por el mandante (art. 1978 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1978). Por el contrario, si la renuncia no fuera intempestiva y permitiera al mandante adoptar las medidas necesarias para la protección de sus intereses, no origina obligación de indemnizar.

1110/1776

1776.— Aun siendo justa la renuncia, el mandatario debe continuar sus gestiones, si no le es del todo imposible, hasta que el mandante pueda tomar las disposiciones necesarias para suplir su falta (art. 1979 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1979). Con lo que se desea evitar que los intereses del mandante puedan quedar abandonados.

Esta protección del mandante se complementa con la obligación impuesta al mandatario de notificarle su renuncia (art. 1978 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1978), aunque sea hecha con justa causa. No es necesaria una notificación o aviso formal; lo que interesa es que el mandante esté informado, de tal modo, que si el mandatario omitió la notificación pero prueba que de otro modo el mandante tuvo conocimiento de la renuncia, queda exento de responsabilidad por su omisión. Tampoco habría responsabilidad del mandatario si está en la imposibilidad de avisar (ver nota 10); como ocurriría en el caso de una enfermedad aguda sobreviniente, un accidente, etcétera.

(nota 1) MAYNZ, t. 2, § 209.

(nota 2) C. Com. Cap., Sala A, 30/3/1960, diario L.L., 2/9/1960. HUPKA ha sostenido con vigor el punto de vista contrario, fundado en la diferencia entre el mandato concebido como relación sustancial, y el poder concebido como negocio abstracto. Este último, sostiene, es sólo una legitimación formal exterior que se apoya únicamente en la voluntad del poderdante y que sólo por virtud de esa voluntad puede cesar. De ahí que la renuncia sólo tenga importancia para la relación contractual interna, pero el poder no se extingue hasta que el poderdante haya aceptado la renuncia o sea cuando como consecuencia de esa aceptación ha revocado el poder (La representación voluntaria en los negocios jurídicos, p. 370; en sentido concordante: ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, La revocación y la sustitución del poder y del mandato, en Estudios de derecho privado, p. 409). Según este punto de vista, la renuncia no aceptada daría lugar a la coexistencia de un mandato concluido y un poder subsistente. Nos parece una concepción artificiosa. No comprendemos cómo puede subsistir el poder, luego que ha cesado el mandato que le ha dado vida, contenido y límites.

(nota 3) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1944; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 829; AUBRY y RAU, § 416, GUILLOUARD, Du mandat, nº 227.

(nota 4) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1944; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du

mandat, nº 829; GUILLOUARD, Du mandat, nº 227; PONT, t. 1, nº 1164.

(nota 5) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 829. Para estos autores, la renuncia tácita del derecho de renunciar puede surgir inclusive de la cláusula por la cual se fija un plazo cierto al contrato.

(nota 6) En este sentido, PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1493.

(nota 7) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1945; MACHADO, t. 5, p. 308; LLERENA, t. 6, p. 248; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 830; GUILLOUARD, Du mandat, nº 229; MESSINEO, t. 6, § 155, nº 13.

(nota 8) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 830; GUILLOUARD, Du mandat, nº 229.

(nota 9) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, loc. cit. en nota anterior.

(nota 10) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 828, quienes citan la opinión concordante de POTHIER, nº 43.

5.— Muerte de una de las partes

1777. PRINCIPIO Y EXCEPCIONES.— En principio, el mandato concluye con la muerte del mandante o del mandatario; pero es necesario dejar a salvo las siguientes situaciones de excepción:

a) Cuando el mandato ha sido otorgado en interés común del mandante y del mandatario o en interés de un tercero (art. 1982 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1982); de ahí que el mandato irrevocable no cesa con la muerte del mandante (véase nº 1781). Se ha resuelto que el mandato para escriturar una propiedad por la cual el comprador había pagado íntegramente el precio, fue otorgado en interés del tercero y no se extingue con la muerte del mandante (ver nota 1).

b) Cuando el negocio que forma el objeto del mandato debe ser cumplido o continuado después de la muerte del mandante (art. 1980 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1980); pero no obstante esta circunstancia y a pesar de que se hubiese convenido expresamente que el mandato continuaría después de la muerte, cesa si los herederos fueren menores o tuvieren otra incapacidad y se hallaren bajo representación legal de sus tutores o curadores (art. 1981

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1981).

El alcance de esta disposición ¿debe limitarse a los menores que estén bajo tutela o también debe comprender a los que se encuentran bajo la patria potestad? La interpretación restrictiva se funda en un argumento literal: si la excepción a la regla de la continuación del mandato sólo está referida por el art. 1981 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1981a los menores o incapaces bajo tutela o curatela, es necesario admitir que esa disposición no se aplica a los menores bajo patria potestad (ver nota 2). Pero el argumento nos parece estrechamente apegado a la letra del texto. La analogía de situaciones es tal, que no se advierten razones para aplicar distintas soluciones a uno y otro caso. El fundamento de esta norma es que el mandante, persona capaz, se ha convertido en incapaz por la muerte del otorgante (ver nota 3). Este razonamiento es aplicable a ambas situaciones y en las dos la solución debe ser igual.

Pero cualquier mandato ejecutado después de la muerte será nulo si no puede valer como disposición de última voluntad (art. 1893 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1893); como ocurriría si se ha otorgado para cumplir un acto de enajenación de bienes que implica afectar la legítima de los herederos. Iguales efectos que la muerte produce la extinción de una persona jurídica (ver nota 4).

6.— Incapacidad del mandante o mandatario

1110/1778

1778. DISPOSICIÓN LEGAL.— La incapacidad del mandante o del mandatario hace cesar el mandato (art. 1984 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1984). ¿Qué se entiende por incapacidad? El mismo art. 1984 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1984se encarga de aclarar el concepto. La incapacidad tiene lugar cuando el mandante o el mandatario pierden en todo o en parte el ejercicio de sus derechos. Tal ocurre si alguno de ellos es declarado demente o inhabilitado o es condenado a más de tres años de prisión o reclusión, o cae en concurso o quiebra (ver nota 5). Es claro que en estos últimos casos sólo habrá terminación del mandato en lo que atañe a las atribuciones de las cuales ha quedado privado el mandante o el mandatario (ver nota 6); así por ejemplo, la quiebra de alguno de ellos no pone fin al mandato para cumplir un acto de familia, entablar una acción de divorcio, etcétera; la inhabilitación del mandante no pone fin al mandato relativo a actos de administración y la inhabilitación del mandatario no hace cesar el poder de administración que ha recibido.

Recuérdese empero, que el menor de edad, mayor de 14 años, puede ser mandatario no obstante su incapacidad (véase nº 1639); pero una cosa es otorgar un mandato a un menor sabiendo que lo es y otra otorgarlo a quien es capaz y luego queda privado total o

parcialmente de su capacidad.

1110/1779

1779.— Sin embargo la incapacidad del mandante no pone fin al mandato irrevocable (véase nº 1771). En lo que atañe a la influencia de la incapacidad del mandatario sobre el mandato irrevocable, parece necesario hacer la siguiente distinción: si se trata de una incapacidad derivada de una declaración de demencia o una condena penal, es obvio que el mandatario no puede seguir ejerciendo sus poderes; si, en cambio, se trata de una falencia y el poder es irrevocable, parece lógico admitir que el fallido pueda seguir desempeñando el mandato. Empero, si se trata del mandato irrevocable conferido al administrador de una sociedad, su falencia configura una justa causa de remoción que puede ser invocada por sus asociados para revocarle el mandato. Es claro que en este caso, la remoción del administrador no se opera ministerio legis y por el solo hecho de su falencia, sino que es necesario que lo pidan los interesados (arts. 1682 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_40.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1682y 1683).

Igualmente, el concurso civil o comercial del mandatario puede ser causa suficiente de revocación del mandato irrevocable si los intereses confiados al mandatario son cuantiosos, como puede ser la administración de bienes importantes.

1110/1780

1780.— En lo que atañe a la mujer que luego de otorgar un mandato contrae matrimonio, establece el art. 1985 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1985que el mandato subsistirá en todos los actos que ella pueda ejercer sin dependencia de la autorización del marido. Es una disposición que no se justifica después de la sanción de la ley 17711 <>. Obviamente, su propósito es proteger los bienes del matrimonio; pero como después de éste ni el propio mandante puede disponer de algunos bienes sin el consentimiento del otro cónyuge, es claro que el mandatario tampoco podrá hacerlo. En otras palabras: el requisito del consentimiento del otro cónyuge es seguridad suficiente para el interés que se pretende proteger.

En tales circunstancias, el art. 1985 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1985, en cuanto dispone que el mandato no subsiste, es excesivo, pues aplicado rigurosamente llevaría a la conclusión de que el acto celebrado por el mandatario con el consentimiento del otro cónyuge, no es válido y sería impugnable por el mandante. Es, nos parece, una conclusión inadmisible, pues va más allá del propósito de la ley.

(nota 1) C. Fed. Tucumán, 30/9/1938, J.A., t. 63, p. 447.

(nota 2) En este sentido: C. Fed. Tucumán, 30/9/1938, J.A., t. 63, p. 447; MACHADO, t. 5, p. 313.

(nota 3) MACHADO, t. 5, p. 312.

(nota 4) MINERVINI, El mandato, nº 85.

(nota 5) De acuerdo sobre la quiebra del mandante o mandatario como causal de terminación del mandato: C. Civil Cap., Sala E, 8/12/1958, causa 53.569 (inédita); C. Com. Cap., 28/12/1949, L.L., t. 58, p. 194; C. Apel. Rosario en pleno, 31/8/1942, L.L., t. 28, p. 942; MACHADO, t. 5, p. 314; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 841; GUILLOUARD, Du mandat, nº 243; AUBRY y RAU, § 416.

(nota 6) MACHADO, t. 5, p. 315.

7.— Caso de sustitución del mandato

1781. CESACIÓN DE LOS PODERES DEL MANDATARIO.— Cesa el mandato dado al sustituido (debe decir sustituyente) por la cesación de los poderes del mandatario que hizo la sustitución, sea representante voluntario o necesario (art. 1962 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1962). La vivencia, alcance y extensión de los poderes del sustituyente están ligados radicalmente a los del mandatario. En consecuencia, la cesación de los poderes de éste arrastra consigo la conclusión de los del primero.

Aunque el caso de los representantes legales no es una hipótesis de mandato, este artículo los involucra en su régimen. Por consiguiente, si los poderes de representación de un tutor o curador cesan por la mayoría de edad o la recuperación de la salud de su representado, cesan también los poderes que hubieren otorgado en favor de terceros.

1110/1782

1782. MUERTE O INCAPACIDAD DEL MANDATARIO SUSTITUIDO.— Del régimen del art. 1962 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1962escapa la muerte o incapacidad del mandatario sustituido que no provoca la terminación del mandato que ejerce el sustituyente (ver nota 1). Esta solución es aplicable a todos los supuestos de sustitución, haya o no autorización expresa para sustituir el mandato originario (ver nota 2). Pero cuando no se trata de sustitución del mandato propiamente dicho, sino de un submandato en el que el mandatario otorgó el poder a nombre propio

(aunque en interés de su mandante), la muerte o incapacidad del mandatario-mandante pone fin al submandato, porque en tal caso es un contrato independiente en el que la muerte o incapacidad del mandante produce sus efectos normales.

(nota 1) C. Com. Cap., 13/9/1926, J.A., t. 22, p. 477; C. Fed. Cap., 7/4/1933, J.A., t. 41, p. 584; C. Apel. Rosario, 11/11/1943, L.L., t. 32, p. 828.

(nota 2) En contra, en caso de que el poder no contenga autorización para sustituir: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1955 a).

B.— EFECTOS DE LA CESACIÓN DEL MANDATO

1110/1783

1783. EFECTO ESENCIAL Y CONSECUENCIAS.— La cesación del mandato pone fin a las relaciones contractuales entre mandante y mandatario. Pero eventualmente y durante un lapso no prolongado, el mandato suele continuar produciendo efectos aun después de su terminación.

1110/1784

1784. a) Actos celebrados por el mandatario después de la cesación.— En principio, tales actos no crean obligación alguna para el mandante, desde que los poderes del mandatario han cesado; sin embargo, será obligatorio para el mandante y sus herederos todo cuanto el mandatario hiciere ignorando sin culpa la cesación del mandato (arts. 1965 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1965y 1966); solución que concuerda con lo dispuesto en el art. 1964 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1964según el cual para cesar el mandato con relación al mandatario y a los terceros con quienes ha contratado, es necesario que ellos hayan sabido o podido saber la cesación del mandato (ver nota 1).

La ley habla de la ignorancia sin culpa; pero si la ignorancia es culpable, no podrá el mandatario ampararse en su falta de conocimiento, como ocurriría si la noticia le fue anunciada por carta o telegrama en su domicilio, pero el mandatario estaba ausente y no había dejado persona que cuidara de hacerle llegar su correspondencia; o si la muerte del mandante tuvo difusión periodística y pública (ver nota 2). Pero en la duda, se presume que obró sin culpa y de buena fe (ver nota 3).

1110/1785

1785. b) Continuación de los negocios que no admiten demora.— No obstante la cesación del mandato, es obligación del mandatario, de sus herederos y de los representantes de los herederos incapaces continuar por sí o por otros los negocios comenzados que no admiten demora, hasta que el mandante, sus herederos o representantes legales dispongan sobre ellos, bajo pena de responder por los perjuicios que de su omisión resultare (art. 1969 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1969).

Esta norma tiene su mayor campo de aplicación en los poderes otorgados para actuar en juicio; el mandatario tiene obligación de continuar desempeñándose como tal, a pesar de conocer el fallecimiento del mandante, hasta tanto los herederos estén en condiciones de proveer a su defensa (ver nota 4). De lo contrario podrían derivar perjuicios irreparables para los intereses que se le han confiado.

1110/1786

1786.— Para que esta obligación recaiga sobre el mandatario es necesario, en principio, que se trate de un asunto comenzado, así lo dice el art. 1969 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1969y lo ha declarado la jurisprudencia (ver nota 5). Pero si hubiera peligro en demorar la realización de una gestión, debe hacerla el apoderado aunque no esté iniciada; tal sería el caso de la interposición de una demanda para evitar que prescriba la acción. Lo esencial, lo que verdaderamente da fundamento a esta obligación legal es el peligro en la demora; sólo que ordinariamente ese peligro no existe sino en los negocios ya empezados y cuya suspensión suele ser perjudicial; eso explica por qué el art. 1969 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1969sólo se refiere a ellos (ver nota 6).

1110/1787

1787.— La obligación está limitada al supuesto concreto a que alude el art. 1969 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1969; si el mandatario hubiera obrado, luego de conocer la cesación del mandato, sin razones de urgencia o para decirlo con las palabras de la ley, en negocios que admiten demora, su actuación carecerá de todo valor y desde luego, no podrá reclamar la retribución que en cambio le corresponde por todas sus gestiones ulteriores a la cesación del mandato realizadas en cumplimiento de los deberes que le impone el art. 1969 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1969.

1110/1788

1788.— La omisión del deber impuesto en esta norma hace pasible al mandatario de los daños y perjuicios que se deriven al mandante o sus herederos. Es claro que esa

responsabilidad sólo se mantiene durante un tiempo prudencial, calculado de modo que los interesados puedan adoptar las medidas del caso en salvaguarda de sus intereses. La negligencia del mandante que descuida su negocio y omite adoptar las medidas del caso para sustituir la actuación del mandatario que ha cesado, no puede obligar a éste a continuar indefinidamente la gestión (ver nota 7). Es el sistema que resulta del art. 1979 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1979, según el cual, en caso de renuncia del mandatario, debe continuar sus gestiones hasta que el mandante pueda tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta. Desde que el mandante ha podido tomar las medidas del caso y no lo ha hecho, cesa la responsabilidad del mandatario y su obligación de continuar la gestión.

1110/1789

1789. c) Restitución del documento en que consta el poder.— Concluido el mandato, el mandatario está obligado a restituir el documento en el que consta el poder (art. 1970 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1970). Sobre el alcance de esta norma véase número 1765.

1110/1790

1790. EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS.— Los contratos celebrados por el mandatario con un tercero que ignorara sin culpa la cesación del mandato serán obligatorios para el mandante y sus herederos (art. 1967 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1967). No interesa que el mandatario tuviera conocimiento de la cesación y que, por tanto, hubiera obrado de mala fe. Desde el punto de vista de los terceros lo único que la ley toma en cuenta es su propia buena o mala fe. Es justo que si el mandatario hace uso de los poderes que le otorgó el mandante deba éste responder. Desde el punto de vista del tercero es indiferente que el mandatario ignorara la cesación del mandato o que la supiera y no obstante ello siguiera actuando. Si hay un culpable es el mandante, ya sea porque no adoptó las medidas del caso para impedir que el mandatario siguiera representándolo, ya sea porque —aun probando que le fue imposible adoptar tales medida— fue culpable en la elección del apoderado (culpa in eligendo).

Enterado el tercero de que el mandato había cesado antes de la celebración del contrato puede, a su elección, exigir su cumplimiento o tenerlo por no celebrado; y el mandante no podría en esta última hipótesis obligarlo a cumplir (art. 1968 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1968). Pero en este supuesto hay que distinguir dos situaciones: si el tercero ha desistido del contrato antes de su ratificación por el mandante, es de aplicación lo dispuesto en el art. 1968 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1968; pero si el mandante ha ratificado el contrato antes de que el tercero manifestara su voluntad de desistir, el contrato queda perfeccionado y obliga al tercero; la situación es en cierto modo similar a la del mandatario que se ha extralimitado en su

mandato y a la del gestor de negocios.

1110/1791

1791.— La buena fe del tercero se presume; el mandante que sostiene que aquél conocía la cesación del mandato o que la ignoró por su culpa, debe probarlo (ver nota 8).

(nota 1) Por aplicación de esta norma se ha resuelto que la cesación del mandato por fallecimiento no se produce desde el momento de éste, sino desde que la noticia llega a conocimiento del mandatario o de los terceros interesados: C. Civil Cap., Sala A, 10/7/1953, J.A., 1953-IV, p. 389; C. Civil 1ª Cap., 7/5/1936, J.A., t. 54, p. 417.

(nota 2) C. Com. Cap., Sala A, 25/7/1951, L.L., t. 64, p. 102.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 4/3/1936, L.L., . 2, p. 120; C. Apel. Rosario, 24/3/1936, J.A., t. 57, p. 603; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1967; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 861; PONT, t. 1, nº 1179.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 5/6/1940, J.A., t. 71, p. 47; C. Civil 2ª Cap., 5/10/1938, J.A., t. 64, p. 187; C. Com. Cap., 7/9/1936, L.L., t. 4, p. 656. La misma obligación de continuar el juicio incumbe a los herederos del mandatario, quienes deben hacerlo por sí o por otros. C. Civil Cap., 31/7/1953, J.A., 1954-II, p. 29.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 4/3/1936, L.L., t. 2, p. 119; C. Com. Cap., Sala A, 25/7/1951, L.L., t. 64, p. 102.

(nota 6) Ésta es la solución admitida en el derecho alemán, no obstante que el art. 672 habla sólo de continuación de la gestión; véase ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 160, I, 3, texto y nota 6; LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 52 y la del derecho español; PERÉ RALUY, notas a MINERVINI, p. 411. Con referencia al derecho italiano, MINERVINI distingue entre la terminación por muerte o incapacidad y la terminación por otro motivo; en el primer caso, la ultractividad del mandatario exige un negocio comenzado; en el segundo, no (El mandato, nº 87); pero no justifica satisfactoriamente la distinción.

(nota 7) Según MINERVINI, debe tratarse de un lapso suficiente para que el mandante pueda proceder a la sustitución del mandatario por otro de capacidad y condiciones análogas (El mandato, nº 82).

(nota 8) De acuerdo: C. Fed. Cap., Sala I, 14/8/1984, E.D., t. 112, p. 231; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1972; MACHADO, t. 5, p. 321; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1501; PONT 1180. En contra: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat, nº 869; GUILLOUARD, Du mandat, nº 220.

CAPÍTULO XXVIII - GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS SIN MANDATO (ver nota 1)

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014300 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014300

1110/14300

§ 1.— Conceptos generales

1110/1792

1792. CONCEPTO.— Hay gestión de negocios cuando alguien no obligado por contrato ni por representación legal realiza espontáneamente una gestión útil para otro. Este concepto provisorio, que ha de ser precisado y completado más adelante, nos permite tener una idea general de la institución. ¿Hasta qué punto debe ser protegida legalmente la gestión de los negocios ajenos? Por un lado hay que tener en consideración el peligro que entraña alentar una conducta que significa inmiscuirse en los negocios o los bienes de terceros; por otro, que esa intervención está generalmente inspirada por el noble propósito (con frecuencia logrado) de impedir un daño al dueño del negocio o de los bienes. La regulación legal de la institución está, pues, nutrida de una doble preocupación: necesidad de evitar una intromisión molesta o dañosa en los negocios ajenos, necesidad de no perjudicar a quien ha realizado una gestión útil para otra persona. De ahí que la gestión de negocios coloca al gestor en un plano inferior al mandatario, pero le confiere más derechos que los que surgirían del simple enriquecimiento sin causa.

De lo dicho hasta aquí surge una analogía notoria entre gestión de negocios y mandato. En ambos se realiza la gestión de un negocio ajeno, sólo que en un caso hay orden del dueño de realizarla y en el otro no. La diferencia es, sin duda, muy importante y se traduce en consecuencias legales que hemos de puntualizar más adelante (nº 1823), pero la sustancia íntima de la conducta del gestor parece la misma. Realiza actos o gestiones por cuenta de un tercero, está obligado a poner en su tarea la misma activa diligencia, debe rendir cuentas. En algunos casos, mandato y gestión se confunden: la ratificación de la gestión equivale al mandato (art. 2304 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2304), la extralimitación en el mandato produce los efectos de la gestión. En otros, la distinción se hace muy difícil y sutil; tal es el caso del mandato tácito, del que nos ocupamos en el número siguiente. Todo ello justifica que, apartándonos del método del Código, tratemos este tema a continuación del mandato.

1110/1793

1793. GESTIÓN DE NEGOCIOS Y MANDATO TÁCITO.— Aunque la gestión de negocios típica es la que se lleva adelante sin conocimiento del dueño, es perfectamente posible que éste la conozca, sin que por ello pierda su carácter (art. 2288 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2288). Y por otro lado, el mandato tácito consiste en dejar obrar a quien está realizando algo a nombre del dueño (art. 1874 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1874).

¿Cómo distinguir en este supuesto, mandato y gestión? Desde el punto de vista teórico, la distinción es neta: el mandato es un contrato, requiere un acto de apoderamiento; supone instrucciones del mandante, sólo que no están documentadas, porque no es necesario hacerlo y la ley tiene como suficiente prueba de que el mandatario obra por orden del mandante el silencio guardado por éste ante la ostensible gestión del primero. En la gestión no hay orden del dueño; el gestor actúa espontáneamente. Pero si la diferencia teórica es simple, la distinción práctica es muy sutil. Ante una persona que está obrando por otra, con conocimiento de ésta, ¿qué criterio seguirá el juez para decidir si hay mandato tácito o gestión? Digamos desde ya, que la cuestión tiene la mayor importancia, porque los derechos y deberes derivados para las partes son muy diversos en un caso y otro. Para resolver la dificultad se han propuesto diversas soluciones:

a) Para algunos, si el dueño del negocio está enterado de la realización de la gestión desde su comienzo, hay mandato; si se entera luego de empezada, hay simple gestión de negocios (ver nota 2). Es un criterio inadmisible, porque la ratificación equivale al mandato (art. 2304 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2304), y es siempre posterior a la iniciación de la gestión.

b) Para otros hay mandato tácito cuando el gestor ha obrado en nombre de otro en tanto que habrá gestión si se ha obrado para otro pero sin invocar su nombre (ver nota 3). Nos parece que esta opinión no resiste la crítica, porque tanto el mandato como la gestión pueden cumplirse a nombre propio o del dueño del negocio; en consecuencia, no se podría fincar en esa circunstancia la distinción.

c) Por nuestra parte, pensamos que el criterio de la distinción está dado por el art. 1874 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1874, según el cual habrá mandato tácito cuando el dueño del negocio, pudiendo impedir lo que otro está haciendo por él, guarda silencio. En otras palabras: si alguien sabe que otra persona está haciendo algo por él y pudiendo impedirlo guarda silencio, hay mandato; si lo sabe pero no puede impedirlo, hay gestión. Tal sería el caso de los incapaces que estando mentalmente dotados de comprensión carecen de aptitud legal para obrar (menores adultos, sordomudos, que no saben darse a entender por escrito, penados); o de las personas que por cualquier motivo se encuentran en una imposibilidad de hecho de

oponerse, como ocurriría con quien no puede actuar porque está sufriendo las amenazas o la violencia del gestor o de un tercero; o quien se encuentra ausente y aunque avisado de la gestión tiene dificultades para adoptar por sí las medidas que convienen a la defensa de sus intereses, sea porque carece de elementos de juicio suficientes y no puede dar instrucciones a su apoderado o porque la distancia le impide elegir una persona apta y de confianza para encargarle el negocio.

Agreguemos que el mandato debe tener siempre por objeto un acto jurídico, en tanto que la gestión puede referirse a actos puramente materiales (núms. 1624 y 1796); por lo tanto, si la gestión se refiere a éstos, no habrá posible confusión con el mandato tácito.

1110/1794

1794. REQUISITOS DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS.— Es preciso que concurran los siguientes requisitos para configurar la gestión de negocios:

a) Que no haya mandato, ni se trate del ejercicio de una representación legal (padres, tutores, curadores, administradores judiciales, síndicos, etc.), ni del cumplimiento de alguna obligación contractual (locación de obras, contrato de trabajo, etc.) (ver nota 4) (art. 2288 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2288). La gestión debe ser espontánea; la creencia errónea de que se obra en virtud de una representación, no impide los efectos legales de la gestión (ver nota 5).

1110/1795

1795. b) Que el gestor se proponga hacer un negocio de otro y obligarlo eventualmente; no habrá gestión si creyendo el gestor hacer un negocio suyo, hiciese el de otro (art. 2289 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2289). Esta solución parece a primera vista discutible, porque si la gestión ha sido útil, no se ve el motivo por el cual el dueño del negocio deberá estar obligado de una manera distinta. La razón es que la ley protege sólo la conducta del que ha obrado por un impulso altruista; el que no pensó en favorecer al tercero no merece un tratamiento tan considerado y sólo podrá reclamar del dueño lo que resulte al tenor de los principios del enriquecimiento sin causa. Pero si el gestor ha obrado teniendo en mira un interés común con el dueño del negocio, hay gestión (ver nota 6) (arg. art. 2302 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2302), como ocurre si uno de los propietarios echa abajo un muro medianero que amenaza ruina.

¿Qué debe entenderse por negocio ajeno? En la doctrina se distingue entre los negocios objetivamente ajenos, esto es, los que por su misma naturaleza interesan a otro (pago de sus cuentas, apuntalamiento de una propiedad que amenaza ruina) y los subjetivamente ajenos, que sólo llegan a serlo en virtud de la finalidad volitiva del gestor (por ej., adquiero un toro en un remate para un estanciero que sé que lo necesita). Para algunos autores, sólo los negocios objetivamente ajenos pueden ser objeto de la gestión (ver nota 7); para otros,

también pueden serlo los subjetivamente ajenos, pero mientras en el primer caso la sola gestión hace presumir la existencia de la voluntad de promover el interés ajeno, en el segundo habrá que exteriorizar suficientemente esa voluntad y probarla de modo satisfactorio (ver nota 8). Preferimos circunscribir el campo de aplicación de la regulación legal de la gestión de negocios a los objetivamente ajenos. Una mayor amplitud del concepto sería riesgosa para el dueño del negocio, que se vería obligado a aceptar responsabilidades que no se desea asumir y que no necesitaba asumir. Sin perjuicio de reconocer la acción in rem verso en favor del gestor.

La voluntad de hacer la gestión para otro se presume de la mera circunstancia de tener conocimiento y conciencia de que el bien o negocio es ajeno (ver nota 9), pero no es necesario que el gestor conozca al dueño (ver nota 10), ni interesa que creyera que es una persona distinta de la que efectivamente es (ver nota 11).

1110/1796

1796. c) Que se trate de un acto o de una serie de actos; éstos pueden ser jurídicos o simplemente materiales (ver nota 12). No hay aquí la limitación que se admite con relación al mandato, que sólo puede tener por objeto actos jurídicos (véase nº 1624).

¿Es necesario que se trate de actos patrimoniales? Así parece desprenderse del art. 2288 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2288; pero creemos que la referencia de este texto al patrimonio es incidental; la doctrina moderna no requiere que la gestión tenga carácter patrimonial, lo que parece razonable (ver nota 13). Si en ausencia o imposibilidad del tutor, el gestor inscribe al pupilo en un colegio para no hacerle perder sus estudios no se ve por qué motivos esta gestión deba ser considerada con menos favor que la referente a un negocio patrimonial del mismo menor.

1110/1797

1797. d) Que no haya oposición del dueño del negocio (art. 2303 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2303).— Hemos dicho ya que la gestión puede desenvolverse con conocimiento del dueño, pero no sería válida si el dueño manifestara su oposición. Y si a pesar de todo el gestor llevara a cabo el negocio, sólo tendrá contra el dueño la acción derivada del enriquecimiento sin causa (ver nota 14).

Pero la oposición del dueño es ineficaz cuando el gestor tiene un interés legítimo en la gestión (art. 2303 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2303), o cuando sin la realización del negocio no habría podido cumplirse oportunamente un deber impuesto al dueño por razones de interés público (ver nota 15), o cuando la realización de la gestión aparece impuesta por graves consideraciones morales, como sería impedir un suicidio (ver nota 16).

Para que la gestión se realice válidamente, ¿es preciso que el dueño esté imposibilitado o ausente? Predomina la opinión afirmativa, que se funda en una razón de prudencia: estando presente y en posibilidad de actuar el propio dueño, no es admisible la intromisión de un tercero en sus negocios (ver nota 17); sin perjuicio del derecho que tendrá siempre el gestor de que se lo indemnice al tenor de los principios del enriquecimiento sin causa.

Basta que la imposibilidad o ausencia exista en el momento de iniciarse la gestión; si después el dueño regresa o se pone en condiciones de obrar, el gestor puede continuar válidamente la gestión (puede también interrumpirla, art. 2290), a menos que medie oposición expresa del dueño.

Por ausencia no debe entenderse la desaparición o alejamiento prolongado del dueño; basta la no presencia, aunque sea temporal o provisoria, con tal que la demora en realizar la gestión pueda serle dañosa (ver nota 18).

1110/1798

1798. e) Que la gestión haya sido útil (arts. 2297 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2297y sigs.).— La utilidad se juzga al momento de la iniciación de la gestión (ver nota 19) (art. 2301 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2301); no interesa que el beneficio persista al momento de concluirla (ver nota 20) (art. 2297 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2297). Ésta es precisamente una de las consecuencias esenciales que distinguen la acción derivada de la gestión y la del enriquecimiento sin causa, pues la medida de la última está dada por el beneficio experimentado por el dueño.

La utilidad ha de apreciarse con un criterio objetivo, como lo haría un buen padre de familia (ver nota 21). En nuestro derecho positivo, no se requier que la gestión sea necesaria (ver nota 22). Pero si la utilidad era incierta al iniciarse la gestión, el gestor sólo tiene la acción in rem verso (art. 2301 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2301).

1110/1799

1799. f) Que se trate de un asunto lícito; de lo contrario el acto jurídico sería nulo (art. 953 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_25.HTM&iid=AR_LA001 - Art_953).

1110/1800

1800. g) Que no se trate de un acto personalísimo (ver nota 23), pues en este caso nadie puede sustituir legítimamente al propio interesado.

1110/1801

1801. h) Finalmente, la gestión no debe ser hecha con ánimo liberal (art. 2289 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2289in fine). Hay que decir, sin embargo, que toda gestión de negocios supone en alguna medida un ánimo liberal, porque el gestor carece de derecho a retribución (art. 2300 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2300). Lo que el art. 2289 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2289ha querido significar es que no se aplican las reglas de este instituto cuando el gestor ha tenido intención de beneficiar al dueño inclusive en lo que atañe a los gastos, que se propone no cobrarle.

1110/1802

1802. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS.— Punto muy discutido es el de la naturaleza jurídica de la gestión de negocios ajenas. ¿Cuál es el fundamento de las obligaciones que pesan sobre el dueño y gestor? Para algunos autores la gestión de negocios es un cuasicontrato (ver nota 24), pero esta teoría ha sufrido el descrédito, hoy general, del concepto mismo de cuasicontrato. Otros opinan que se trata de un acto jurídico unilateral vinculado a la idea de representación: si el gestor ha obrado a nombre del dueño, habría una representación sin poder; si lo ha hecho a nombre propio habría una representación indirecta, interna o impropia (ver nota 25). Para otros, las obligaciones del gestor resultarían de su propio acto voluntario, en tanto que las del dueño son impuestas por la ley (ver nota 26). Esta última teoría parece describir con mayor realismo la fuente jurídica de las obligaciones; y sólo cabe añadir que la ley impone obligaciones al dueño del negocio por motivos de equidad y para estimular el sano espíritu de solidaridad social que pone de manifiesto quien se encarga espontáneamente y sin retribución de un negocio ajeno con el deseo de evitar un daño al dueño.

1110/1803

1803. CAPACIDAD.— El gestor de negocios necesita capacidad para contratar (art. 2288 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2288); de lo contrario no puede obligarse válidamente por las consecuencias de su gestión. Pero si de la gestión hecha por un incapaz le resultare a éste algún beneficio, responde en la medida del beneficio recibido; igualmente es responsable por los actos ilícitos cometidos en perjuicio del dueño, en cuanto le sean imputables (ver nota 27).

Que el incapaz no puede resultar obligado por las consecuencias de su gestión (salvo los

casos de excepción mencionados) es cosa clara. Pero cabe preguntarse si el dueño del negocio que ha resultado beneficiado por una gestión útil hecha en su favor por el incapaz, no está obligado por las consecuencias de ella. Predomina la opinión negativa, porque sería peligroso atribuir a los incapaces, que no tienen suficiente experiencia o aptitud mental, autorización para inmiscuirse en los negocios ajenos. Debe admitirse, por tanto, que el dueño no resulta obligado por dicha gestión ni frente al incapaz ni frente a los terceros con quienes éste hubiera contratado (ver nota 28). Sin perjuicio, claro está, de la acción por enriquecimiento sin causa que podrá siempre intentar el incapaz.

Pero si el incapaz ha actuado a nombre del dueño, éste tiene acción contra los terceros con los cuales el gestor contrató (ver nota 29).

1110/1804

1804.— En cuanto al dueño del negocio, no necesita capacidad para resultar obligado por las consecuencias de la gestión (art. 2297 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2297). Es una solución razonable, puesto que la gestión no requiere su consentimiento; las obligaciones a su cargo no nacen de un acto de voluntad, sino de la ley.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014310 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014310

1110/14310

§ 2.— Obligaciones del gestor

1110/1805

1805. PRINCIPIO GENERAL.— Como regla general, el gestor está sometido a todas las obligaciones que la ley impone al mandatario (art. 2288 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2288). La evidente analogía de la tarea asumida por el gestor en ambos casos justifica esta solución. Pero se trata sólo de un analogía, no de una plena identidad. Esto explica algunas diferencias en el régimen legal, diferencias encaminadas a agravar las responsabilidades del gestor que por su propia cuenta y prescindiendo de la voluntad del dueño, ha conducido negocios de éste.

1110/1806

1806. OBLIGACIÓN DE CONTINUAR Y CONCLUIR EL NEGOCIO.— Iniciada la gestión, el gestor está obligado a conducirla hasta su fin, a menos que el dueño o sus

herederos se encuentren en condiciones de atenderla por sí mismo (art. 2290 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2290). Está bien que así sea, porque dejar inconcluso un negocio puede significar para el dueño un perjuicio quizá mayor que el derivado de no haberlo iniciado; quien interviene en los negocios de otro debe hacerlo con seguridad. No puede empezar gestiones que no se encuentre en condiciones de llevar felizmente a término. Esta obligación se extiende no sólo al negocio principal, sino también a sus dependencias, como dice el art. 2290 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2290, con expresión no muy apropiada pero clara: se alude a las consecuencias necesarias o naturales del negocio emprendido (ver nota 30).

Esta obligación subsiste hasta el momento en que los propios interesados o sus herederos se encuentran en situación de proveer por sí al negocio (art. 2290 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2290). Llegado ese momento, el gestor puede optar entre continuar el negocio hasta su fin (salvo que el dueño se oponga a ello) o rendir cuentas y entregar la continuación de la gestión a los interesados (arts. 2290 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2290y 2296 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2296).

Es de advertir aquí una señalada diferencia con el mandato. El mandatario puede renunciar al mandato, lo que no puede hacer el gestor en tanto el dueño no se encuentre en condiciones de atenderlo personalmente. Muerto el mandante, el mandato queda concluido y el mandatario sólo puede continuar los negocios que no admiten demora (art. 1969 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1969), en tanto que la muerte del dueño del negocio no influye sobre la obligación del gestor de llevarlo a término.

1110/1807

1807.— Enterado el gestor del retorno del dueño o de que éste se encuentra en condiciones de proveer a sus negocios, debe darle aviso de la gestión a fin de que aquél pueda asumirlo personalmente (ver nota 31).

Fallecido el gestor, sus herederos no están obligados a continuar la gestión, pero sí a realizar los actos urgentes y avisar al dueño del estado de cosas (ver nota 32); igualmente, deben rendir cuentas (ver nota 33).

1110/1808

1808. RESPONSABILIDAD DEL GESTOR.— El problema de la responsabilidad del gestor debe considerarse con relación a la culpa, el caso fortuito y la delegación de la

gestión.

1110/1809

1809. a) Responsabilidad por culpa.— El gestor responde por toda culpa en el ejercicio de la gestión y no podrá excusarse aduciendo que ha puesto en el negocio la diligencia que le es habitual en las cosas propias (art. 2291 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2291). Vale decir, la culpa debe ser apreciada por el juez con criterio objetivo (que no puede ser otro que el del art. 512 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_16.HTM&iid=AR_LA001 - Art_512) (ver nota 34); pero el gestor no podrá eximirse de responsabilidad demostrando que puso en el negocio la diligencia habitual en sus propias cosas (aunque esa diligencia no fuera suficiente para escapar al concepto de culpa conforme al art. 512 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_16.HTM&iid=AR_LA001 - Art_512), en los siguientes casos: si se encargase de negocios a los que amenaza un peligro inminente (ver nota 35), o si nadie se encargara de los intereses del dueño y hubiera peligro para ellos aunque no fuera inminente, o cuando lo hiciera por amistad o afección (art. 2291 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2291). En todos estos supuestos parece excesivo imponer al gestor, que ha obrado con un espíritu notablemente altruista, una diligencia mayor que la que utiliza en sus propios negocios.

1110/1810

1810. b) Caso fortuito.— En principio, el caso fortuito exime de responsabilidad al gestor, conforme a los principios generales del art. 513 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_16.HTM&iid=AR_LA001 - Art_513. Pero responderá aun del caso fortuito: 1) Si ha hecho operaciones arriesgadas que el dueño del negocio no tenía costumbre de hacer (art. 2294 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2294); pero si las operaciones son muchas y sólo algunas de ellas han sufrido pérdidas por caso fortuito, debe juzgarse la actividad del gestor en su conjunto; no se puede ser severo con él si en definitiva su actividad ha sido beneficiosa para el dueño (arg. art. 2295 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2295). 2) Si hubiera obrado más en interés propio que del dueño (art. 2204 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2204). 3) Si no tenía las aptitudes necesarias para el negocio o si por su intervención privó que se encargara del negocio otra persona más apta (art. citado). En todos estos casos media una imprudencia grave del gestor y es justo que la ley extreme la severidad con él. Sin embargo, aun en ellos podrá eximirse de responsabilidad por caso fortuito: a) cuando probase que el perjuicio habría ocurrido igualmente aunque no hubiese tomado el negocio a su cargo (art. 2295

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2295), pues en tal caso su intervención no ha ocasionado al dueño ningún daño; b) cuando el dueño del negocio aprovechase de su mandato (art. citado).

1110/1811

1811. c) Delegación de la gestión.— Si el gestor hubiese encomendado la realización de la gestión a otra persona, responderá por las faltas del sustituto aunque hubiese escogido persona de su confianza (art. 2292 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2292). La ley alude aquí tanto al caso del obrero o del empresario a quien el gestor hubiera encargado un trabajo como al mandatario de éste. En tal caso, el dueño del negocio perjudicado por la gestión no sólo tendrá acción contra el gestor, sino también contra el gestor material que haya incurrido en culpa, a quien podrá demandar por vía oblicua o subrogatoria (ver nota 36); y, desde luego, tendrá acción directa contra él si hubiera incurrido en un hecho ilícito.

1110/1812

1812. GESTIÓN CONJUNTA.— Si la gestión es hecha conjuntamente por varios gestores, la responsabilidad de ellos es simplemente mancomunada, no solidaria (art. 2293 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2293). Pero si la gestión no es conjunta sino delegada, es decir, si el gestor delega el negocio por él iniciado en otra persona que lo asume con intención de continuarlo para el dueño, hay responsabilidad indistinta y la del gestor delegante cubre toda la gestión, en tanto la del delegado sólo la parte que estuvo a su cargo.

1110/1813

1813. RENDICIÓN DE CUENTAS.— Puesto que ésta es una obligación propia de toda persona que administra o gestiona negocios ajenos, pesa también sobre el gestor. Según el art. 2296 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2296, la gestión no concluye hasta que el gerente haya dado cuenta de su administración. Con ello se ha querido refirmar que el gestor permanece obligado hasta ese momento, lo que no excluye que la gestión puede terminar por otras causas (muerte del gestor, asunción del negocio por los interesados, etc.). Y desde luego, no basta con la presentación de las cuentas, sino que es necesaria su aprobación, sea privada o judicial. Va de suyo que el gestor está obligado, como el mandatario, a entregar los bienes del dueño que se encuentren en su poder y que, si ha empleado en provecho propio dinero perteneciente al dueño, debe los intereses desde el mismo momento que lo aprovechó (ver nota 37).

En todo lo demás, referente a la rendición de cuentas, remitimos a los números 1694 y

siguientes, pues conforme al art. 2288 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2288son aplicables las reglas del mandato.

1110/1814

1814. PRUEBA.— Toda clase de prueba será admitida respecto a la gestión y a los gastos causados en ellas (art. 2296 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2296). Porque como dice VÉLEZ en la nota respectiva, no se trata de probar un convención sino el hecho de donde la obligación resulta.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014320 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014320

1110/14320

§ 3.— Obligaciones del dueño del negocio

1110/1815

1815. PRINCIPIO GENERAL.— En principio, el dueño del negocio está sujeto a todas las obligaciones del mandante (art. 2297 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2297). Aunque con esta regla basta, el codificador creyó necesario aclarar que el gestor puede repetir del dueño del negocio todos los gastos que la gestión le hubiere ocasionado, con sus intereses desde el día en que los hizo; y el dueño del negocio está obligado además a liberarlo o indemnizarle las obligaciones personales que hubiere contraído (art. 2298 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2298).

Sobre el alcance y contenido de estas obligaciones, remitimos a los números 1717 y siguientes.

1110/1816

1816. CASOS EN QUE NO RESPONDE COMO DUEÑO DEL NEGOCIO SINO COMO ENRIQUECIDO.— Enumera también el Código diversos casos en que el dueño del negocio no responde como tal, sino sólo a tenor de los principios del enriquecimiento sin causa; vale decir, en la medida del beneficio que le ha aportado la gestión, juzgado ahora en el momento de su terminación. Así ocurrirá: a) Si el negocio no fuese emprendido útilmente

o si la utilidad era incierta al tiempo en que el gestor la emprendió (art. 2301 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2301). b) Si el gestor creyó hacer un negocio propio (art. 2302 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2302). c) Si hizo un negocio que era común a él y otro teniendo sólo en mira su interés propio (art. 2302 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2302).

En ninguno de estos casos hay gestión propiamente dicha; por lo menos no la hay con los requisitos legales que la configuran y hacen nacer las obligaciones propias del instituto. Es natural, por tanto, que el dueño sólo resulte obligado conforme con los principios del enriquecimiento sin causa. Pero si ratifica la gestión, tendrá todas las obligaciones propias del mandante.

1110/1817

1817.— Este art. 2303 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2303, que glosamos, tiene una disposición a primera vista incongruente. Dice, en efecto, que el dueño sólo responderá en la medida del enriquecimiento si fuese menor o incapaz y su representante legal no ratifica la gestión. Este párrafo, tomado inadvertidamente de FREITAS (art. 3437), choca con el art. 2297 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2297, que expresamente dice que toda persona, aunque sea incapaz de contratar y cuyos negocios han sido atendidos por un tercero, responde al tenor de la obligaciones del mandato. Esta regla es la que expresa cabalmente los principios clásicos de la gestión de negocios; no es necesaria la capacidad del dueño, porque él no presta su consentimiento. Y desde el punto de vista de los intereses del incapaz, no conviene descorazonar con una solución inequitativa a quienes emprenden negocios útiles para aquél. No cabe duda de que la circunstancia de que el dueño sea menor, no priva al gestor de sus derechos; por consiguiente, hay que admitir que el art. 2302 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2302se refiere al caso de que el gestor haya emprendido el negocio de un menor creyendo que era propio; es decir, hay que vincular esta cláusula con las que la preceden (ver nota 38).

1110/1818

1818. OBLIGACIONES DEL MANDANTE QUE NO PESAN SOBRE EL DUEÑO DEL NEGOCIO.— Hemos dicho que en principio, las obligaciones del dueño del negocio son las mismas que las del mandante (art. 2297 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2297); pero esta regla está lejos de establecer una equiparación total. Hay por el contrario dos importantes diferencias:

a) Remuneración. El gestor no tiene derecho a retribución (art. 2030 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2030). Sin embargo, se admite una excepción en favor del profesional que en carácter de gestor ha realizado trabajos para otros; en tal supuesto, el salario u honorario devengado es reputado un gasto de la gestión (ver nota 39), tanto más cuanto que indudablemente lo sería si el gestor hubiera encomendado el trabajo a un tercero, como hubiera podido. Nos parece que esta solución debe extenderse a todos los supuestos en que se demuestre que la actividad del gestor lo ha sustraído de ocuparse útilmente de sus propios asuntos; en verdad, no se trataría tanto de reconocerle una retribución como de obligar al dueño a pagar los gastos normales propios de una gestión de la naturaleza de la que se trata.

b) Perjuicios. Tampoco responde el dueño del negocio de los perjuicios que le resultaron al gestor como consecuencia del ejercicio de la gestión (art. 2300 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2300). El gestor ha asumido el riesgo por su propia voluntad y debe cargar con las consecuencias de su conducta. Es claro que el dueño será responsable si los daños fueron ocasionados por su culpa o dolo; y de cualquier modo, aunque no haya culpa del dueño, éste será siempre responsable en la medida de su enriquecimiento.

1110/1819

1819. CASO DE PLURALIDAD DE DUEÑOS.— Si los dueños del negocio son varios, su responsabilidad es simplemente mancomunada (art. 2299 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2299) a diferencia de los mandantes plurales, cuya responsabilidad es solidaria (art. 1945 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1945).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014330 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014330

1110/14330

§ 4.— Ratificación de la gestión

1110/1820

1820. EFECTOS.— Si el dueño del negocio ratifica la gestión (sobre el concepto y forma de la ratificación, véase núms. 1747 y sigs.), las relaciones entre las partes quedan regidas por las reglas del mandato, cualesquiera sean las circunstancias en que se hubiere

emprendido la gestión (art. 2304 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2304).

No importa ya que se trate de la gestión propiamente dicha, ni que el gestor la haya emprendido o no en su propio interés, ni que fuera útilmente realizada. La ratificación cubre todos los defectos y el dueño queda ligado a toda las obligaciones, no ya del gestor, sino del mandante, inclusive la de pagar los daños y perjuicios y retribuir al gestor, siempre que la actividad prestada fuera propia de su modo de vivir.

La ratificación produce efectos retroactivos al día en que la gestión principió (art. 2304 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2304). Remitimos sobre el punto a los números 1749 y siguientes.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014340 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014340

1110/14340

§ 5.— Relaciones con terceros

1110/1821

1821. REGLAS GENERALES.— Hasta aquí nos hemos ocupado de las relaciones entre las partes. Pero es posible que en el transcurso de su gestión el gestor haya contratado con terceros. ¿Qué derechos tienen éstos frente al gestor y al dueño?

a) En tanto el dueño del negocio no ratifique la gestión, los terceros sólo están vinculados jurídicamente con el gestor; no tiene acción contra el dueño, salvo la subrogación en la medida en que el gestor pueda accionar contra aquél (art. 2305 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2305).

b) El gestor queda personalmente obligado, respecto de los terceros, haya hecho la gestión a nombre propio o del dueño (art. 2305 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2305).

1110/1822

1822.— Pero si el dueño ratifica la gestión, las relaciones entre las partes y con relación a terceros quedan sujetas a las reglas del mandato (arts. 2304 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_2304y 2305).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014350
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014350

1110/14350

§ 6.— Comparación con otras instituciones

1110/1823

1823. CON EL MANDATO.— Finalizado el estudio del mandato y la gestión de negocios, conviene trazar un paralelo, estableciendo sus puntos de contacto y sus diferencias.

En ambos casos una persona toma a su cargo la gestión de negocios ajenos; en ambos pesan sobre el gestor la obligación de obrar con diligencia y la de rendir cuentas. El dueño del negocio, por su parte, debe pagarle sus gastos con sus intereses correspondientes, liberarlo de las obligaciones contraídas en su provecho y, si no cumple, el gestor tiene en su favor el derecho de retención.

Pero hay diferencias esenciales derivadas de la diversa naturaleza de una y otra institución; el mandato supone un contrato, hay un acuerdo de voluntades; la gestión es un acto unilateral que no requiere el consentimiento del dueño. Esto justifica que la ley haya tratado por lo general con mayor rigor la condición del gestor que se inmiscuye en los negocios ajenos sin consentimiento del dueño, que la del mandatario que lo hace por su orden. Por consiguiente: a) El gestor está obligado a continuar su gestión hasta su fin o hasta que los interesados puedan proveer a ella (art. 2290 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2290), en tanto que el mandatario puede renunciar al mandato (art. 1978 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1978). b) El gestor no tiene derecho a retribución (art. 2300 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2300), en tanto que el mandatario sí lo tiene cuando así se hubiere convenido o la gestión fuese propia de su modo de vivir (art. 1871 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1871). c) El gestor no tiene derecho a que se le indemnicen los perjuicios sufridos (art. 2300 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2300), en tanto que sí lo tiene el mandatario (art. 1953 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1953). d) Para que la gestión obligue al dueño debe ser útilmente conducida (art. 2297 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2297), en tanto que el mandatario queda cubierto siempre que haya obrado dentro

de los límites del mandato, sea o no útil la gestión (art. 1930 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1930). e) Si los dueños del negocio son varios, su responsabilidad es simplemente mancomunada (art. 2299 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2299), en tanto que si hay varios mandantes, su responsabilidad es solidaria (art. 1945 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1945). f) El mandato termina con la muerte del mandante (art. 1963 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1963, inc. 3º), no así la gestión (art. 2290 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2290). g) Finalmente, el mandato sólo puede tener por objeto actos jurídicos (véase nº 1624), en tanto que la gestión también puede referirse a actos materiales (nº 1796).

1110/1824

1824. CON EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.— También con esta institución tiene estrechos puntos de contacto la gestión de negocios; en el fondo, la idea de equidad que las inspira es la misma. Pero mientras en el enriquecimiento sin causa, la acción del empobrecido tiene como límite el beneficio experimentado por la otra parte, en la gestión el beneficio final no interesa con tal que ella haya sido útilmente emprendida; es decir, el dueño queda obligado más allá del enriquecimiento subsistente. En otras palabras, la institución del enriquecimiento sin causa es de efectos más reducidos pero tiene alcances más amplios; de ahí que cuando el gestor no puede hacer jugar en su provecho las reglas de la gestión, siempre tiene a su alcance el recurso del enriquecimiento.

1110/1825

1825. CON LA ESTIPULACIÓN POR OTRO.— La gestión no siempre implica contratos con terceros, en tanto que la estipulación por otro, sí. Pero si la primera ha contenido la celebración de un contrato, la distinción se hace sutil. En la gestión hay representación del dueño, en tanto que en la estipulación por otro, no; el que estipula lo hace en su propio nombre. Como consecuencia de ello, el estipulante puede revocar la estipulación hecha en favor de un tercero, en tanto éste no la haya aceptado; mientras que el gestor del negocio ajeno carece de esa facultad.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014360 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014360

1110/14360

§ 7.— Empleo útil (ver nota 40)

1110/1826

1826. CONCEPTO.— Ubicado entre la gestión de negocios y el enriquecimiento sin causa —aunque sin duda más vecino a éste— el empleo útil existe cuando alguien, sin ser mandatario ni gestor de negocios, hiciese gastos en utilidad de otra persona (art. 2306 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2306). Para precisar el concepto, conviene deslindarlo cuidadosamente de las instituciones antes aludidas.

1110/1827

1827. a) Distinción con la gestión de negocios.— A diferencia de la gestión, no interesa la intención con que se haya realizado el gasto; aunque se lo hiciera creyendo que se trata de un negocio u obligación propia, hay acción por empleo útil (ver nota 41). La acción subsiste aunque el dueño del negocio esté presente (ver nota 42). Finalmente, el empleo útil, por lo menos en nuestro derecho positivo, se refiere solamente a gastos en dinero, y no a servicios prestados (ver nota 43), a diferencia de la gestión de negocios que con frecuencia consiste precisamente en un servicio.

Cabe preguntarse si la acción por empleo útil subsiste aunque el gasto se haya realizado en contra de la opinión del interesado. En principio, nos parece que la respuesta debe ser negativa, pues lo contrario supondría legitimar una intolerable intromisión en los bienes ajenos, cuando el dueño puede tener muy respetables razones para no realizar un gasto, por muy útil que éste fuera. Con todo, pensamos que si se demuestra que había un peligro urgente, evitado precisamente con la realización del gasto, debe reconocerse la acción de empleo útil y tanto más si había un interés común del que realizó el gasto y el beneficiario (ver nota 44).

1110/1828

1828. b) Distinción con el enriquecimiento sin causa.— Mientras el enriquecimiento sin causa supone un beneficio subsistente, la acción de empleo útil puede intentarse aun cuando la utilidad llegase a cesar (art. 2309 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2309). Siempre, claro está, que la cesación de la utilidad no ocurriere por culpa del propio autor del gasto, en cuyo caso mal podría pretender su reintegro.

1110/1829

1829.— El beneficiado por un empleo útil del dinero tanto puede ser una persona de derecho privado como una entidad pública; en ambos casos, el autor del gasto tiene acción (ver nota 45).

1110/1830

1830. GASTOS FUNERARIOS.— La institución de que ahora nos ocupamos tiene su aplicación más frecuente e importante en materia de gastos funerarios. Dispone el art. 2307 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2307que entran en el concepto de empleo útil los gastos funerarios hechos con relación a la calidad de la persona y usos del lugar, no reputándose tales gastos en bien del alma después de sepultado el cadáver, ni el luto de la familia, ni ningunos otros, aunque el difunto los hubiese determinado.

1110/1831

1831. a) Gastos funerarios que abren la acción de empleo útil.— En principio, deben admitirse todos aquellos realizados de acuerdo a la condición de la persona y a las costumbres del lugar (art. 2307 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2307). Por consiguiente es menester tomar en consideración la fortuna del causante (ver nota 46), su posición social, su actuación pública (ver nota 47). Si se trata de un menor, habrá que tener en cuenta la fortuna y posición social de su familia (ver nota 48).

Están incluidos dentro del concepto de gastos funerarios los de velatorio conforme a su religión (ver nota 49), los de sepelio, incluyendo los oficios religiosos propios de ese acto (ver nota 50), los de transporte al lugar del sepelio (ver nota 51), los servicios de inhumación (ver nota 52), la erección de un modesto monumento recordatorio (ver nota 53), la donación hecha por la inhumación del cadáver conforme a la obligación moral impuesta por la colectividad israelita (ver nota 54). En cambio, no se admiten los oficios religiosos, ni las misas por el alma del causante, posteriores al sepelio (art. 2307 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2307), ni el luto de la familia (art. citado). Se ha decidido en un caso, que las ofrendas florales no caben dentro del concepto de empleo útil (ver nota 55); pero nos parece que si ellas son adecuadas a la condición del causante y no ha habido exageración en el gasto, deben admitirse, porque están impuestas por la costumbre.

Los gastos de embalsamamiento han dado lugar a una jurisprudencia un tanto vacilante. El principio es que ellos no están comprendidos en el concepto de empleo útil, pues no son indispensables para el sepelio, ni están impuestos por la costumbre (ver nota 56); empero, podrá admitírselos si el causante tenía fortuna y fueran indispensables para conservarlo durante el traslado (ver nota 57) o si el propio causante lo ha dispuesto así (ver nota 58), no siendo indispensable que su voluntad se haya manifestado por testamento, bastando la prueba por testigos (ver nota 59). Si no median estas circunstancias de excepción, no basta para admitir la acción por empleo útil la conformidad con el embalsamamiento prestada por uno de los herederos, siendo necesaria la de todos (ver nota 60).

1110/1832

1832. b) Quiénes están obligados al pago.— Quien ha realizado los gastos funerarios debe dirigir su acción de reintegro según el orden siguiente: 1) en primer término, los gastos funerarios son una carga de la sucesión (véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. I, núms. 701 y sigs.), de modo que deben ser afrontados por los sucesores en proporción a sus respectivas porciones hereditarias; 2) si no hubiera bienes, los gastos son debidos por el esposo supérstite, y si tampoco éste tuviera bienes, por las personas que tenían obligación de alimentar al muerto cuando vivía (art. 2308 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2308).

1110/1833

1833. GASTOS EN BENEFICIO DE LA COSA DE OTRO.— Según el art. 2309 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2309, júzgase útil todo empleo de dinero que aumentó el precio de cualquier cosa de otro, o de que le resultó una ventaja, o mejora en sus bienes, aunque después llegase a cesar la utilidad.

Se trata de una mera aplicación del principio general del empleo útil. Sólo cabe agregar que el que realizó el gasto perdería su acción si la utilidad cesó por su culpa.

1110/1834

1834. TRANSMISIÓN DE LOS BIENES MEJORADOS A UN TERCERO.— Si los bienes mejorados se encuentran en poder de un tercero, a quien se hubiera transmitido su dominio por título oneroso, el dueño del dinero empleado no tendrá acción contra el adquirente de esos bienes; pero si la transmisión fue a título gratuito, podrá demandarlos del que los tiene, pero sólo hasta el valor de la cosa al tiempo de la adquisición por título oneroso y por título gratuito. En el primer caso, no hay acción contra el adquirente, porque se supone que si la cosa se benefició con el gasto, el adquirente habrá pagado ese mayor valor al comprarla. En la segunda hipótesis, en cambio, es equitativo que el que recibe una liberalidad, pague el empleo útil, que lo beneficia; pero su responsabilidad no puede ir más allá del valor que la cosa tenía en el momento de la transferencia del dominio.

Cabe preguntarse si el que realizó el gasto tiene acción también contra el que transmitió el dominio. Si la transmisión fue a título oneroso, ninguna duda cabe de que sí la tiene; él era el dueño de la cosa en el momento de realizarse el gasto, a él benefició el empleo útil y seguramente trasladó el mayor valor adquirido por la cosa al precio convenido. Más dudosa es la solución cuando la transmisión ha sido a título gratuito. Pensamos, sin embargo, que no puede negarse al que realizó el gasto el derecho a dirigir su acción contra quien era dueño en el momento de hacerse. La acción derivada del empleo útil tiene carácter personal (ver nota 61) y no sería posible que el dueño de la cosa se eximiese de responsabilidad enajenando o destruyendo la cosa. En otras palabras: el empleador tiene un derecho de

opción entre dirigir su demanda contra el enajenante o el adquirente por título gratuito; y aun pensamos que nada se opone a que demande a ambos conjuntamente.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SALVAT, Contratos, t. 3, núms. 2577 y sigs.; MACHADO, t. 6, ps. 149 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - ESMEIN, t. 7, núms. 721 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligaciones, t. 4, núms. 2790 y sigs.; COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, núms. 1372 y sigs.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, ps. 641 y sigs.; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, ps. 537 y sigs.; ROCA SASTRE y PUIG PEÑA, La gestión de negocios ajenos sin mandato, en Estudios de derecho privado, t. 1, ps. 459 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, ps. 768 y sigs.; DE SEMO, La gestione di affari altrui, Padova, 1958; MESSINEO, t. 6, § 168; LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 53; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 162 y sigs. Véase también nota de jurisprudencia en E.D., t. 28, p. 348.

(nota 2) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2585; SEGOVIA, nota 6 al art. 2290 de su numeración; COLOMBO, El empleo útil a favor de las personas jurídicas públicas, L.L., t. 63, p. 804, nº 2.

(nota 3) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2582, nota 11.

(nota 4) PLANIOL - RIPERT - ESMEIN, t. 7, nº 727; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 162, II, 3.

(nota 5) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 162, II, 3. En contra: Trib. Supremo español, 26/11/1807, cit. por PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 541.

(nota 6) LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 53, ps. 364 in fine y sigs.; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 162, II, 2.

(nota 7) MESSINEO, t. 6, § 168, nº 1; DE SEMO, La gestione di affari altrui, nº 35 y autores citados en su nota 101 (TARTUFARI, NATTINI, SAGGESE).

(nota 8) LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 53, ps. 305 in fine y sigs.; COGLIOLO y PACCHIONE, citado por DE SEMO, loc. cit. en nota anterior; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 162, II, 2.

(nota 9) LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 53, p. 364; DE SEMO, La gestione di affari altrui,

nº 34; MESSINEO, t. 6, § 168, nº 1.

(nota 10) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 162, II, 2.

(nota 11) ENNECCERUS-LEHMANN, loc. cit. en nota anterior; PLANIOL - RIPERT - ESMEIN, t. 7, nº 727; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligaciones, t. 4, nº 2793; DEMOLOMBE, t. 31, nº 79.

(nota 12) En apoyo de este punto de vista citamos sólo los autores que sostienen, conforme con el derecho positivo de su país, que el mandato sólo puede tener por objeto actos jurídicos y que no obstante eso, admiten que la gestión de negocios puede referirse también a actos materiales, MESSINEO, t. 6, § 168, nº 2; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 645; PLANIOL - RIPERT - ESMEIN, t. 7, nº 728; DE SEMO, La gestione di affari altrui, nº 16; COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 1374.

(nota 13) LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 53; PLANIOL - RIPERT - ESMEIN, t. 7, nº 728. En contra, sosteniendo que debe ser una gestión patrimonial, aunque sin fundar la opinión: MESSINEO, t. 6, § 168, nº 1; DE SEMO, La gestione di affari altrui, nº 39.

(nota 14) SALAS, nota en J.A., 1955-III, p. 289, nº 5; LLERENA, t. 6, art. 2303, nota 1; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 646; DE SEMO, La gestione di affari altrui, nº 37.

(nota 15) PUIG BRUTAU y DE SEMO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 16) LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 53, p. 369.

(nota 17) SALAS, nota en J.A., 1955-III, p. 289, nº 6; PLANIOL - RIPERT - ESMEIN, t. 7, nº 726. El art. 2028, Cód. Civil italiano, parece exigir la imposibilidad de actuar del dueño; así lo entiende la doctrina interpretativa: MESSINEO, t. 6, § 168, nº 1; DE SEMO, La gestione di affari altrui, nº 34.

(nota 18) MESSINEO, t. 6, § 168, nº 1.

(nota 19) Opinión unánime en la doctrina.

(nota 20) Igual unanimidad; véase además, C. Civil 1ª La Plata, 30/5/1952, J.A., 1952-III, p. 146.

(nota 21) SALAS, nota en J.A., 1955-III, p. 289, nº 2, quien cita la opinión concordante de PACCHIONI y GAETANO; DE SEMO, La gestione di affari altrui, nº 35.

(nota 22) Puesto que los arts. 2297 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2297y sigs. sólo requieren que sea útil. En contra, sosteniendo que debe ser necesaria, C. Com. Cap., Sala B, 30/5/1958. E.D., t. 13, p. 551. El Código español exige que el dueño aproveche las ventajas de la gestión o que ésta se haya llevado a cabo para evitar algún perjuicio inminente y manifiesto (art. 1893 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_44.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1893).

(nota 23) PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 646.

(nota 24) Es la teoría seguida por los redactores del Código Napoleón (arts. 1371 y sigs.), y defendida, aun hoy, por ROCA SASTRE y PUIG PEÑA, La gestión de negocios ajenos sin mandato, en Estudios de derecho privado, t. 1, ps. 459 y sigs.

(nota 25) DE SEMO, La gestione di affari altrui, núms. 16-18.

(nota 26) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2579 y su anotador ACUÑA ANZORENA; PLANIOL - RIPERT - ESMEIN, t. 7, nº 725; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligaciones, t. 4, nº 2787.

(nota 27) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2588; PLANIOL - RIPERT - ESMEIN, t. 7, nº 729; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligaciones, t. 4, nº 1799; DE SEMO, La gestione di affari altrui, nº 42.

(nota 28) En este sentido: MESSINEO, t. 6, § 168, nº 1; DE SEMO, La gestione di affari altrui, nº 42 (ambos autores fundan la solución en el peligro que para el dueño significa la inexperiencia del gestor).

(nota 29) PLANIOL - RIPERT - ESMEIN, t. 7, nº 729. Estos autores añaden que también los terceros tienen acción contra el dueño. No estamos de acuerdo con esa solución. Que los

terceros que contrataron con un incapaz que obró a nombre del dueño estén obligados para éste, es natural, porque ellos prestaron su consentimiento al contrato y, por lo demás, los incapaces pueden ser mandatarios; de tal modo que no se advierte por qué motivo la incapacidad del gestor podría permitirles reclamar la nulidad del contrato. Distinta es la situación del dueño que no ha querido contratar sino que lo ha hecho una persona que no está autorizada por la ley para realizar gestiones a su nombre y por su cuenta.

(nota 30) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2591 y su anotador ACUÑA ANZORENA; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligaciones, t. 4, nº 2803.

(nota 31) DE SEMO, La gestione di affari altrui, nº 59; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 163, I, 2.

(nota 32) PLANIOL - RIPERT - ESMEIN, t. 7, nº 730; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligaciones, t. 4, nº 2805; DEMOLOMBE, t. 31, núms. 140 y sigs.

(nota 33) Autores citados en nota anterior.

(nota 34) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2595 y su anotador ACUÑA ANZORENA; SEGOVIA, t. 1, nota 12 al art. 2293 de su numeración; LLERENA, t. 6, p. 550.

(nota 35) El art. 2291 dice: "...cuando se encargase del negocio en un caso urgente", y SEGOVIA entiende que se refiere a esas oportunidades fugaces para realizar un negocio ventajoso (nota 14 al art. 2293 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2293de su numeración). Pero como dice ACUÑA ANZORENA, nada autoriza a admitir semejante criterio (nota 16 b], en SALVAT, Obligaciones, t. 3, nº 2596). Todos los restantes autores están de acuerdo en que la ley alude a un peligro inminente (además de ACUÑA ANZORENA y SALVAT, ya citados, véase: LLERENA, t. 6, p. 550; MACHADO, t. 6, p. 155).

(nota 36) Algunos autores sostienen que el dueño tiene también contra el gestor delegado la acción de gestión de negocios (SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2599; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligaciones, t. 4, nº 2808; DEMOLOMBE, t. 31, nº 155). Tal acción sólo puede nacer si el delegado ha obrado también con ánimo de gestionar negocios ajenos, pero no cuando ha obrado como obrero o empresario o mandatario que no hace sino cumplir el encargo hecho por el gestor.

(nota 37) Es un simple aplicación de las reglas del mandato. De acuerdo: SALVAT,

Contratos, t. 3, nº 2603; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligaciones, t. 4, nº 2811.

(nota 38) De acuerdo: MACHADO, t. 6, p. 169; LLERENA, t. 6, p. 558.

(nota 39) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2616; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligaciones, t. 4, nº 2821; DEMOLOMBE, t. 31, nº 174; PLANIOL - RIPERT - ESMEIN, t. 7, nº 731; DEMOGUE, t. 3, nº 45.

(nota 40) Véase nota de jurisprudencia en E.D., t. 28, p. 349.

(nota 41) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2630.

(nota 42) C. Civil Cap., Sala B, 13/8/1951, L.L., t. 63, p. 804.

(nota 43) C. Fed. Cap., 6/10/1941, L.L., t. 24, p. 294; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2631 y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 61 a); COLOMBO, nota en L.L., t. 63, p. 805; aunque de lege ferenda hubiera sido preferible extender el concepto también a los servicios: SEGOVIA, t. 1, nota 48 al art. 2308 de su numeración; LAFAILLE, t. 3, nº 196.

(nota 44) La C. Civil Cap., Sala B, 13/8/1951, L.L., t. 63, p. 804, admitió la acción de empleo útil contra la Municipalidad por un gasto realizado en contra de la oposición del municipio (que había revocado una primera autorización para hacerlo).

(nota 45) C. Civil Cap., Sala B, 13/8/1951, L.L., t. 63, p. 804, con nota aprobatoria de COLOMBO; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2629 in fine.

(nota 46) C. Civil 1ª Cap., 14/4/1926, J.A., t. 19, p. 737; íd., 3/5/1920, J.A., t. 4, p. 245; íd., 8/5/1940, J.A., t. 70, p. 415; C. Civil 2ª Cap., 16/12/1931, J.A., t. 37, p. 313; íd., 29/5/1931, J.A., t. 35, p. 965.

(nota 47) Además de los fallos citados en nota anterior, véase C. Civil 2ª Cap., 22/5/1918, J.A., t. 1, p. 715; íd., 30/6/1926, J.A., t. 20, p. 837.

(nota 48) C. Fed. Cap., 6/2/1953, L.L., t. 70, p. 326.

(nota 49) C. Civil 1ª Cap., 19/7/1919, J.A., t. 3, p. 630.

(nota 50) C. Civil 2ª Cap., 7/6/1933, J.A., t. 42, p. 748.

(nota 51) C. Civil 1ª Cap., 24/8/1931, J.A., t. 36, p. 610; C. Civil 2ª Cap., 18/5/1936, L.L., t. 2, p. 683.

(nota 52) C. Apel. 1ª La Plata, 7/10/1954, L.L., t. 77, p. 182.

(nota 53) C. Civil 1ª Cap., 3/6/1937, L.L., t. 7, p. 37; C. Civil 2ª Cap., 20/10/1947, J.A., 1947-IV, p. 386. En contra: C. Civil 2ª Cap., 30/6/1926, J.A., t. 20, p. 837; C. Fed. La Plata, 7/10/1954, L.L., t. 77, p. 182.

(nota 54) C. Civil Cap., Sala B, 19/8/1953, L.L., t. 71, p. 767.

(nota 55) C. Fed. La Plata, 7/10/1954, L.L., t. 77, p. 182.

(nota 56) C. Civil 1ª Cap., 6/8/1920, J.A., t. 5, p. 117; Sup. Corte Buenos Aires, 2/7/1929, J.A., t. 30, p. 537; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2635.

(nota 57) C. Civil 1ª Cap., 12/4/1920, J.A., t. 4, p. 170; C. Civil 2ª Cap., 2/4/1931, J.A., t. 35, p. 703.

(nota 58) C. Civil 2ª Cap., 22/10/1926, J.A., t. 22, p. 1006; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2635.

(nota 59) Fallo citado en nota anterior.

(nota 60) C. Civil 2ª Cap., 5/5/1930, J.A., t. 33, p. 172. Tampoco puede comprometer a los herederos el precio convenido por el albacea: C. Civil 2ª Cap., 22/2/1944, L.L., t. 37, p. 404.

(nota 61) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2645, nota 71 c), quien cita la opinión concordante de TORINO, según el cual el carácter personal de la

acción queda demostrado por la circunstancia de que no se persigue la restitución de la cosa, sino el valor del gasto hasta el valor de la cosa al tiempo de la adquisición. En contra, sosteniendo que es una acción real: MACHADO, t. 6, p. 174 in fine.

FIANZA

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014380
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014380

1110/14380

CAPÍTULO XXIX - FIANZA (ver nota 1)

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014390
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014390

1110/14390

§ 1.— Nociones generales

1110/1835

1835. CONCEPTO.— Cuando como consecuencia de la celebración de un contrato, una de las partes resulta acreedora de la otra, el cumplimiento de las obligaciones de ésta dependerá en última instancia de su solvencia; ni siquiera es suficiente garantía la solvencia actual, porque muy bien puede ocurrir que un deudor originariamente solvente deje de serlo más tarde —precisamente cuando tiene que cumplir con sus obligaciones— como consecuencia de negocios desafortunados. El acreedor puede precaverse contra esta eventualidad, mediante las siguientes garantías: a) las reales, que consisten en gravar un bien del deudor con un derecho real de hipoteca, prenda, anticresis, warrants, etcétera; b) las personales, que consisten en extender la responsabilidad derivada del contrato a otras personas, de tal manera que para que el acreedor quede en la imposibilidad de cobrar su crédito, será menester que tanto el deudor originario como el garante, caigan en insolvencia. Esto aumenta notoriamente las probabilidades de que el crédito sea satisfecho, sobre todo porque el acreedor se encargará de exigir un garante de conocida fortuna. La forma típica de garantía personal es la fianza (ver nota 2).

Según el art. 1986 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1986habrá contrato de fianza, cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoria. De donde resulta que la fianza es un contrato, pues exige un acuerdo de

voluntades entre el fiador y el acreedor cuyo crédito es garantido. No se requiere en cambio, el consentimiento del deudor afianzado, aunque él es por lo común el principal interesado en la fianza, ya que sin ella la otra parte no se avendrá a contratar. Y no interesa su consentimiento ni su misma oposición (ver nota 3), porque la relación obligatoria se establece entre fiador y acreedor. Es verdad que eventualmente, si el fiador paga, el deudor resultará obligado frente a él; pero ésta es la consecuencia de todo pago por otro, haya o no fianza, de tal modo que ésta no agrava en modo alguno sus obligaciones.

1110/1836

1836. PROMESA DE FIANZA.— Hasta aquí todo resultaría claro si no fuera que el art. 1987 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1987introduce confusión en el concepto. Hemos dicho ya que según el art. 1986 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1986, la fianza es un contrato que exige consentimiento del fiador y acreedor. Pero el artículo siguiente agrega que también puede constituirse la fianza como acto unilateral antes de que sea aceptada por el acreedor. Esta aparente contradicción, que ha motivado la perplejidad de los tratadistas (ver nota 4), ha sido explicada por ACUÑA ANZORENA (ver nota 5) recurriendo a la fuente, que es FREITAS. El jurista brasileño, luego de definir la fianza contractual en el art. 3285 de su Esboço, agrega en el artículo siguiente que habrá fianza como acto unilateral, antes de su aceptación por el acreedor, cuando fuere legal o judicial. La idea queda así en claro. La fianza exige siempre el consentimiento del acreedor, a menos que ella sea legal o judicial, en cuyo caso este consentimiento es innecesario.

1110/1837

1837.— Esto sentado, cabe preguntarse qué valor tiene la promesa de fianza. Si es unilateral, tiene el valor de cualquier promesa de contrato, revocable en tanto no haya sido aceptada, salvo que quien la formuló se haya comprometido a mantenerla durante un cierto tiempo (art. 1150 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_29.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1150).

Pero la promesa de fianza puede surgir también de un contrato bilateral entre el deudor y el fiador. Este supuesto configura una estipulación por otro (ver nota 6). De acuerdo con el art. 504 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_16.HTM&iid=AR_LA001 - Art_504, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación si la hubiere aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada. Por consiguiente, hay que distinguir las siguientes situaciones: a) Si el acreedor hubiere aceptado la promesa haciendo conocer al fiador su aceptación, éste queda definitiva y directamente ligado al acreedor como si se tratara de un contrato normal de fianza. b) Si la promesa hubiera sido revocada antes de la aceptación por el acreedor, el contrato suscrito entre el deudor y el fiador da lugar a las siguientes acciones: una de cumplimiento de contrato por el deudor, que puede

obligar al fiador a prestar la fianza (ver nota 7); otra, intentada por el acreedor por vía indirecta o subrogatoria.

1110/1838

1838.— La promesa bilateral (es decir, suscrita entre deudor y fiador) puede ser hecha en beneficio de un acreedor determinado o indeterminado (ver nota 8), siempre que sea determinado en el momento de hacerse efectiva la fianza.

1110/1839

1839. CARACTERES DEL CONTRATO.— El contrato de fianza tiene los siguientes caracteres:

a) Es normalmente unilateral y gratuito; sólo crea obligaciones para el fiador. Es verdad que el acreedor está obligado a ser diligente en la excusión de los bienes del deudor (art. 2015 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2015) y de abstenerse de cualquier hecho en virtud del cual el fiador se vea privado de quedar subrogado en sus derechos (art. 2043 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2043); pero en verdad éstas no son obligaciones que el acreedor tiene respecto del fiador, sino condiciones, sin cuyo cumplimiento no podrá hacer efectiva la fianza (ver nota 9). Sin embargo, el contrato será bilateral u oneroso si el acreedor paga alguna suma de dinero al fiador para que asuma la fianza; en tal supuesto, este contrato se aproxima tan estrechamente al de seguro que resulta difícil distinguirlos y parece razonable aplicarle por analogía las reglas legales de este último (ver nota 10).

El supuesto, algo más probable, de que sea el deudor quien pague una retribución al fiador para que preste la fianza, no quita al contrato su carácter unilateral y gratuito, porque no hay que olvidar que quienes contratan la fianza son el fiador y el acreedor, siendo el deudor ajeno a dicha convención.

De cualquier modo, lo normal es que la fianza sea gratuita; en nuestras costumbres es uno de los deberes típicos de amistad y sólo por señalada excepción se cobra algo por prestarla, sea del acreedor o del deudor. Y por ello mismo, la interpretación de los contratos de fianza debe ser restrictiva con relación a las obligaciones asumidas por el fiador (ver nota 11).

b) Es un contrato accesorio, pues supone la existencia de una obligación principal, a la cual está subordinada la del fiador. De este carácter se deriva que la nulidad o la extinción de la deuda principal lleva consigo la de la fianza; y que ésta no puede cederse sin el crédito principal (ver nota 12).

c) Genera una obligación subsidiaria que sólo puede hacerse efectiva cuando se ha hecho infructuosamente excusión de los bienes del deudor principal, salvo que el fiador haya renunciado a este beneficio o se trate de una fianza mercantil. No debe confundirse este

carácter con el anterior, pues la accesoriedad existe en todo caso, aun cuando el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor principal, en cuyo caso no tiene el beneficio de excusión, por lo que su obligación deja de ser subsidiaria (ver nota 13).

d) Es consensual, pues no está sujeto a formas (art. 2006 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2006).

1110/1840

1840. COMPARACIÓN CON OTROS INSTITUTOS JURÍDICOS. a) Con la obligación solidaria.— La fianza es una obligación accesoria y subsidiaria, establecida como garantía de la principal; la obligación solidaria, aunque frecuentemente funciona en el plano económico como garantía, es directa y principal respecto de todos los obligados (art. 699 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_20.HTM&iid=AR_LA001 - Art_699).

1110/1841

1841. b) Con la delegación imperfecta.— Hay delegación imperfecta (o asunción de deuda) cuando una persona asume la deuda de otra que no es liberada por el acreedor (art. 814 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_22.HTM&iid=AR_LA001 - Art_814). La distinción es clara porque el acreedor podrá demandar el cumplimiento al que asumió la deuda de otro sin necesidad de hacer excusión de los bienes de éste.

1110/1842

1842. c) Con las cartas de recomendación.— Las cartas de recomendación en las que se asegura la probidad y solvencia de alguien, no constituyen fianza (art. 2008 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2008), ni hacen recaer sobre el recomendante ninguna responsabilidad a menos que éste la hubiera dado de mala fe, afirmando falsamente la solvencia del recomendado, en cuyo caso responderá por los daños que de la insolvencia resulten al destinatario que hizo fe en la recomendación (art. 2009 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2009). La mala fe del recomendante consiste en el conocimiento de la insolvencia y debe ser probada por el que alega (ver nota 14). Es equiparable a la mala fe una grave imprudencia (ver nota 15).

¿Qué ocurre si el recomendado hubiera utilizado la carta para obtener crédito de una persona distinta de aquella a la cual se dirigía? El art. 2009 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2009parece limitar la responsabilidad respecto de la persona misma del destinatario (ver nota 16); pero si la mala fe es evidente, creemos que no puede negarse la acción

resarcitoria de quien resultó perjudicado, aunque no fuera el destinatario de la carta. De lo contrario sería posible una maniobra por la cual se entregue una carta de recomendación, dirigida a una persona distinta de aquella cuya buena fe pretenden sorprender de común acuerdo, el firmante y el portador.

De cualquier modo, el firmante podrá siempre eludir su responsabilidad demostrando que no fue su recomendación la que indujo al destinatario a contratar con su recomendado o que la insolvencia de éste sobrevino después de haber suscrito la carta (art. 2010 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2010).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SALVAT, Contratos, t. 3, núms. 1975 y sigs.; MACHADO, t. 6, ps. 329 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du mandat et du cautionnement; GUILLOUARD, Traités du cautionnement et des transactions, París, 1894; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 6, núms. 1509 y sigs.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, ps. 523 y sigs.; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, ps. 478 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, ps. 479 y sigs.; LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 446; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 188 y sigs.; MESSINEO, t. 4, § 107; BO, Contributto alla dottrina della obbligazione fideiussoria, Milano, 1934, RAVAZZONI, La fideiussione, Milano, 1957. Véase reseña de jurisprudencia de MOLINA, L.L., t. 151, p. 740.

(nota 2) PUIG PEÑA hace una aguda crítica de este contrato: "A pesar de esta vieja historia, la garantía personal es figura totalmente desacreditada. No produce, en efecto, frente al acreedor, las seguridades que le proporcionan las garantías pignoraticias o hipotecarias; fomenta, por así decirlo, en la persona del deudor (en la mayoría de los casos) una situación de apatía e inmoralidad, incitándole a declarar su irresponsabilidad en perjuicio del fiador, y constituye ciertamente a éste en un peligro constante de tener que cumplir una prestación por deuda que no contrajo. Desde el punto de vista social hace de la amistad un instrumento peligroso y abusivo, porque el deudor se atreve con más facilidad a exigir del amigo la garantía que el contenido económico de la obligación garantizada; contando, además, con que éste encontrará más dificultad en negarse al abonamiento personal, pues de momento no sufre su patrimonio, aunque a la larga sea el que tenga que cumplir. Desde el punto de vista jurídica, produce una complejidad de relaciones tal que en ocasiones causa un verdadero trastorno en el ámbito del derecho. Lo anterior no obsta, sin embargo, para que en algunos supuestos el contrato de fianza tenga una utilidad evidente" (t. 4, vol. 2, ps. 478 y sigs.).
Por más que la crítica de PUIG PEÑA es en general justificadísima, no puede negarse que la fianza desempeña un papel económico fundamental como instrumento de crédito. Muchas veces la escasa cuantía de la deuda no justifica apelar al recurso costoso, molesto y lento de las garantías reales; otras, el deudor no tiene bienes para ofrecer en garantía. La fianza es un recurso expeditivo, simple y eficaz, que por lo común garantiza satisfactoriamente al acreedor (puesto que éste se asegurará la solvencia del fiador); por más que, desgraciadamente, muchas personas inescrupulosas se sirven de ella para lograr del amigo la garantía de una deuda que luego no piensan pagar. Es servicio que se puede

exigir del amigo; y muchos se sienten autorizados a descalificar en el plano amistoso a quien prudentemente se niega a prestar su fianza, conociendo la poca solvencia económica (y a veces moral) del que la pide.

(nota 3) Que el fiador puede obligarse aun en contra de la voluntad del deudor, surge claramente de los arts. 2027 y 2029; de acuerdo: PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1520; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 930; AUBRY y RAU, § 4251.

(nota 4) Véanse sobre este punto las distintas opiniones de SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1981; SEGOVIA, t. 1, nota 2 al art. 1989 de su numeración; MACHADO, t. 5, ps. 326 y sigs.; LLERENA, t. 6, p. 259; LAFAILLE, t. 3, nº 204.

(nota 5) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1981 b).

(nota 6) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1981; SEGOVIA, t. 1, nota 2 al art. 1989 de su numeración; MACHADO, t. 5, ps. 326 y sigs.; LLERENA, t. 6, p. 259; LAFAILLE, t. 3, nº 204.

(nota 7) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, loc. cit. en nota anterior.

(nota 8) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1981 e); PLANIOL - RIPERT - ESMEIN, t. 6, nº 367; DEMOGUE, t. 7, nº 835.

(nota 9) En este sentido: PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 485.

(nota 10) De acuerdo: PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, 2ª ed., p. 465 (la idea está insinuada también en los tratadistas alemanes anotados, § 188, I, 4); PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 486; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 535; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1983, nota 8 a).
Quizá la única diferencia entre el contrato de seguro y el de fianza cuando el acreedor ha pagado una retribución al fiador para conseguirla pueda referirse a la persona del asegurador, que según una opinión no pacífica pero a nuestro juicio preferible, sólo puede ser una persona de existencia ideal, no humana sobre esta cuestión véase el excelente resumen de FERNÁNDEZ, Código de Comercio Comentado, t. 2, ps. 401 y sigs., autor que adhiere a dicho criterio), en tanto que no hay inconveniente alguno en que el fiador retribuido por el acreedor sea una persona de existencia visible.

(nota 11) C. 2ª Apel. La Plata, 5/11/1965, Rep. L.L., t. 17, p. 806, sum. 2.

(nota 12) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 189, II, 6.

(nota 13) PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 534; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 484.

(nota 14) C. Fed. Cap., 25/11/1942, L.L., t. 28, p. 756.

(nota 15) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1987, nota 12 a).

(nota 16) En este sentido, SALVAT, loc. cit. en nota anterior.
§ 2.— Elementos del contrato

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014410
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014410

1110/14410

A.— SUJETOS

1110/1843

1843. CAPACIDAD PARA SER FIADOR.— Dispone el art. 2011 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2011que tienen capacidad para obligarse como fiadores todos los que tienen capacidad para contratar empréstitos. Esta norma se presta a una doble objeción, en primer lugar, que el Código no contiene ninguna disposición especial sobre capacidad en materia de mutuo, de modo que la remisión carece de sentido; en segundo lugar, que no es exacto que todos los que pueden contratar empréstitos pueden ser fiadores, ya que los menores, sean o no emancipados, y los administradores de las corporaciones pueden contratar empréstitos pero no ser fiadores (véase art. 2011 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2011).

Como principio general hay que aceptar que, para otorgar fianzas, basta la capacidad para contratar. Pero esta regla general está sujeta a las excepciones establecidas en el art. 2011 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2011, según el cual no pueden ser fiadores:

a) Los menores emancipados, aunque obtengan licencia judicial y aunque la fianza no exceda de quinientos pesos (inc. 1º). La prohibición es rigurosa. Sin embargo, algunos autores sostienen que la prohibición sólo alude a los bienes adquiridos a título gratuito, pero que la fianza es válida cuando sólo afecta a los bienes adquiridos a título oneroso, de los cuales el menor tiene la libre disposición (ver nota 1). En otras palabras, la fianza sería en principio válida pero el acreedor sólo podría hacerla efectiva respecto de los bienes adquiridos a título oneroso. Nos parece llevar demasiado lejos la interpretación de una norma legal que es clara y que se justifica por una razón de protección a los emancipados.

b) Los administradores de bienes de corporaciones en nombre de las personas jurídicas que representaren (inc. 2º). Al hablar de corporaciones el Código alude a las personas jurídicas de derecho público y a los establecimientos de utilidad pública (ver nota 2), es decir, a las que no persiguen un fin de lucro sino sólo de bien común. En cambio, las personas jurídicas y sociedades lucrativas pueden prestar fianza (véase inc. 4º).

c) Los tutores, curadores y todo representante necesario en nombre de sus representados, aunque sean autorizados por el juez (inc. 3º).

d) Los administradores de sociedades si no tuviesen poderes especiales (inc. 4º). Esto significa que las sociedades pueden ser fiadoras; pero sus administradores no pueden prestar fianzas a su nombre si no tienen poderes especiales.

e) Los mandatarios en nombre de sus constituyentes si no tuvieren poderes especiales (inc. 5º).

f) Los que tengan órdenes sagradas, cualquiera sea su jerarquía, a no ser por sus iglesias, por otros clérigos o por personas desválidas (inc. 6º). Estas disposiciones se refieren únicamente a los religiosos profesos (ver nota 3) (sobre el concepto religioso profeso, véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, nº 603).

1110/1844

1844.— Uno de los cónyuges puede ser fiador de las obligaciones contraídas por el otro (ver nota 4), porque el contrato de fianza se concierta entre el cónyuge y el tercer acreedor, de modo que no habría motivo para impedirlo. Pero no puede afianzar al tercero que contrata con su propio cónyuge porque esto implicaría admitir un contrato gratuito entre cónyuges, lo que es contrario a lo dispuesto en el art. 1807 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1807, inc. 1º.

El socio puede afianzar a la sociedad de que forma parte y recíprocamente (ver nota 5).

(nota 1) SPOTA, Curso sobre temas de derecho civil, 1971, p. 107; KEMELMAJER DE

CARLUCCI, La capacidad civil del menor que trabaja, p. 134.

(nota 2) El concepto está más claro en la fuente (Esboço, art. 3291).

(nota 3) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2039; MACHADO, t. 5, p. 365.

(nota 4) C. Civil 2ª, Cap., 26/9/1934, J.A., t. 47, p. 972.

(nota 5) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1519.

B.— OBJETO

1110/1845

1845. OBLIGACIONES QUE PUEDEN AFIANZARSE: PRINCIPIO GENERAL.— Todas las obligaciones pueden ser afianzadas, sean civiles o naturales, accesorias o principales, deriven de un contrato, de la ley o de un hecho ilícito; cualquiera sea el acreedor o deudor y aunque el acreedor sea persona incierta; tampoco importa que la deuda sea de valor determinado o indeterminado, líquido o ilíquido, inmediatamente exigible o a plazo o condicional; finalmente, tampoco importa la forma del acto principal (art. 1993 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1993).

Como puede apreciarse, la regla general es amplia, pero exige, sin embargo, algunas precisiones:

1110/1846

1846. a) Obligaciones futuras.— La fianza puede ser otorgada en garantía de una obligación futura (art. 1988 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1988); y en tal caso el fiador puede comprometerse hasta una cierta cantidad o limitadamente por el total de la obligación que eventualmente resulte, cualquiera sea su monto (art. citado). Al hablar de obligaciones futuras, la ley no sólo se refiere a las que eventualmente puedan surgir de un contrato actual, sino también a las que pueda contraer en el futuro (art. citado). Pero si bien el crédito futuro puede ser incierto y de cantidad indeterminada, la fianza debe tener siempre un objeto determinado (art. 1989 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1989), es decir, debe constar claramente cuál es la obligación que se garantiza. Un tribunal declaró que esta exigencia legal queda cumplida si la fianza se ha otorgado para todas las operaciones que el afianzado realice con determinada persona, aunque el crédito

sea incierto y no se estableciera límite de cantidad (ver nota 1). Nos parece una solución contraria al art. 1989 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1989y poco prudente. Si bien la ley permite el afianzamiento de una obligación futura y de monto indeterminado, de todas maneras exige que se determine la obligación. Y en aquel supuesto la obligación era indeterminada. Hoy se advierte una tendencia a proteger al fiador contra su imprevisión o su excesiva confianza, disponiendo la nulidad de las fianzas por obligaciones futuras que no contengan un límite de la suma afianzada (ver nota 2).

1110/1847

1847.— Por otra parte, el fiador de obligaciones futuras puede retractar la fianza mientras no haya nacido la obligación principal (ver nota 3) (art. 1990 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1990); sin perjuicio de que es responsables ante el tercero que contrató con el afianzado ignorando la retractación (art. citado). La disposición es lógica, porque no es justo que quien ha contratado en vista de la fianza prestada, sea perjudicado por una retractación que no conocía. Para que la retractación produzca plenos efectos respecto del tercero, basta que éste tenga conocimiento de la retractación por cualquier medio o conducto, sin que sea necesaria una notificación emanada del deudor o del fiador.

1110/1848

1848. b) Obligaciones nacidas de un hecho ilícito.— Según el art. 1993 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1993pueden afianzarse inclusive las obligaciones cuya causa sea un hecho ilícito. Ninguna dificultad ofrece este precepto en lo que atañe a las obligaciones lícitas surgidas de hechos ilícitos ya acaecidos. Así, por ejemplo, si como consecuencia de un delito o un cuasidelito, el culpable es condenado a pagar una suma de dinero a la víctima, esta obligación puede ser afianzada. Distinta es la hipótesis de que pretendan afianzarse las obligaciones que eventualmente pudieran surgir de un hecho ilícito futuro. Según la opinión predominante, el contrato de fianza sería nulo (ver nota 4). A nuestro juicio es necesario hacer una distinción: las obligaciones derivadas de delitos civiles no son afianzables, porque no se puede legitimar un contrato condicionado a la realización de un delito; en cambio, no se ven razones morales ni legales serias para negar validez al afianzamiento de las obligaciones que pudieran nacer de un cuasidelito. Así, por ejemplo, nada parece oponerse a la validez de un contrato por el cual se afiancen las consecuencias patrimoniales de un eventual accidente de automóvil, tanto más cuanto que tales riesgos pueden ser objeto de un contrato de seguro. Tampoco hay obstáculo para que se afiancen obligaciones objetivas, vale decir, aquellas que nacen de la ley sin culpa alguna de los obligados, como es, por ejemplo, el caso de los daños sufridos por los alumnos de un instituto de enseñanza, o los espectadores de un espectáculo público (sobre el tema, véase Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. II, núms. 1451 y sigs.).

No puede afianzarse el cumplimiento de una obligación ilícita que, por serlo, es nula (art. 1994 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1994).

1110/1849

1849. PRESTACIONES QUE PUEDEN AFIANZARSE.— Pueden afianzarse no sólo las obligaciones de dar sumas de dinero, sino también las de entregar cosas ciertas o inciertas y las de hacer o no hacer (art. 1992 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1992).

La fianza no puede tener por objeto una prestación diferente de la que forma la materia de la obligación principal (art. 1991 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1991). Así, por ejemplo, si la obligación principal consiste en pagar una suma de dinero, no habría fianza si el que garante la operación se compromete a entregar una cosa cierta en caso de incumplimiento del deudor. Habrá en tal caso un contrato innominado pero no una fianza. Sin embargo, cuando la obligación principal consistiere en entregar cosas ciertas o en hechos del deudor, la obligación del fiador se limita a satisfacer los daños y perjuicios que deriven de la inejecución de la obligación (art. 1992 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1992). Esta solución no importa una contradicción con la regla del art. 1991 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1991; no se promete aquí una cosa distinta de la que prometió el obligado, sino que se promete pagar los mismos daños y perjuicios que éste debería en caso de incumplimiento. En otras palabras, el fiador que no puede cumplir en especie, lo hace en la forma sustitutiva del pago en dinero. Pero si puede cumplir en especie, tiene siempre derecho a hacerlo, lo que revela que su obligación no es en esencia distinta de la del obligado principal.

De igual modo, el fiador deberá cumplir en especie si se trata de la entrega de cosas fungibles (ver nota 5), porque no podrá alegar imposibilidad para hacerlo.

1110/1850

1850. NULIDAD DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL; AFIANZAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRAÍDA POR UN INCAPAZ.— La fianza exige el sustento de una obligación principal válida; si ésta carece de validez, la fianza también (art. 1994 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1994). Se reputará nula si la obligación principal es inexistente o está extinguida o el contrato del que deriva es nulo o ha sido ya anulado; será anulable, si la obligación principal deriva de un acto anulable (art. 1994 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_1994). Se trata de una mera aplicación del principio de que la fianza es una obligación accesoria, cuya vida depende de la vida de la obligación principal a la que accede.

Pero no es ésta una regla absoluta. El art. 1994 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1994establece que si la causa de la nulidad fuese alguna incapacidad relativa al deudor, el fiador será responsable como único deudor, aunque ignorase la incapacidad. Hay que reconocer que esta solución no se compagina con el principio de la accesoriedad de la fianza. ¿Cómo se concibe garantizar el cumplimiento de una obligación a la que la ley no le reconoce validez? Con razón se ha puesto en duda la propiedad de llamar fianza a la obligación de quien se compromete a cumplir la obligación prometida por un incapaz (ver nota 6); tanto más cuanto que ni siquiera se producen todos los efectos de la fianza, ya que el fiador que ha pagado la obligación de un incapaz, no tiene acción de regreso contra éste sino dentro de los límites del beneficio recibido (véase nº 1896).

De cualquier modo, hay que reconocer que la terminología empleada por nuestro Código es la tradicional (ver nota 7) y cualquiera sea su propiedad técnico-gramatical, admite una solución cuyo acierto es indudable por lo menos en lo que atañe a los menores. No nos parece en cambio acertada en cuanto permite el afianzamiento de las obligaciones contraídas por dementes o por sordomudos que no saben darse a entender por escrito y, mucho menos, cuando el fiador ignora la incapacidad, porque si la conocía podría todavía presumirse que ha querido obligarse como único deudor (ver nota 8), intención que no puede suponerse en caso de ignorancia de la incapacidad.

Bien entendido que la ley alude solamente a las incapacidades de hecho; la nulidad fundada en una incapacidad de derecho invalida la fianza porque de lo contrario haría producir efectos, mediante un rodeo, a actos y contratos que la ley prohíbe.

1110/1851

1851.— La nulidad de la fianza participa del carácter de la nulidad de la obligación principal; será nula o anulable, absoluta o relativamente nula, según lo sea aquélla (ver nota 9).

1110/1852

1852.— Algunos autores sostienen que aunque la obligación principal fuera nula, la fianza sigue obligando al fiador si se demuestra que él tenía conocimiento de la causa de la nulidad, porque debe interpretarse que él ha querido contraer una obligación directa (ver nota 10). Nos parece que esta solución es inaceptable en nuestro Derecho porque contraría el texto expreso del art. 1994 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1994, así como también el principio de la accesoriedad de la fianza.

1110/1853

1853. LÍMITES DE LA OBLIGACIÓN DEL DEUDOR; PRINCIPIO Y CONSECUENCIAS.— La obligación principal señala el límite máximo de la fianza; el fiador puede obligarse a menos pero no a más que el deudor principal (art. 1995 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1995). Y si se hubiese obligado a más, su obligación queda reducida a dicho máximo (art. citado).

El deudor principal no puede ampliar la obligación del fiador mediante negocios jurídicos concluidos después de la fianza (ver nota 11), a menos que ellos se hubieran previsto al constituirla.

Dentro de tales límites, no hay inconveniente en que el fiador constituya seguridades reales o personales en garantía del cumplimiento de la fianza (art. 1995 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1995); pero en la práctica esto nunca sucede. Si el acreedor no tiene plena confianza en la solvencia de fiador, exige otro fiador, si es que el propio deudor no ofrece garantías reales. De igual modo, sería posible que el fiador acordara una cláusula penal para el caso de no cumplir en su momento con la fianza (ver nota 12).

1110/1854

1854. a) Duda sobre la extensión de la fianza.— Cuando hubiere duda sobre si el fiador se obligó por menos o por otro tanto igual a la obligación principal, entiéndese que se obligó en la medida de ésta (art. 1995 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1995). Se explica que así sea, porque normalmente la fianza cubre las obligaciones del deudor principal. De igual modo, si el contrato se limita a decir que una persona es fiadora del deudor, ha de entenderse que cubre todas sus obligaciones.

Pero en el fondo, ésta es una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes, que los jueces deberán hacer prevalecer por encima de cualquier otra consideración, ya que la norma del art. 1995 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1995es simplemente supletoria.

En el derecho francés se aplica el principio de que la fianza debe interpretarse restrictivamente (ver nota 13), porque importa una liberalidad. En nuestro país, esa solución parece chocar con lo dispuesto por el art. 1995 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1995que, en caso de duda sobre la extensión de la fianza, le atribuye la máxima extensión (ver nota 14). Con todo, el carácter gratuito de la fianza despierta naturalmente la benevolencia de los jueces, que sólo por excepción admiten que se ha dado la hipótesis de duda del art. 1995

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1995, y por lo común se inclinan por favorecer al fiador. Así, por ejemplo, se ha decidido que la fianza por las consecuencias de un contrato de compraventa no se extiende a otras obligaciones que resultaron ulteriormente de nuevas actividades del demandado, como el daño moral, aunque éste se relacionara con el contrato afianzado (ver nota 15); que el afianzamiento de un determinado pedido de mercaderías, no comprende los pedidos ulteriores (ver nota 16); que si una persona afianza las obligaciones que contraiga una persona con otra, esa fianza sólo se refiera a las obligaciones posteriores y no a las anteriores (ver nota 17); a menos que lo contrario resulte claramente del contrato.

En cuanto a la extensión de la fianza en el contrato de locación, véase números 805 y siguientes.

1110/1855

1855. b) Fianza limitada por deuda de cantidad ilíquida.— Si el fiador se ha obligado sólo hasta determinada cantidad fijada en el contrato y la deuda principal es ilíquida, el fiador sólo está obligado por aquella cantidad (art. 1996 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1996).

Mientras la obligación principal continúe siendo ilíquida, no podrá exigirse del fiador el pago de ninguna cantidad (aun dentro del monto por el cual ha afianzado), porque hasta que no hay suma líquida, no se sabe cuánto debe el deudor principal, y esa deuda marca también el tope máximo de las obligaciones del fiador (ver nota 18). Es claro que no cabría esta exigencia si la deuda principal, aunque ilíquida en su conjunto, estuviera ya parcialmente determinada; en la medida en que lo está, el fiador debe responder. Ejemplo: se han afianzado todas las obligaciones derivadas de un contrato de locación; es ilíquida la deuda por alquileres, pero no la derivada de daños producidos en la propiedad. El monto total de lo adeudado por el inquilino es todavía ilíquido; pero la deuda por alquileres es líquida y puede ser exigida sin dilaciones del fiador.

1110/1856

1856. c) Intereses.— La fianza de una suma de dinero comprende también los intereses que aquélla devengare, aunque no se los hubiere previsto en el acto de afianzamiento (art. 1997 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1997).

1110/1857

1857. d) Gastos causídicos.— Es posible que el acreedor haya debido demandar al deudor para lograr el pago de su crédito. ¿Responde también el fiador por estos gastos causídicos? La cuestión es dudosa y ha dado lugar a soluciones divergentes:

1) Algunos fallos y autores se pronuncian en el sentido de que el fiador es responsable porque se trata de accesorios del crédito (ver nota 19), opinión que nos parece preferible.

2) Otros se inclinan por considerar que los gastos causídicos sólo se deben desde el momento en que la demanda contra el deudor principal ha sido notificada al fiador; pues no sería justo que éste se viere obligado a pagar gastos excesivos, en los que quizás el acreedor se ha embarcado imprudentemente y, sobre todo, que el fiador hubiera podido evitar pagando; por consiguientes, sólo en caso de que el fiador tuviese conocimiento de la acción entablada contra el deudor y no obstante ello guardase pasividad, correspondería hacerlo responsable (ver nota 20).

3) Finalmente, otros se pronuncian en el sentido de que los gastos causídicos no son accesorios de la obligación principal y por consiguiente, el fiador no responde de ellos (ver nota 21).

(nota 1) C. Com. Cap., 28/12/1928, J.A., t. 28, p. 1101. De acuerdo: PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1516 (pero hay que advertir que en el Código Napoleón no hay un texto similar a nuestro art. 1989).

(nota 2) Ésta es la solución propuesta por BIBILONI (art. 2129 del Anteproyecto) y por la comisión de 1936 (art. 1305, inc. 2º), de acuerdo a lo dispuesto en el Código suizo, art. 493.

(nota 3) Véase la crítica de esta solución formulada por ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2009, nota 30.

(nota 4) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2007, nota 29 c); MACHADO, t. 5, p. 328; LLERENA, t. 6, p. 264; GUILLOUARD, nº 54; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 949.

(nota 5) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2019 y su anotador ACUÑA ANZORENA; MACHADO, t. 5, p. 339; ACUÑA ANZORENA sostiene que si el hecho prometido por el deudor no tuviera carácter personal, debe ser cumplido en especie por el fiador (loc. cit., nota 35 b]). Pero como nadie puede ser obligado compulsivamente a cumplir con una obligación de hacer, si el fiador no se presta voluntariamente a cumplir en especie, su obligación se convertirá en la de indemnizar los daños.

(nota 6) Véase en este sentido la crítica de RAVAZZONI, La fideiussione, ps. 172 y sigs.

(nota 7) Era ya la terminología empleada en el derecho romano: Digesto, 46, 1, 16; véase asimismo, ALBERTARIO, Corso di diritto romano, t. 3, p. 132.

(nota 8) Ésta es, en efecto, la razón en la cual se fundó en los trabajos preparatorios del Código Napoleón, la norma análoga (ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2014, nota 32 b]).

(nota 9) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2016.

(nota 10) MACHADO, t. 5, p. 331; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, notas a ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, p. 472.

(nota 11) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 189, II, 4.

(nota 12) Nota al art. 1995; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2021.

(nota 13) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1529; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 994; AUBRY y RAU, § 426.

(nota 14) Sin embargo, algunos fallos y autores sostienen que también en nuestro Derecho cabe la interpretación restrictiva de la fianza; C. Civil 1ª Cap., 23/12/1929, J.A., t. 32, p. 208; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2024; MACHADO, t. 5, p. 345.

(nota 15) C. Com. Cap., 28/12/1939, G.F., t. 114, p. 84.

(nota 16) C. Fed. Cap., 25/11/1942, L.L., t. 28, p. 756.

(nota 17) Cass. Civil, 14/7/1845, Dalloz, 1845, 1, 336; C. Cass. Req. 15/11/1904, cit. por PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1529.

(nota 18) C. 1ª Apel. Córdoba, 12/2/1937, L.L., t. 5, p. 651; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2020, nota 38 a).

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 16/5/1934, J.A., t. 46, p. 554; C. Paz Cap., Sala II, 11/7/1947, G.P., t. 75, p. 109; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2025.

(nota 20) Así lo sostiene ACUÑA ANZORENA (en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2025, nota 40 a]) siguiendo la solución del Código Napoleón, art. 2016.

(nota 21) Ésta es la opinión de VÉLEZ SARSFIELD (nota al art. 1997). De acuerdo: C. Civil 1ª Cap., 22/7/1946, J.A., 1946-III, p. 325; C. Com. Cap., 20/10/1939, J.A., t. 68, p. 475; MACHADO, t. 5, p. 344; LLERENA, t. 6, p. 269.

C.— FORMA Y PRUEBA

1858. PRINCIPIO.— Según el art. 2006 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2006la fianza puede contratarse en cualquier forma: verbalmente, por escritura pública o privada; pero si fuese negada en juicio, sólo podrá ser probada por escrito. Aunque desde el punto de vista teórico es perfectamente posible hacer la distinción entre forma verbal y prueba escrita, lo cierto es que la segunda parte de este artículo obliga a celebrar la fianza por escrito si se quiere hacerle producir efectos jurídicos. Está bien que así sea porque la obligación asumida por el fiador tiene un carácter gratuito y excepcional, de modo que no sería prudente admitirla sino sobre la base de una prueba cierta, que no puede ser otra que la escrita.

§ 3.— Distintas clases de fianzas

1859. RÉGIMEN LEGAL.— La fianza es por lo común el resultado de la libre contratación de las partes; pero a veces ella es impuesta por la ley. La primera se llama fianza convencional; la segunda, legal o judicial y la aceptación del fiador no corresponde al acreedor sino al juez.

Desde otro punto de vista, la fianza puede ser civil o comercial.

A.— FIANZA CONVENCIONAL

1110/1860

1860. FIANZA SIMPLE Y SOLIDARIA.— En la fianza convencional típica o simple, el fiador goza de los beneficios de excusión (véase nº 1870) y, si existen varios fiadores, de división de la deuda entre ellos (art. 2024 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2024). Pero si el fiador asume su garantía con carácter solidario, queda privado de dichos beneficios (art. 2004 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2004); el acreedor puede dirigirse directamente contra el fiador sin necesidad de ejecutar los bienes del deudor principal y puede demandar por el total a cualquiera de los

fiadores. Pero la solidaridad no quita a la fianza su carácter de obligación accesoria y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal (art. 2004 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2004).

En otras palabras: no hay que confundir fianza solidaria con obligación solidaria; salvo la renuncia a los derechos de excusión y de división, en todo lo demás, la fianza solidaria queda sujeta a las reglas de la fianza simple (art. 2004 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2004). De donde surgen las siguientes consecuencias: a) si la obligación principal es nula (por ej., por haberse contraído con dolo o violencia), también lo será respecto del fiador solidario; b) si la obligación principal se ha hecho de cumplimiento imposible para el deudor por causa de fuerza mayor el fiador queda también liberado de responsabilidad; c) el fiador solidario puede exigir del deudor principal que lo libere de la fianza en las hipótesis de los arts. 2025 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2025y 2026 (ver nota 1). Ninguno de estos efectos se produce en las obligaciones solidarias.

Se discute si el acreedor puede dirigirse directamente contra el fiador solidario aun antes de interpelar previamente al deudor. La cuestión ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios (ver nota 2). Si se piensa que la fianza no por ser solidaria pierde su carácter accesorio (art. 2004 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2004); que siendo accesoria, no se la puede hacer efectiva si el deudor principal no ha incurrido en incumplimiento; y, finalmente, que sin mora no hay incumplimiento, habrá que admitir que sin constituir en mora al deudor principal no se puede demandar al fiador. Naturalmente, la interpelación al deudor principal no será necesaria si ha incurrido en mora ex lege, como ocurre en las obligaciones con plazo (art. 509 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_16.HTM&iid=AR_LA001 - Art_509). Nada tiene que ver esta exigencia previa de la mora del deudor principal con la circunstancia de que el fiador solidario no goza del beneficio de excusión, porque lo que éste significa es que el acreedor no tiene necesidad de ejecutar previamente al deudor, cosa muy distinta de la constitución en mora del deudor principal. Con tanta mayor razón cabe aprobar la jurisprudencia que niega acción contra el fiador de una locación, si no se ha cumplido con la intimación al inquilino de que exhiba el último recibo (ver nota 3).

Pero no será necesaria la interpelación previa del deudor si éste ha caído en concurso o quiebra (ver nota 4) o si ha desaparecido (ver nota 5).

1110/1861

1861. CUÁNDO LA FIANZA ES SOLIDARIA.— En principio, la fianza es simple; según el art. 2033 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2033será solidaria solamente en los siguientes casos.

a) Cuando así se hubiere estipulado en el contrato. La estipulación debe ser clara, porque en caso de duda, habrá que admitir que la fianza es simple, ya que la solidaridad no se presume (ver nota 6). Pero no se requieren términos sacramentales; así, por ejemplo, se ha decidido que el fiador que se obliga como liso y llano pagador es solidario (ver nota 7).

b) Cuando el fiador renunciare al beneficio de excusión. Pero en verdad esta renuncia no confiere a la fianza todos los caracteres de la solidaridad, ya que si sólo se renuncia al beneficio de excusión, todavía el fiador podrá hacer valer el de división, que no tiene el fiador solidario

c) Cuando el acreedor fuese la hacienda nacional o provincial. Es un privilegio que las leyes reconocen al Fisco, sea nacional o provincial. ¿El privilegio debe extenderse también a los municipios? La analogía es evidente y daría pie a la solución afirmativa; empero, como la fianza solidaria tiene carácter de excepción y no puede admitírsela si no ha sido convenida o la establece un texto legal expreso, nos inclinamos por la negativa.

(nota 1) La C. Civil 1ª Cap., en consonancia con estas ideas, declaró que el fiador solidario puede oponer todas las defensas del fiador simple (2/7/1941, J.A., t. 75, p. 480).
Sobre las diferencias entre fianza solidaria y obligación solidaria, véase principalmente RAVAZZONI, La fideiussione, ps. 2 y sigs.

(nota 2) En el sentido de que es necesaria la constitución en mora: C. Civil Cap., 24/5/1926, J.A., t. 20, p. 230; íd., 2/7/1941, J.A., t. 75, p. 480; C. Fed. Santiago del Estero, 26/9/1951, J.A., 1952-I, p. 174. En sentido contrario: C. Paz Cap., Sala II, 12/7/1935, L.L., t. 1, p. 494; C. Fed. Mendoza, 11/5/1943, L.L., t. 30, p. 822.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 29/12/1936, J.A., t. 56, p. 808; C. Paz Let. Cap., Sala III, 17/2/1941, L.L., t. 21, p. 679; Sala IV, 3/11/1939, G.P., t. 32, p. 11.

(nota 4) C. Com. Cap., 14/2/1936, L.L., t. 1, p. 564; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1535; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1024.

(nota 5) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, loc. cit. en nota anterior.

(nota 6) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1999; MACHADO, t. 5, p. 353.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 30/3/1928, J.A., t. 27, p. 250; C. Paz Let. Cap., 27/9/1942, J.A., 1942-IV, p. 322.

1862. FIADOR PRINCIPAL PAGADOR.— Pero si el fiador se ha obligado como principal pagador, se lo reputa deudor solidario y se le aplican las disposiciones relativas a los codeudores solidarios (art. 2005 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2005). La obligación del fiador deja ya de ser accesoria; se establece un vínculo directo entre fiador y acreedor con entera independencia del que vincula a éste con el deudor principal (ver nota 1).

Por más que la situación del fiador principal pagador sea la de un codeudor solidario, no se pueden evitar ciertos efectos propios del afianzamiento. Si el crédito es indeterminado, la fijación de su monto debe hacerse con intervención del deudor principal (ver nota 2) y, por consiguiente, si se reclama el pago de alquileres, siempre será preciso exigir del inquilino la exhibición del último recibo (ver nota 3).

En cambio, no es necesaria la interpelación previa del deudor principal (ver nota 4) y el principal pagador responde inclusive por los gastos causídicos originados en el juicio seguido contra el afianzado (ver nota 5).

De cualquier modo, entre fiador y fiado, la relación sigue siendo de fianza (ver nota 6).

1110/1863

1863.— Siendo tan serias las consecuencias relativas a la fianza como principal pagador, la jurisprudencia ha interpretado restrictivamente las cláusulas contractuales (ver nota 7). Así, se ha resuelto que no asume las obligaciones de principal pagador, quien se obliga como liso y llano pagador (ver nota 8), o como fiador pagador (ver nota 9), o como fiador liso y llano (ver nota 10). Pero en cambio tiene el carácter de principal pagador quien “toma a su cargo” la obligación de un tercero (ver nota 11).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 28/7/1970, L.L., t. 142, p. 618; C. Paz Cap., 13/8/1965, L.L., t. 120, p. 498.

(nota 2) C. Paz Let. Cap., Sala III, 15/7/1940, J.A., t. 71, p. 303.

(nota 3) Véase jurisprudencia citada en nota 2814.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 26/8/1932, J.A., t. 39, p. 135.

(nota 5) C. Apel. Rosario, 13/6/1944, R.S.F., t. 7, p. 100.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala A, 28/7/1970, L.L., t. 142,p. 618.

(nota 7) Sentó este principio general la C. Apel. 2ª La Plata, 5/11/1965, Rep. L.L., t. 28, p. 806, Sum. 2.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 30/3/1928, J.A., t. 27, p. 250; C. Fed. Cap., 28/9/1942, J.A., 1942-IV, p. 322; C. Paz Cap., 13/8/1965, L.L., t. 120, p. 498, 27/9/1937, J.A., t. 61, p. 355 (pero esta expresión implica reconocer al fiador carácter solidario). En contra, sosteniendo que importa asumir las obligaciones de principal pagador, C. Apel. Mar del Plata, 24/8/1967, L.L., t. 129, p. 1042, 16.788-S.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 3/12/1930, J.A., t. 34, p. 1111.

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., 23/10/1931, J.A., t. 36, p. 1389.

1863 bis.— En cuanto a la fianza en el contrato de locación, en el cual, el fiador se obliga generalmente como principal pagador véase t. I, números 806 y siguientes.

B.— FIANZA LEGAL Y JUDICIAL

1110/1864

1864. CONCEPTO.— Según el art. 1998 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1998, la fianza puede ser legal o judicial; pero no ha de creerse que se trata de dos categoría diferentes, una impuesta por la ley y otra por los jueces, puesto que éstos no podrían imponerla sino fundados en la ley. En el fondo, se trata de dos denominaciones distintas de una misma cosa. Tales son, por ejemplo, la fianza que debe prestarse en la hipótesis del art. 2002 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2002(véase nº 1866); la llamada contracautela o sea la garantía (real o personal) que exigen los jueces para hacer lugar a ciertas medidas precautorias, tales como embargos, inhibiciones, etcétera. Quizás la única diferencia podría extraerse de la siguiente circunstancia: a veces la ley delega en el juez la apreciación de la solvencia del fiador (como ocurre en los ejemplos anteriores); otras se conforma con que el fiador llene ciertos requisitos prefijados (por ej., poseer título de abogado, escribano, etc.), cuyo contralor corre por cuenta de autoridades administrativas; así ocurre con la fianza que deben prestar los procuradores que desean inscribirse en la matrícula. La primera sería fianza judicial; la segunda, legal strictu sensu. Pero fácil es apreciar que no hay entre ellas una diferencia de naturaleza, sino sólo una distinta manera de apreciar la seguridad que ofrece el fiador

exigido por la ley.

Claro está que el fiador es siempre voluntario. La ley no exige jamás que alguien preste su propia fianza contra su voluntad; la exigencia se refiere al deudor, a quien se le impone el ofrecimiento de un fiador que se presta voluntariamente a servir de garantía y cuya aceptación corresponde al juez, no al acreedor (como, por ejemplo, ocurre en la fianza convencional). La ley prescinde en estos casos de la voluntad del acreedor, porque como la prestación de la fianza es una exigencia de la misma ley, si la aceptación dependiera del eventual acreedor, resultaría que a éste le bastaría con rechazar los fiadores propuestos, cualquiera fuera su solvencia, para privar a la otra parte de los derechos que la ley le confiere. Por ello basta con que la solvencia sea suficiente a criterio del juez.

1110/1865

1865. CONDICIONES QUE DEBE LLENAR EL FIADOR.— Si la fianza fuese legal o judicial, el fiador debe reunir las siguientes condiciones: a) debe estar domiciliado en el lugar del cumplimiento de la obligación principal (art. 1998 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1998), porque de lo contrario el acreedor podría tener dificultades para hacer efectiva la fianza; b) debe tener bienes raíces conocidos o gozar de un crédito indisputable de fortuna (art. citado). La apreciación de este buen crédito queda librado al prudente arbitrio judicial.

Se comprende que estas condiciones sólo rigen respecto de la fianza cuya aceptación corresponde al juez y no al acreedor interesado; ellas constituyen una garantía para el acreedor de cuyo consentimiento se prescinde y que es, sin embargo, el interesado en la fianza. Pero si el propio acreedor presta el consentimiento al fiador ofrecido, entonces puede prescindirse de estos requisitos aunque la fianza sea legal o judicial.

1110/1866

1866. DEUDOR QUE CAYERE EN INSOLVENCIA O MUDASE SU DOMICILIO.— En las obligaciones a plazo o de tracto sucesivo, el acreedor que no exigió fianza al celebrarse el contrato podrá exigirla si después de celebrarlo, el deudor se hiciera insolvente o trasladase su domicilio a otra provincia (art. 2002 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2002). Se trata de una hipótesis de fianza legal, no convencional, porque en definitiva si las partes no se ponen de acuerdo sobre el fiador, es al juez al que corresponde aceptarlo, para lo cual debe exigir que reúna las condiciones del art. 1998 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1998. Y también podrán los jueces admitir garantías reales suficientes en sustitución de la fianza (art. 2000 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2000).

¿Qué ocurre si no obstante estar encuadrado en el supuesto del art. 2002 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2002, el deudor se niega a prestar fianzas? Tal negativa produce todos los efectos normales del incumplimiento de las obligaciones propias del deudor: derecho a oponer la excepción non adimpleti contractus y, en su caso, a pedir la resolución.
C.— FIANZA CIVIL Y COMERCIAL

1110/1867

1867. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN.— La fianza será civil o comercial según lo sea la obligación principal (art. 478 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_2637_7.HTM&iid=AR_LA001 - Art_478, Cód. de Com.). Es una aplicación del principio de que lo accesorio tiene la naturaleza jurídica de lo principal.

La distinción es importante porque la fianza comercial tiene siempre carácter solidario, de tal modo que el fiador no cuenta con los beneficios de excusión y división (art. 480 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_2637_7.HTM&iid=AR_LA001 - Art_480, Cód. de Com.), si bien tiene siempre derecho a señalar bienes del deudor para que se embarguen ellos en primer término.

§ 4.— Efectos de la fianza

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014490 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014490

1110/14490

A.— ENTRE FIADOR Y ACREEDOR

1110/1868

1868. OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL FIADOR.— El fiador desempeña el papel de garante del deudor principal; si éste no cumple, él deberá hacerlo. Por cumplimiento debe entenderse hacer efectiva la obligación en el modo, lugar y tiempo convenido. Si, por consiguiente, el deudor principal pretendiese hacerlo de un modo, tiempo o lugar distinto del convenido, el fiador es responsable (ver nota 1).

Pero su obligación tiene carácter accesorio y subsidiario; por ello, cuenta con los siguientes recursos: a) podrá exigir que previamente el acreedor dirija su acción contra el obligado principal y tiene derecho a intervenir en ese juicio; b) si los fiadores son varios, sólo está obligado a pagar su parte, como si se tratara de una obligación simplemente mancomunada; c) puede oponer todas las excepciones que podría oponer el deudor principal. Nos

ocuparemos de estos recursos en los números siguientes.

En principio, el fiador está obligado en la misma forma que el deudor principal, es decir, en especie; pero podrá limitarse al pago de los daños y perjuicios cuando la obligación principal consista en la entrega de un cuerpo cierto o en un hecho personal del deudor (sobre este tema véase nº 1849). Si la obligación impuesta al deudor tuviera carácter alternativo y la elección correspondiera al deudor, el fiador extingue la obligación principal entregando al acreedor cualquiera de los objetos que éste está obligado a aceptar (ver nota 2); pero si con la elección perjudica al deudor (por ej., eligiendo la cosa más valiosa) se hace responsable ante él (que es quien tenía el derecho de elección) y ese perjuicio se tendrá en cuenta en el momento en que el fiador intente la acción de repetición (ver nota 3). Si el fiador lo es de varias obligaciones del mismo deudor para el mismo acreedor, tiene derecho a elegir la obligación a la cual debe imputarse el pago (ver nota 4).

En cuanto a la extensión y límites de las obligaciones del fiador, véase números 1853 y siguientes.

1110/1869

1869.— El acreedor tendrá contra el fiador acción ordinaria o ejecutiva, según su título (ver nota 5).

El fiador debe ser constituido en mora (ver nota 6); no puede prescindirse de esta exigencia aunque el deudor principal haya sido interpelado y se haya hecho excusión de sus bienes (ver nota 7); mientras no se cumpla con este requisito, la demanda contra el fiador es improcedente. Esta solución se explica porque el fiador no es el obligado principal, de modo que mientras el acreedor no decida dirigir contra él su pretensión, no tiene por qué adelantarse a pagar. Pero la falta de interpelación no impide que el fiador deba intereses desde que los debe el deudor principal, ya que éste está obligado por los accesorios (arg. art. 1997 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1997).

1110/15300

1869 bis. CONCURSO DEL DEUDOR.— El art. 55 <>de la ley 24522, establece que el concurso preventivo importa en todos los casos la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso, pero esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios.

Se ha criticado la última parte de este artículo, sosteniendo que el efecto típico de la novación es la extinción de la obligación principal, con sus accesorios y las obligaciones accesorias (art. 803 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_22.HTM&iid=AR_LA001 - Art_803, Cód. Civ.) (ver nota 8).

Por nuestra parte, pensamos que la solución legal es justa, pues la fianza se otorga precisamente teniendo en mira la posible insolvencia del deudor y no parece razonable que ocurrida dicha insolvencia, el acreedor se vea perjudicado por un acuerdo en el que no ha sido parte. Y si bien es verdad que la novación produce la extinción de todas las obligaciones accesorias (una de las cuales es la fianza), bien ha podido la ley establecer una excepción que se adecua mejor a la intención de las partes y a la idea de justicia (ver nota 9). Es además, una solución coherente con lo dispuesto por el art. 2013 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2013, inc. 5º, para el caso de quiebra.

(nota 1) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 189, II, 5.

(nota 2) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 189, nota 16.

(nota 3) Autores y loc. cit. en nota anterior.

(nota 4) Autores y loc. cit. en nota anterior.

(nota 5) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1020.

(nota 6) C. Paz, Sala IV, 13/2/1939, G.P. diario del 26/11/1940.

(nota 7) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2023.

(nota 8) TEPLITZCHI, Efectos del acuerdo homologado frente al fiador del deudor, L.L., diario del 25/1/1996.

(nota 9) De acuerdo: VIEDMA, El concurso del deudor afianzado, L.L., diario del 18/1/1996. Fue también la solución adoptada antes de la vigencia de la ley 24522 por la C. Fed C. y C. Cap., 9/8/1994, L.L., 1995-C, p. 500.

1.— Beneficio de excusión

1870. CONCEPTO Y EFECTOS.— Se llama beneficio de excusión al derecho que tiene el fiador de oponerse a hacer efectiva la fianza en tanto el acreedor no haya ejecutado todos los bienes del deudor (art. 2012

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2012). Este derecho encuentra su justificación en la razón de ser de la fianza, que consiste en proporcionar al acreedor más firmes perspectivas de satisfacción de su crédito contra el deudor principal, pero sin desplazar definitivamente a este último de su obligación (ver nota 1).

La excusión (o ejecución) de todos los bienes del deudor no tiene el carácter de una condición previa ineludible para el acreedor. Él puede iniciar su acción directamente contra el fiador sin necesidad de demostrar que previamente se dirigió contra el deudor principal; pero se expone a que el fiador paralice su acción invocando este beneficio, que funciona como excepción dilatoria (ver nota 2), y que debe oponerse en la oportunidad que las leyes procesales señalen para dichas excepciones dilatorias o cuanto más al contestar la demanda (ver nota 3). Pasada esta oportunidad ha de entenderse que el fiador ha renunciado al beneficio de excusión (ver nota 4), a menos que demuestre que el deudor principal ha adquirido bienes con posterioridad, porque en tal supuesto la falta de planteamiento del beneficio no podría ser interpretada como renuncia tácita (ver nota 5).

A diferencia de lo que exigen casi todas las legislaciones extranjeras (ver nota 6), el fiador puede oponer el beneficio de excusión sin necesidad de indicar los bienes del deudor que pueden ser embargados. Opuesta esta excepción, el acreedor debe demostrar no sólo que ha demandado al deudor principal, sino también que ha seguido todos los debidos procedimientos judiciales para ejecutar y vender sus bienes, y que tales procedimientos han resultado infructuosos, sea total o parcialmente. Pero si no existen en los registros públicos bienes a nombre del deudor principal, al acreedor le bastará con acreditar dicha circunstancia y con probar que ha interpelado infructuosamente al deudor (ver nota 7); todavía el fiador podría oponerse al progreso de la acción denunciando la existencia de otros bienes del deudor (ver nota 8); siempre que ellos estén en condiciones de ser objeto de un inmediato y fácil embargo (ver nota 9), lo que no ocurriría si están hipotecados o embargados, o si de discute su propiedad o si están en jurisdicción extraña (véase arts. 2013 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2013y 2014 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2014).

1110/1871

1871.— Opuesto el beneficio de excusión, el acreedor deberá proceder contra los bienes del deudor principal. Si la venta de los bienes del deudor principal no alcanzare a cubrir todo el crédito, el acreedor no podría negarse a aceptar dicha suma so pretexto de que se trata de un pago parcial y sólo podrá reclamar del fiador el saldo que todavía quedare por cubrir (art. 2017 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2017).

1110/1872

1872.— El fiador que ha opuesto el beneficio de excusión se encuentra en la situación de quien ha contraído una obligación condicional, no exigible. Por consiguiente, el acreedor no podría hacer valer una compensación de esa obligación con un crédito que por otra causa tuviere el fiador contra él y que fuera inmediatamente exigible; y si hubiera embargado al fiador, la invocación del beneficio de excusión permite al fiador pedir el levantamiento del embargo, a menos que el acreedor demuestre sumariamente que el fiador trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes o que justifique del mismo modo que por cualquier causa ha disminuido notablemente la responsabilidad del fiador (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 1080).

1110/1873

1873. SUPUESTO DEL ACREEDOR NEGLIGENTE.— Si el acreedor es remiso o negligente en la excusión y el deudor cae entretanto en insolvencia, cesa la responsabilidad del fiador (art. 2018 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2018). La solución es equitativa, porque si el acreedor hubiera puesto en el negocio la debida diligencia, habría podido cobrar su crédito del deudor. No sería justo que su pasividad perjudicara al fiador.

Para que cese la responsabilidad del fiador debe mediar negligencia. No bastaría una demora razonable, de acuerdo con las circunstancias, para hacer caducar la fianza.

1110/1874

1874.— Pero la ley confiere al fiador otro recurso más para defenderlo contra la inacción del acreedor. Desde que la deuda principal se ha hecho exigible, puede intimar al acreedor para que proceda contra el deudor y cesará su responsabilidad por la insolvencia sobrevenida durante el retardo (art. 2015 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2015). Aquí ni siquiera será necesario demostrar la negligencia del acreedor; basta con que no haya iniciado la ejecución inmediatamente después del requerimiento del fiador y con que durante esa demora sobrevenga la insolvencia del deudor principal. El acreedor sólo podría impedir este efecto probando que su demora obedeció a una causa de fuerza mayor (ver nota 10).

1110/1875

1875. SUPUESTO DE DEUDORES PRINCIPALES SOLIDARIOS.— Cuando varios deudores principales se han obligado solidariamente y uno solo de ellos ha dado fianzas, el fiador no sólo tendrá derecho a que se excutan previamente los bienes del afianzado, sino también los de todos los otros codeudores (art. 2016 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_2016). Es otra consecuencia del carácter subsidiario de la fianza. Sólo cuando los deudores principales no han pagado, puede el acreedor dirigir su acción contra el fiador.

1110/1876

1876. FIADOR DEL FIADOR.— Si el fiador hubiera dado a su vez otro fiador en garantía de sus obligaciones de afianzamiento, este último goza del beneficio de excusión respecto del deudor principal y del primer fiador (art. 2019 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2019). Es decir, el acreedor deberá ejecutar en primer término al deudor principal, luego al primer fiador y recién entonces estará en condiciones de dirigir su acción contra el segundo.

1110/1877

1877. CASOS EN QUE EL FIADOR CARECE DEL BENEFICIO DE EXCUSIÓN.— No podrá el fiador oponer el beneficio de excusión en los siguientes casos:

a) Cuando renunció expresamente a este beneficio (art. 2013 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2013, inc. 1º).

b) Cuando la fianza fuese solidaria (art. 2013 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2013, inc. 2º).

c) Cuando se obligó como principal pagador (art. 2013 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2013, inc. 3º).

d) Cuando como heredero sucedió al principal deudor (art. 2013 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2013, inc. 4º), porque entonces ocupa el lugar del obligado principal.

e) Si el deudor hubiese quebrado (art. 2013 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2013, inc. 5º). La falencia sea civil o comercial, demuestra el estado de insolvencia del obligado principal, que es precisamente la eventualidad contra la cual protege la fianza. No se necesita más para que la acción del acreedor contra el fiador quede expedita. Podría aducirse quizá que la quiebra no es sino un procedimiento de ejecución colectiva, que de él puede resultar un pago parcial de la deuda y que según los principios propios del beneficio de excusión, el acreedor sólo debería tener acción por el saldo contra el deudor (art. 2017 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2017). Pero la solución del art. 2013 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_2013, inc. 5º se justifica porque la quiebra importa generalmente un procedimiento largo y engorroso, cuya activación escapa a las posibilidades del acreedor, y que, por lo común, termina en que los acreedores cobran muy poco o nada. Es justo, por tanto, que declarada la quiebra deje de funcionar el beneficio de excusión, sin perjuicio del derecho del fiador, que ha pagado, de hacer valer su crédito contra el fallido en la quiebra.

f) Cuando el deudor se hallare ausente de su domicilio al cumplirse la obligación (art. 2013 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2013, inc. 5º). No basta la simple ausencia, mientras ella no cree dificultades al cobro del crédito (nota de VÉLEZ al art. 2013 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2013); es menester una ausencia calificada que obligue a designarle curador, como ocurre cuando no se tienen noticias de él.

g) Cuando el deudor no puede ser demandado judicialmente dentro de la República (art. 2013 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2013, inc. 6º), porque la ejecución de sus bienes presenta en este caso graves dificultades y dilaciones.

h) Cuando la obligación afianzada fuere puramente natural (art. 2013 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2013, inc. 7º), porque en tal caso el acreedor no podría ejecutar los bienes del obligado principal, ya que no tiene acción contra él.

i) Cuando la fianza fuere judicial (art. 2013 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2013, inc. 8º).

j) Cuando el acreedor fuere la hacienda nacional o provincial (art. 2013 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2013, inc. 9º). Sobre este privilegio véase número 1861, c).

k) Cuando los bienes del deudor se hallasen fuera del territorio de la provincia o de la Capital de la República donde el juez ejerza su jurisdicción (art. 2014 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2014). La ley se refiere al juez competente para entender en el juicio seguido por el fiador contra el deudor principal. No se justifica esta disposición en nuestros días, porque la ejecución de los bienes ubicados en una provincia distinta, no presenta prácticamente muchas mayores dificultades que la de los bienes ubicados en la misma jurisdicción.

1) Si los bienes del deudor hubieren sido embargados por otro acreedor (art. 2014 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2014), porque esto crea inseguridad en el cobro de la deuda. Parece lógico asimilar a este caso el de los bienes hipotecados o prendados, porque como en el supuesto del embargo, el acreedor se verá postergado por otro crédito anterior que hace inseguro su cobro.

m) Si el cobro del crédito dependiera de alguna manera de otro juicios (art. 2014 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2014), porque también esto crea incertidumbre sobre la posibilidad de hacer efectiva la ejecución. La circunstacia de que el inmueble se encuentre indiviso, ¿hace perder al fiador el beneficio de excusión? No lo creemos, porque en ese caso la ejecución no depende de otro juicio previo, ya que puede venderse la parte indivisa del deudor (ver nota 11).

(nota 1) LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 456.

(nota 2) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2037; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1021; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1535; CASTÁN TOBEÑAS, p. 683; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 491.

(nota 3) Éste es el sistema seguido por los códigos brasileño, art. 1491; mexicano, art. 2817 y venezolano, art. 1816.

(nota 4) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1535; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, núms. 1045 y 1024.

(nota 5) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1535; AUBRY y RAU, § 426; GUILLOUARD, nº 131; PONT, t. 2, nº 171; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, p. 682. nota 1, quien cita la opinión concordante de MANRESA. En contra: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1045.

(nota 6) Exigen que el fiador denuncie los bienes que pueden embargarse: Cód. Civil francés, art. 2023; italiano, art. 1944; español, art. 1832; brasileño, art. 1491; peruano, art. 1780; venezolano, art. 2817; chileno, art. 2538. No contienen esta exigencia los códigos alemán, art. 770 ni el suizo, art. 501.

(nota 7) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2038; MACHADO, t. 5, p. 366; LLERENA, t. 6, p. 282.

(nota 8) Autores y loc. cit. en nota anterior.

(nota 9) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1535.

(nota 10) Algunos autores sostienen que los arts. 2015 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2015y 2018 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2018obedecen a un mismo pensamiento y que bien podría suprimirse el primero (ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2046, nota 65 c), quien cita las opiniones concordantes de SEGOVIA, t. 1, p. 546, nota 55 y de LAFAILLE, t. 3, nº 235). Aunque es indudable que ambos están ubicados en un mismo orden de ideas, no por ello creemos que las situaciones previstas sean iguales. Para que funcione la caducidad del art. 2018 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2018es necesario que se demuestre la negligencia del acreedor; el juez no admitirá que la hay sino cuando ella es evidente, pero no si la demora es razonable o está en las costumbres de los negocios. Así, por ejemplo, si la deuda ha vencido el 1º de enero de 1997, no habrá negligencia que haga perder el derecho al acreedor si inició la demanda dos meses más tarde, porque ese lapso es una tolerancia habitual antes de iniciar un juicio. De tal modo que si en ese lapso se produce la insolvencia del deudor principal, ningún juez liberaría al fiador. Pero si pasadas 24 o 48 horas del vencimiento, el fiador requiere al acreedor principal la iniciación inmediata de la ejecución, cualquier ulterior demora que no obedezca a fuerza mayor pone a cargo del acreedor el riesgo de la insolvencia.

(nota 11) En contra: PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1535; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1033.

2.— Beneficio de división

1878. CONCEPTO Y EFECTOS.— Si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda, ésta se entenderá dividida entre ellos por partes iguales aplicándoseles el régimen de las obligaciones simplemente mancomunadas (art. 2024 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2024). No hay inconveniente, empero, en que los fiadores convengan con el acreedor una proporción distinta (ver nota 1) aunque renuncien al beneficio de división al constituirse la fianza (ver nota 2). La renuncia al beneficio de división no importa convertir en solidaria la fianza, de tal modo que los fiadores conservan el beneficio de excusión; pero la fianza solidaria, ya se ha dicho (nº 1860), importa la renuncia de ambos beneficios.

La división sólo procede entre los distintos fiadores de un mismo deudor; de tal modo que si hay varios deudores solidarios, cada uno con un fiador distinto y personal, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de ellos por el todo.

1110/1879

1879.— El beneficio de división no funciona de pleno derecho; el fiador interesado debe

oponerlo cuando se le reclame más de lo que le corresponde (ver nota 3). Pero a diferencia de lo que ocurre con el beneficio de excusión, puede ser opuesto en cualquier estado del pleito (ver nota 4).

1110/1880

1880.— ¿Qué ocurre si uno de los cofiadores cayera en insolvencia? ¿Los restantes fiadores deben cargar proporcionalmente con su parte, o por el contrario, dicha insolvencia perjudica solamente al acreedor? En nuestro derecho positivo, esta discutida cuestión está resuelta en favor de los cofiadores, quienes no están obligados a pagar la parte del deudor insolvente (ver nota 5) (art. 677 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_19.HTM&iid=AR_LA001 - Art_677).

1110/1881

1881.— Distinta sería la solución si la fianza fuere nula respecto de uno de los fiadores; en tal caso sólo resta la que han prestado los demás, entre quienes debe dividirse la totalidad de la deuda (ver nota 6).

(nota 1) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2050; MACHADO, t. 5, p. 379.

(nota 2) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2049.

(nota 3) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1536; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1063; AUBRY y RAU, § 426; GUILLOUARD, nº 151; PONT, t. 2, nº 198.

(nota 4) Autores y loc. cit. en nota anterior. En cambio la doctrina española se inclina a sostener que debe ser opuesto en la misma oportunidad del beneficio de excusión, o sea, al oponer excepciones o contestar la demanda: PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 494; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, p. 683 in fine.

(nota 5) Así lo dice VÉLEZ en la nota al art. 2024; de acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2051; LLERENA, t. 6, p. 293. Distinta es la solución del Código francés, art. 2026, según el cual solamente después de la división de la deuda el fiador que la obtiene deja de ser responsable por los demás.

(nota 6) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2052; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1058.

3.— Excepciones que puede oponer el fiador.

1882. PRINCIPIO.— El fiador puede oponer todas las excepciones propias o personales y todas las que podría oponer el deudor principal, con la sola salvedad de las que se funden en la incapacidad de hecho de éste (art. 2020 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2020).

Más aún: la renuncia que el deudor principal hiciere de las excepciones de que puede valerse, tales como la prescripción de la deuda, la nulidad o rescisión de la obligación o, en fin, toda otra causa de liberación, no impide al fiador oponerlas (art. 2022 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2022). Igualmente ineficaz respecto del fiador sería la renuncia del deudor al plazo que le reconoce el contrato.

De una manera más general puede decirse que el deudor no puede agravar por un hecho suyo las obligaciones del fiador. Por lo tanto, si cayera en quiebra y por tal motivo caducara el plazo de que goza el deudor, el plazo sigue en vigencia respecto del fiador (ver nota 1). Pero si el fiador hubiera garantizado el cumplimiento en tiempo oportuno y como consecuencia de su incumplimiento caducan los plazos, esta caducidad perjudica al fiador (ver nota 2). En cambio se beneficia con las ventajas que haya obtenido el deudor, tales como un nuevo plazo, una remisión parcial de deuda (ver nota 3). Este beneficio corresponde tanto al fiador simple como al solidario.

1110/1883

1883.— En cuanto a la prescripción, si ya está cumplida, la renuncia expresa o tácita del deudor a sus beneficios no perjudica al fiador. En cambio, si todavía no estuviera cumplida, los actos del deudor que la interrumpen son oponibles al fiador. No hay incongruencia en sostenerlo así. Mientras la prescripción no se ha operado, el acreedor no tiene necesidad de interrumpirla si ya lo ha hecho el deudor. Si, por ejemplo, media reconocimiento espontáneo de éste, no se explicaría que el acreedor fuera obligado a demandarlo para mantener sus derechos contra el fiador.

1110/1884

1884. INTERVENCIÓN EN EL JUICIO ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR.— Para asegurar el derecho de oponer las excepciones que corresponden al deudor, como también para permitirle el contralor de la forma en que el deudor se defiende en el pleito, la ley reconoce el derecho de intervenir en éste (art. 2023 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2023). En tal caso, puede actuar en calidad de codemandado.

Pero si no hubiere sido notificado de la demanda, la sentencia pronunciada contra el deudor

principal no priva al fiador del derecho de alegar todas las excepciones correspondientes al deudor (art. 2023 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2023), porque no siendo parte en el juicio, la sentencia no hace cosa juzgada contra él.

(nota 1) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1014; GUILLOUARD, nº 111; DEMOLOMBE, t. 25, nº 707. En contra: AUBRY y RAU, § 303.

(nota 2) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1534.

(nota 3) De acuerdo: PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1534.

4.— Fiador solidario y principal pagador.

1885. REMISIÓN.— En los párrafos anteriores hemos tratado de la condición jurídica del fiador simple. El fiador solidario, en cambio, no goza de los beneficios de división y excusión, pero sí de los restantes derechos del fiador simple. El fiador principal pagador se encuentra en la situación del obligado solidariamente. Hemos tratado el punto en los números 1860 y siguientes, a los que remitimos.

B.— RELACIONES ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR

1.— Derechos anteriores al pago

1110/1886

1886. ENUMERACIÓN Y CONDICIONES DE EJERCICIO.— En principio, las obligaciones del deudor para con el fiador comienzan recién cuando éste ha pagado su deuda y él debe reintegrarle lo que ha pagado. Pero la ley confiere ciertos recursos al fiador aun antes del pago: tiene derecho, en ciertas situaciones, a ser exonerado de la fianza y, si el deudor quiebra, puede pedir se lo admita preventivamente en el pasivo de la masa.

1110/1887

1887. a) Exoneración de la fianza luego de transcurridos cinco años.— Transcurridos cinco años desde que la fianza se otorgó, el fiador puede pedir al deudor lo exonere de ella, siempre que la obligación principal fuere de tiempo indeterminado (art. 2025 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2025). Si, por el contrario, tuviere plazo determinado, sea expreso o derivado de la naturaleza de la obligación (art. citado), no podrá el fiador pedir la exoneración, pues desde

el primer momento sabía cuál era dicho plazo, de modo que no tiene motivo de queja. Tampoco podrá pedir la exoneración el fiador si la fianza fuera onerosa (ver nota 1), pues la exoneración es un beneficio que la ley concede en atención de la gratuidad de la prestación del fiador, pero no se explicaría si fuera la consecuencia de un contrato oneroso.

1110/1888

1888.— Dice el codificador en su nota al art. 2025 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2025, que tampoco habrá lugar a la exoneración cuando el acreedor en el contrato exigió la fianza de determinada persona y el fiador afianzó la obligación conociendo que se exigía su fianza. Es un evidente error de concepto. En la fianza convencional es exactamente igual que el acreedor acepte el fiador que se le propone o que exija un determinado fiador; en ambos casos él presta su consentimiento al contrato teniendo en mira la garantía que significa dicho fiador. Por lo demás, el contrato de fianza se celebra entre el fiador y el acreedor, de tal modo que no sería concebible que por una acción dirigida contra el deudor quedase privado el acreedor del fiador que él aceptó y con el cual él ha contratado. En la fianza convencional, por consiguiente, jamás puede prescindirse de la voluntad del acreedor para exonerar de la fianza al fiador (ver nota 2).

1110/1889

1889.— La acción por exoneración de la fianza debe ser dirigida contra el deudor. Corre a cargo de éste conseguir otro fiador que lo sustituya y que sea aceptado por el acreedor. Si no obstante la demanda por exoneración, el deudor no propusiera otro fiador o si el acreedor no aceptara los que él propone, la fianza sigue vigente, pero el fiador puede exigir garantías suficientes (reales o personales) para el caso de que tenga que hacer frente a las obligaciones derivadas de la fianza (ver nota 3); y si tampoco logra esto, podrá embargar al deudor hasta una suma suficiente para cubrir su fianza (arg. art. 2026 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2026). Si el importe de la fianza fuera indeterminado, el monto del embargo deberá ser fijado prudencialmente por el juez (ver nota 4).

1110/1890

1890.— El consentimiento del acreedor no será necesario para exonerar al fiador si la fianza fuere legal o judicial; en tales supuestos, basta que el juez repute suficiente la nueva garantía ofrecida.

1110/1891

1891. b) Exoneración por embargo u otros motivos.— El fiador puede pedir el embargo de los bienes del deudor o la exoneración de la fianza en los siguientes casos: 1) si fuese

judicialmente demandado para el pago; 2) si vencida la deuda el deudor no la pagase; 3) si disipase sus bienes o si emprendiese negocios peligrosos o los diese en seguridad de otras obligaciones; 4) si quisiere ausentarse del territorio de la República, no dejando bienes raíces suficientes y libres para el pago de la deuda (art. 2026 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2026).

A diferencia del caso tratado en los números anteriores (en el que el fiador sólo puede pedir la exoneración de la fianza y sólo en caso de no ser exonerado puede embargar) en los que ahora tratamos el fiador puede optar entre embargar al deudor o pedirle que lo exonere de la fianza. Con respecto a la exoneración, cabe reproducir aquí lo que dijéramos en los números 1888-1890 respecto del consentimiento del acreedor afianzado.

1110/1892

1892.— Pero el derecho de pedir la exoneración o el embargo en los supuestos del art. 2026 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2026no podrá ser invocado por el fiador que se obligó contra la voluntad expresa del deudor (art. 2027 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2027). ¿Qué decidir si se hubiera obligado ignorándolo el deudor? Pensamos que no se da entonces el supuesto muy peculiar que según el art. 2027 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2027priva de este beneficio al fiador y el caso cae dentro de las prescripciones generales del art. 2026 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2026(ver nota 5); solución justa, pues no hay que olvidar que (salvo raras excepciones) la fianza es un acto gratuito y que, por consiguiente, la situación del fiador debe ser mirada con favor.

1110/1893

1893. c) Quiebra del deudor.— Si el deudor quebrase antes de pagar la obligación afianzada, el fiador tiene derecho para ser admitido preventivamente en el pasivo de la masa concursada (art. 2028 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2028). No importa que haya vencido o no el plazo de la obligación principal porque la falencia provoca la caducidad de los plazos. El fiador tiene derecho a que se le verifique previamente su crédito, es decir, aun antes de haber pagado la deuda al acreedor. Pero si éste se hubiera presentado personalmente, no podrá hacerlo ya el fiador (ver nota 6), pues no se concebiría la concurrencia de créditos que tienen la misma causa.

2.— Derechos posteriores al pago

1110/1894

1894. SUBROGACIÓN EN LOS DERECHOS DEL ACREEDOR.— El fiador que pagase la deuda afianzada queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías anteriores y posteriores a la fianza del acreedor contra el deudor, sin necesidad de cesión alguna (art. 2029 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2029). No hay en ello sino una aplicación de los principios del pago por otro (arts. 768 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_21.HTM&iid=AR_LA001 - Art_768y 771 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_21.HTM&iid=AR_LA001 - Art_771). La subrogación en los privilegios y garantías del crédito tiene carácter amplísimo; el fiador que paga se subroga incluso en los privilegios que son propios del Fisco nacional y provincial (art. 2029 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2029) (ver nota 7).

La subrogación tiene lugar aunque el fiador se hubiere obligado en contra de la voluntad del deudor (art. citado).

Debe asimilarse al pago la liberación obtenida por otros medios tales como la compensación, la asunción de deuda por novación, etcétera (ver nota 8), porque también en estos casos el fiador ha sufrido un desprendimiento patrimonial.

1110/1895

1895.— El fiador subrogado en los derechos del acreedor, puede exigir del deudor: 1) todo lo que hubiese pagado por capital, intereses y costas; 2) los intereses legales sobre la suma que él haya debido pagar, desde el momento del pago; es decir, sin necesidad de interpelación, porque la mora se produce ipso iure (ver nota 9); 3) finalmente, podrá reclamarle la indemnización de todo perjuicio que le haya sobrevenido al fiador como consecuencia de la fianza prestada, a menos que el daño se haya ocasionado por su propia culpa (ver nota 10).

El fiador podrá presentarse con su crédito en el concurso o quiebra del deudor; si se tratare de una fianza parcial, como consecuencia de la cual el fiador hubiere pagado parcialmente la deuda, pueden presentarse en la quiebra simultáneamente el fiador y el acreedor, el primero por lo que pagó, el segundo por lo que le resta cobrar (ver nota 11).

1110/1896

1896. PAGO POR EL FIADOR CUANDO EL DEUDOR PRINCIPAL ES INCAPAZ.— Si el fiador se ha constituido garante de la obligación contraída por un menor, la repetición contra éste sólo será viable en los límites del beneficio que ha recibido (ver nota 12).

1110/1897

1897. PAGO ANTICIPADO POR EL FIADOR.— Si el fiador paga antes del vencimiento de la deuda sólo podrá cobrarla del deudor después de dicho vencimiento (art. 2031 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2031). Es una solución justa, porque su apresuramiento, al que nada lo obliga, no tiene por qué perjudicar al deudor principal.

1110/1898

1898. PAGO HECHO POR EL FIADOR DE CODEUDORES SOLIDARIOS.— El que ha afianzado a varios deudores solidarios, puede repetir de cada uno de ellos la totalidad de lo que hubiere pagado (art. 2032 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2032). Hasta aquí la solución es clara. Pero supongamos que el fiador lo sea de uno solo de los deudores solidarios y que haya pagado el total. El caso ha dado lugar a una célebre cuestión en el derecho francés (ver nota 13), que nuestro Código ha resuelto con un texto expreso: el fiador tiene acción por el total contra el codeudor que ha afianzado, pero sólo puede reclamar de los restantes la parte que a cada uno le corresponda en la deuda (art. 2032 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2032). Así, por ejemplo, si la deuda pagada es de $ 600.000 y los deudores son tres, el fiador podrá dirigirse por $ 600.000 contra el deudor que él afianzó, pero sólo por $ 200.000 contra los restantes. La solución no resulta congruente con el principio de que el fiador se subroga en los derechos del acreedor, quien puede dirigirse por el total contra cualquiera de los acreedores.

1110/1899

1899. PAGO HECHO POR EL FIADOR SIN CONOCIMIENTO DEL DEUDOR.— Es una medida de elemental prudencia que el fiador ponga en conocimiento del deudor el pago de la deuda que se propone realizar; ello evita el riesgo de que también el deudor la pague o que el pago sea improcedente porque el deudor tenía excepciones que oponer. Si no lo hace, su conducta imprudente no puede perjudicar al deudor. Consecuencia de esto son las reglas que el Código establece en los arts. 2033 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2033y siguientes:

a) Si el fiador hiciere el pago sin conocimiento (ver nota 14) del deudor y debido a esta ignorancia, éste también pagase la deuda, el fiador no tendrá acción contra el deudor, aunque naturalmente la tiene contra el acreedor que ha recibido dos veces el pago (art. 2033 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2033).

b) Si el fiador paga sin conocimiento del deudor, éste podrá hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor (art. 2033 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2033). En el mismo orden de ideas establece el art. 2035 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2035que cuando el fiador ha pagado sin haber sido demandado y sin dar conocimiento al deudor, no podrá repetir lo pagado si el deudor probase que tenía excepciones que extinguían la deuda. Algunos autores sostienen que la aplicación de este artículo exige dos condiciones: que el fiador pague sin haber sido demandado y sin dar conocimiento al deudor; por consiguiente, si el fiador no paga espontáneamente sino después de que se le ha entablado la acción judicial, tiene acción contra el deudor aunque éste tuviera excepciones que extinguen la deuda (ver nota 15). Pero esta interpretación contraría el texto expreso del art. 2033 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2033, según el cual siempre que el fiador pague sin conocimiento del deudor, éste podrá oponerle todas las defensas que hubiera podido oponer al acreedor (ver nota 16). Es la solución razonable, pues no sería justo que el deudor se perjudicase como consecuencia de la conducta imprudente del fiador que pagó sin tomar la precaución de averiguar si había excepciones que oponer.

Es claro que el fiador pierde su derecho sólo si hay perjuicio para el deudor en el pago que ha hecho (art. 2036 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2036); si por el contrario no lo hubiera (como ocurre en el caso de que no tenga excepciones que oponer) mal podría negarse a restituirle lo que pagó, aunque fuera sin su conocimiento y sin ser demandado (art. citado).

1110/1900

1900. NEGLIGENCIA DEL FIADOR.— Otro supuesto de grave negligencia del fiador es no haber opuesto las excepciones que sabía tenía el deudor contra el acreedor o no producir las pruebas o no interponer los recursos que podrían destruir la acción del acreedor; en ninguno de estos casos podrá exigir del deudor el reembolso de lo que hubiere pagado (art. 2034 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2034).

Aquí no se trata como en el caso anterior, de ignorancia del pago por el deudor principal. En este caso, esa ignorancia es indiferente. Basta que el fiador, que conocía la existencia de las excepciones, no las opusiera. Naturalmente, el fiador no incurre en negligencia si la excepción del deudor se funda en su incapacidad, pues esta defensa no es oponible por el fiador (art. 2020 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2020) (ver nota 17).

(nota 1) VÉLEZ SARSFIELD, nota al art. 2025.

(nota 2) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2061; MARTÍNEZ RUIZ, El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo, t. 10, p. 412 (cit. por CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, p. 685, nota 1). Compárese la opinión de CASTÁN, loc. cit. y de PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 495.

(nota 3) De acuerdo: PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1543; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1098.

(nota 4) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1102.

(nota 5) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2067, nota 76 d); BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1106; GUILLOUARD, nº 209.

(nota 6) De acuerdo: FREITAS, art. 3346; MACHADO, t. 5, p. 391; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2068, nota 76 e); PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1543; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1100.

(nota 7) Según una doctrina que cuenta con el apoyo de la mayor parte de los autores, el fiador contaría con dos acciones: una directa nacida según algunos del mandato o la gestión de negocios (BAUDRY LACANTINERIE, nº 1078; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, núms. 1540 y sigs.; AUBRY y RAU, § 427), según otros de la misma fianza (CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, p. 685), y otra nacida de la subrogación en los derechos del acreedor (además de los autores citados, véase SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2058; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 496). No estamos de acuerdo con este punto de vista y pensamos que el fiador no tiene otra acción que la subrogatoria (de acuerdo: PUIG BRUTAU, t. 2, vol. 2, p. 552; MANRESA y VALVERDE, cit. por CASTÁN TOBEÑAS, loc. cit.). La pretendida acción directa no puede tener su origen en el mandato ni en la gestión de negocios, porque la fianza es válida aun cuando se celebre en contra de la voluntad del deudor, lo que no se compagina con aquellos contratos; tampoco puede nacer de la fianza, porque es un contrato celebrado entre fiador y acreedor al que el deudor es ajeno, tan ajeno que puede concertarse aun en contra de su voluntad. Por lo demás, la acción subrogatoria protege más enérgicamente al fiador, de tal modo que aún admitiendo esta dualidad, en la práctica no sería concebible que se utilizara otra acción que ésta. Agregaremos que PLANIOL - RIPERT - SAVATIER mencionan tres casos en que la acción directa tendría ventajas para el fiador; dos no juegan en nuestro derecho positivo, porque de ellas goza el subrogado. La tercera consiste en que si la prescripción de la acción principal está a punto de cumplirse, le interesa ejercer la otra que nace el día del pago (t. 11, nº 1541). Se hace difícil comprender

la idea. Se trata del supuesto de que el fiador haya pagado por el deudor. Si lo hace por demanda del acreedor, la acción de éste habrá interrumpido la prescripción. Si paga espontáneamente y lo hace sobre el borde de la prescripción (hipótesis que muy difícilmente ocurrirá en la práctica porque lo normal será que el fiador deje transcurrir el término), el fiador tiene instantáneamente la acción de subrogación que es mucho más ventajosa para él puesto que goza de todos los privilegios, garantías y fianzas con las que no cuenta la acción directa.

(nota 8) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1088; GUILLOUARD, nº 168; PONT, t. 2, nº 231.

(nota 9) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2073.

(nota 10) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1540.

(nota 11) Autores y loc. cit. en nota anterior.

(nota 12) Así lo dispone expresamente el art. 1950, Cód. Civil italiano.

(nota 13) La solución de nuestro Código era la imperante en la antigua jurisprudencia francesa (véase PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1541), que mereció la aprobación de AUBRY y RAU, § 417 y de BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1135. Hoy la jurisprudencia se inclina en el sentido de que el fiador puede exigir el total de cualquiera de los codeudores solidarios, aun los que no ha afianzado (PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, loc. cit.); de acuerdo: COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 984.

(nota 14) El texto lega; dice sin consentimiento; pero es evidente que lo que interesa no es el consentimiento del deudor, sino su conocimiento de que el fiador se propone pagar (en este sentido, ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2077, nota 83 b); PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1542; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1089). Es claro que si además de conocimiento hay consentimiento del deudor, tanto menos podrá éste negarse a restituir al fiador lo que pagó.

(nota 15) En este sentido: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2080, nota 84 b); MACHADO, t. 5, p. 395.

(nota 16) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2080, parece compartir este punto de vista porque al

señalar las condiciones para negar al fiador la acción de repetición, se limita a mencionar la omisión de la comunicación al deudor del pago que se ha realizado y la existencia de excepciones extintivas, es decir, no hace de la demanda judicial una condición más.

(nota 17) Ésta es la inteligencia que corresponde dar al equívoco texto del art. 2034 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2034cuando se refiere a las excepciones que son personales o suyas propias del deudor. De acuerdo: MACHADO, t. 5, p. 398; LLERENA, t. 6, p. 308, nota al art. 2034.

C.— RELACIONES ENTRE LOS COFIADORES

1110/1901

1901. RECURSO EN CASO DE PAGO.— El cofiador que paga la deuda afianzada, queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del acreedor contra los fiadores para cobrar a cada uno de éstos la parte que le correspondiese (art. 2037 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2037).

¿Qué ocurre si habiendo pagado toda la deuda uno de los cofiadores, otro de ellos cae en insolvencia? De acuerdo con el principio que rige las obligaciones simplemente mancomunadas, la obligación de cada uno de los fiadores es distinta y se limita a la parte respectiva; de tal modo que el que pagó más de lo que debía sólo tiene recurso contra los cofiadores por la parte de cada uno y tendrá que cargar con la del insolvente (ver nota 1).

El problema es más complejo cuando los fiadores son solidarios. Hay que distinguir dos hipótesis: que la solidaridad haya sido establecida entre los cofiadores o que haya sido pactada en las relaciones entre cada uno de los fiadores y el deudor. En el primer caso, no hay dificultades: los cofiadores son deudores solidarios entre sí y por consiguiente es de aplicación el art. 717 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_20.HTM&iid=AR_LA001 - Art_717, según el cual la pérdida originada en la insolvencia de uno de ellos se repartirá entre todos los solventes y el que ha hecho el pago. Pero si la solidaridad sólo se ha establecido en las relaciones entre cada uno de los fiadores y el deudor, la solución no es tan clara. En tal caso no hay vínculo de solidaridad entre los cofiadores, que deben reputarse deudores simplemente mancomunados, lo que conducirá a negar al que ha pagado, acción contra los demás por la parte del insolvente. Pero esta solución no es equitativa. Está bien que un deudor simplemente mancomunado, que ha pagado más de lo que le correspondía, no tenga acción de regreso por la parte del codeudor insolvente contra los restantes codeudores, porque él no estaba obligado a pagar la deuda y si la pagó lo hizo a su propio riesgo y debe soportar las consecuencias. Muy distinta es la situación del cofiador solidario. Él paga el total porque está obligado a hacerlo, de modo que parece equitativo reconocerle acción de contribución contra sus cofiadores por la parte correspondiente al cofiador insolvente, ya que no pudo evitar el pago.

Estas soluciones son aplicables tanto si se ha pagado la totalidad de la deuda como si se ha pagado más de lo que correspondía al pagador, aunque no sea la totalidad (art. 2038 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2038).

1110/1902

1902.— El fiador del fiador, si se produce la insolvencia de éste, queda obligado ante los otros cofiadores en los mismos términos en que lo estaba el insolvente (art. 2041 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2041).

1110/1903

1903. EXCEPCIONES QUE PUEDEN OPONER LOS COFIADORES.— En principio el fiador no tiene acción contra sus cofiadores sino en la medida en que haya realizado un pago útil que libere a los restantes de una obligación válida y exigible. Por consiguiente, éstos podrán oponer al fiador que pagó todas las excepciones que el deudor principal podría oponer al acreedor (art. 2039 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2039), pero no las que fueran puramente personales del fiador que pagó y de las cuales él no quiso valerse (art. 2040 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2040). Ejemplo de este último caso sería el dolo usado por el deudor o el acreedor para inducirlo a prestar su fianza; en tal caso la nulidad de la fianza no podrá ser alegada por los cofiadores que no fueron víctimas del engaño.

1110/1904

1904.— El art. 2039 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2039, luego de disponer que al fiador que hubiese hecho el pago podrán los otros cofiadores oponerle todas las excepciones que el deudor principal podría oponer al acreedor, agrega: pero no las que fuesen meramente personales a éste. La palabra éste parecería referirse al acreedor, pero evidentemente ello no tendría sentido, desde que el acreedor es quien acciona y no quien se excepciona. El texto alude al deudor (ver nota 2) y se refiere a su incapacidad, que no puede ser alegada por los cofiadores para negarse a la acción de contribución (ver nota 3). Era innecesario decirlo, porque la incapacidad del deudor no priva de su validez a la fianza (art. 1994 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1994) y, por consiguiente, ni el cofiador que pagó ni los restantes podrían fundar en esa circunstancia una excepción. En cambio, otras excepciones que también pueden calificarse como personales del deudor (tales como las que se derivan del dolo o violencia) pueden ser opuestas por el cofiador, pues según ya dijimos, la impropia calificación de la

ley alude tan sólo a la incapacidad (ver nota 4).

1110/1905

1905.— Supongamos ahora que el fiador haya pagado la fianza sin oponer el beneficio de excusión. Hay que admitir que el cofiador tiene derecho a oponerlo y negarse a contribuir hasta que no se ejecuten los bienes del deudor. Y si durante ese tiempo cayera en insolvencia el deudor, ¿puede el cofiador demandado ampararse en el art. 2018 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2018, según el cual caduca la fianza si el acreedor ha sido negligente en el cobro? La cuestión es dudosa, porque el art. 2018 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2018se refiere a la acción del acreedor contra el fiador y no a la de los cofiadores entre sí; pero nos parece que la solución debe ser la misma, porque los cofiadores no tienen por qué cargar con las consecuencias de la negligencia ajena. Y hay que advertir que el fiador que pagó ha incurrido en una doble negligencia: no haber opuesto en su momento a la acción del acreedor el beneficio de excusión y no haber perseguido oportunamente al deudor. Sin contar con que pagó más de lo que debía. Es claro que este último argumento no podría hacerse valer si los cofiadores son solidarios, pero aún restan los anteriores, que son suficientes para decidir la cuestión.

(nota 1) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2083; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1544.

(nota 2) El defecto de redacción proviene de que VÉLEZ modificó la redacción de la fuente (art. 3368 del Esboço) en la que la idea estaba correctamente expresada. Nuestra doctrina es unánime en este sentido; véase citas de la nota siguiente.

(nota 3) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2085; SEGOVIA, t. 1, nota 80 al art. 2041 de su numeración; MACHADO, t. 5, p. 406.

(nota 4) PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 483, quien cita la opinión concordante de DE BUEN.

D.— EFECTOS ENTRE DEUDOR Y ACREEDOR

1110/1906

1906. PRINCIPIO; CASO DE INSOLVENCIA DEL FIADOR.— En principio, la fianza no produce efectos entre deudor y acreedor, puesto que se trata de un contrato celebrado entre éste y el fiador. Pero el deudor no es ajeno a la fianza; por el contrario, es ordinariamente el

principal interesado, porque ella suele ser la condición para que la otra parte preste su consentimiento para la celebración del contrato principal.

Ello explica la disposición del art. 2001 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2001, según el cual si el fiador, luego de prestada la fianza llegase al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que sea idóneo.

Esta solución es aplicable también al caso de que el fiador fuera ya insolvente en el momento de prestar la fianza, ignorándolo el acreedor (ver nota 1).

Se ha sostenido que el art. 2001 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2001carece de vigencia si el acreedor ha exigido un determinado fiador, porque entonces él sería el único culpable de la mala elección (ver nota 2). No estamos de acuerdo con esta opinión. Sea que el fiador haya sido indicado por el acreedor, sea que lo haya propuesto el deudor, lo decisivo en ambos casos es que el fiador ha prestado su consentimiento con dicha persona, quienquiera haya tenido la iniciativa de pensar en ella y proponerla. Desde el punto de vista contractual lo mismo da proponer que aceptar, porque lo que interesa es el consentimiento. Por lo demás, el art. 2001 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2001no da pie para hacer distinciones que, a nuestro juicio, no serían razonables.

1110/1907

1907.— La muerte del fiador no autoriza al acreedor a exigir un nuevo fiador (véase nº 1923).

(nota 1) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 1996; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 984; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1523.

(nota 2) Así lo sostiene SALVAT, loc. cit. en nota anterior, siguiendo la opinión de los autores franceses, quienes empero cuentan con un texto (el art. 2020), que expresamente establece esta solución, lo que no ocurre en nuestro derecho positivo; igual solución establece el art. 1943, Cód. Civil italiano.

§ 5.— Extinción de la fianza

1110/1908

1908. DISTINTOS SUPUESTOS.— La fianza se extingue: a) por extinción de la obligación principal; b) por haber ocurrido respecto de la fianza misma (y con

independencia de la subsistencia de la deuda principal) cualquiera de las causas por las que se extinguen las obligaciones (art. 2042 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2042).

A.— EXTINCIÓN POR VÍA DE CONSECUENCIA

1110/1909

1909. PRINCIPIO.— Extinguida la obligación principal por cualquiera de los medios legales (pago, compensación, novación, transacción, confusión, renuncia o remisión de deuda, imposibilidad de pago, resolución o rescisión del contrato, etc.), queda también extinguida la fianza, puesto que siendo una obligación accesoria, sigue la suerte de la principal.

Algunos medios de extinción requieren explicaciones:

1110/1910

1910. a) Pago.— El pago de la obligación extingue la fianza siempre que sea hecho por el deudor; si, en cambio, ha sido hecho por un tercero que se ha subrogado en los derechos del deudor, la fianza subsiste (ver nota 1).

Si el acreedor acepta en pago de la deuda otra cosa que la que le era debida, aunque después la pierda por evicción, el fiador queda libre (art. 2050 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2050). La jurisprudencia francesa ha interpretado con criterio restrictivo la disposición análoga del Código Napoleón: el fiador no queda liberado si él mismo ha sido quien vendió al acreedor o si la cosa que ha de darse en pago ha sido pactada en el mismo acto de constitución de la fianza o si al aceptar la dación en pago, el acreedor dejó a salvo sus derechos contra el fiador (ver nota 2). Nos parecen razonables las dos primeras soluciones, no así la última. El derecho que el art. 2050 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2050reconoce al fiador no puede depender de la voluntad del acreedor, a quien le bastaría con dejar a salvo su deseo en contrario para invalidar la norma legal. El art. 2047 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2047, en el caso evidentemente análogo de la novación, resuelve que la fianza se extingue.

1110/1911

1911. b) Novación.— La extinción de la fianza por la novación hecha entre deudor y acreedor tiene lugar aunque el acreedor la hiciere con reserva de conservar sus derechos contra el fiador (art. 2047

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2047). Para que tal efecto se produzca es necesario una novación típica; no basta una disminución de los alquileres (ver nota 3), ni el cambio de destino de la cosa locada, mientras se mantenga la locación (ver nota 4), ni la conversión de la deuda a una moneda distinta de la que primeramente se había pactado (ver nota 5), ni el acuerdo posterior a la fianza por el cual acreedor y deudor convienen el pago en cuotas mensuales cuyo límite máximo no excede el plazo señalado en el contrato original (ver nota 6). En otras palabras la transacción que no tiene efectos novativos, no extingue la fianza (ver nota 7).

1110/1912

1912. c) Remisión de deuda.— La remisión de la deuda hecha por el acreedor al deudor extingue la fianza. No produce estos efectos la que se acuerda por todos los acreedores en el concurso o quiebra, que más bien es impuesta a los acreedores que acordada por ellos (ver nota 8). Pero la remisión de la deuda contra el abandono del activo del deudor, fuera del caso de quiebra, importa la liberación del fiador (ver nota 9).

1110/1913

1913. d) Imposibilidad de pago.— La imposibilidad de pago ocurrida al deudor libera al fiador, siempre que el deudor o el fiador no hayan tomado a su cargo el caso fortuito (ver nota 10), o que la imposibilidad provenga de un hecho culpable del fiador (ver nota 11).

1110/1914

1914. e) Prescripción.— La prescripción no extingue la deuda, sino la acción; la obligación permanece con carácter natural. Y como ésta puede afianzarse, parecería lógico concluir que en este supuesto la fianza no se extingue. Sin embargo, la ley se inclina por la solución contraria (arg. art. 2022 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2022) (ver nota 12), a nuestro juicio con razón. Una cosa es afianzar una obligación ya prescripta, en cuyo caso el fiador se hacer responsable del cumplimiento espontáneo de la obligación natural por el deudor; y otra muy distinta afianzar el pago de una obligación civil que luego el acreedor deja prescribir por inercia. En este supuesto, el fiador podrá oponer la prescripción, puesto que tiene a su disposición todas las excepciones y defensas de que puede valerse el deudor principal (art. 2020 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2020).

Más aún, si el deudor ha renunciado a una prescripción ya cumplida, el fiador, no obstante ello, puede oponerla (art. 2022 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2022). Pero los actos del deudor interruptivos de la prescripción no cumplida, son oponibles al fiador (véase nº 1883).

(nota 1) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1548; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 502.

(nota 2) Véase jurisprudencia citada por PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1549.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 23/6/1941, L.L., t. 23, p. 86; C. Com. Cap., 11/5/1936, L.L., t. 2, p. 523.

(nota 4) C. Civil 2ª Cap., fallo citado en nota anterior.

(nota 5) C. Cass, París, 17/12/1928, Sirey, 1929.1.100 (cit. por PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1550).

(nota 6) C. Com. Cap., 20/9/1935, J.A., t. 51, p. 1005.

(nota 7) RAVAZZONI, La fideiussione, ps. 39 y sigs.

(nota 8) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1551; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1155.

(nota 9) Autores y loc. cit. en nota anterior.

(nota 10) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 189, II, 1.

(nota 11) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 189, I, 3.

(nota 12) La solución resulta claramente del art. 2022 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2022según el cual la renuncia voluntaria que hiciere el deudor de la prescripción de la deuda no impide al fiador hacer valer esas excepciones. Con tanta mayor razón podrá hacerla valer si el deudor principal no la ha renunciado.

B.— EXTINCIÓN DIRECTA

1110/1915

1915. PRINCIPIO.— La fianza queda extinguida, como cualquier obligación, por alguno de los modos de liberación establecidos en los arts. 724 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_20.HTM&iid=AR_LA001 - Art_724y siguientes (art. 2042 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2042). Aunque en todos estos casos el fiador queda liberado, los efectos de la extinción no son siempre los mismos. En algunos, el fiador queda liberado quedando intacta la obligación del deudor principal; tal ocurre con la renuncia o remisión de deuda hecha por el acreedor en favor del fiador, con la imposiblidad de pago en que se encuentra el fiador, con la confusión entre las personas de acreedor y fiador. En otros, se produce una novación en la obligación del deudor principal: queda liberado respecto del acreedor, pero pasa a ser deudor del fiador. Así ocurre en el pago, la compensación y la transacción celebrados entre fiador y acreedor.

1110/1916

1916. CONFUSIÓN.— La confusión presenta algunos problemas singulares. La que se produce entre las personas del acreedor y fiador extingue la fianza, pero subsiste la obligación principal; si los fiadores son varios y la confusión se ha operado en uno de ellos, los cofiadores quedan liberados en la parte que corresponda al fiador devenido acreedor (ver nota 1). La ocurrida entre acreedor y deudor extingue la obligación principal y, por consiguiente, la fianza. Finalmente, la producida entre deudor y fiador extingue la fianza pero deja subsistentes las hipotecas, fianzas u otras garantías especiales que hubiere dado el fiador (art. 2048 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2048).

1110/1917

1917. IMPOSIBILIDAD DE SUBROGACIÓN EN LOS DERECHOS DEL ACREEDOR. — La fianza se extingue cuando la subrogación en los derechos del acreedor se ha hecho imposible por culpa de éste (art. 2043 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2043). Adviértase que la subrogación es legal y que, por tanto, no depende de la conducta o proceder del acreedor. El fiador siempre puede subrogarse en los derechos del acreedor. Pero a veces ocurre que los principales beneficios que el fiador podría obtener de la subrogación (privilegios, derecho de retención, garantías reales) se pierden por la conducta culpable del acreedor. Es entonces cuando la ley libera al fiador de sus obligaciones. Así acontecerá si el acreedor ha devuelto la cosa dada en prenda, o autorizado la cancelación de la hipoteca u omitido la inscripción o reinscripción de ésta o permitido el retiro de los muebles o mercaderías existentes en el local arrendado, con lo cual ha perdido el derecho de hacer valer el privilegio que corresponde al locador (ver nota 2), o si el

empresario ha entregado la cosa perdiendo su derecho de retención (ver nota 3). La extinción sólo puede hacerse valer si las seguridades y privilegios perdidos por el acreedor estaban constituidos antes de la fianza o se constituyeron en el momento de otorgarla, pero no si se dieron después (art. 2044 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2044). La solución es lógica, porque el fiador al dar su consentimiento para afianzar, seguramente ha tenido en consideración la existencia de tales garantías que disminuyen considerablemente sus riesgos; si el acreedor las ha dejado perder por su culpa, no sería razonable su pretensión de que se lo siguiera afianzando. Pero si las garantías se dieron con posterioridad, es evidente que el fiador no ha podido tenerlas en consideración al dar su consentimiento y no tiene, por tanto, de qué quejarse si el acreedor las ha dejado perder.

Si la subrogación en los derechos del acreedor se ha hecho imposible sólo en parte, el fiador queda libre únicamente en proporción de esa parte (art. 2045 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2045). Así, por ejemplo, si el valor de los muebles que el locador permitió que el locatario retirara de la casa sólo alcanzaba a la mitad de la deuda, la fianza sigue en pie por la otra mitad.

1110/1918

1918.— Si la imposibilidad de la subrogación, aunque imputable al acreedor no le causa perjuicio al fiador, éste no quedará liberado (ver nota 4). Así ocurrirá si el acreedor hipotecario en segundo término ha dejado vencer el plazo de reinscripción de la hipoteca, pero luego resulta que vendida la cosa por el otro acreedor, no ha alcanzado a pagar la primera hipoteca. Por iguales motivos no caduca la fianza si con posterioridad al momento en que se prestó, el acreedor ha conseguido otras garantías equivalentes a las que dejó vencer (ver nota 5).

Puesto que si no hay daño no hay liberación del deudor, la pérdida de las garantías y privilegios no provoca la extinción ipso iure de la fianza; el fiador tiene que oponer esta defensa cuando se lo demanda y demostrar que ha habido perjuicio (ver nota 6).

1110/1919

1919.— La extinción de la fianza por esta causal puede ser invocada tanto por el fiador simple como por el solidario (ver nota 7), pero no por el que se ha obligado como principal pagador (ver nota 8).

1110/1920

1920. PRÓRROGA DEL PLAZO DE LA OBLIGACIÓN.— La prórroga del plazo de la obligación, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza (art. 2046

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2046). La solución es lógica porque no es posible que el fiador siga obligado por un plazo mayor del que él consintió y sobre todo porque ese nuevo plazo entraña el peligro de que el deudor caiga en insolvencia.

Esta disposición no se aplica a la prórroga tácita que resulta de no demandar el cumplimiento de la obligación al vencimiento de su término (ver nota 9). Este supuesto está previsto en el art. 2018 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_46.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2018, según el cual si el acreedor es omiso o negligente en la excusión y el deudor cae entretanto en insolvencia, cesa la responsabilidad del fiador (véase nº 1873). Los presupuestos legales de la extinción son muy distintos en ambos casos, porque en el primero basta la concesión del nuevo plazo para que cese la fianza en tanto que en el segundo es preciso que el deudor haya caído en insolvencia durante el lapso transcurrido desde el vencimiento del plazo.

1110/1921

1921. NEGLIGENCIA GRAVE DEL ACREEDOR.— Si el acreedor es negligente en excutir los bienes del deudor y durante ese lapso éste cae en insolvencia, el fiador queda liberado (véase nº 1873).

No obstante ser éste el único caso de negligencia liberatoria del fiador contemplado en la ley, la Corte Suprema ha decidido que si el fiador viene a resultar responsable como consecuencia de una negligencia grave del acreedor, queda liberado; así ocurre si los perjuicios ocasionados por el empleado público malversador, cuya buena conducta había garantizado el fiador, no hubieran podido tener lugar de haberse realizado los arqueos mensuales exigidos por la ley de contabilidad que habrían permitido conocer oportunamente las irregularidades e impedir muchas de ellas (ver nota 10). Pero debe tratarse de una negligencia grave, porque un descuido explicable, sobre todo cuando ha nacido una relación de confianza entre el principal y el empleado por quien se ha dado fianza, no basta para extinguirla (ver nota 11).

1110/1922

1922. EXTINCIÓN DE LA FIANZA EN LA LOCACIÓN; REMISIÓN.— Hemos tratado el problema de la extinción de la fianza en la locación en los números 806 y siguientes, a los que remitimos.

1110/1923

1923. MUERTE DEL FIADOR, DEUDOR O ACREEDOR.— La muerte del fiador (ver nota 12), la del deudor afianzado (ver nota 13) o la del acreedor, no ponen término a la fianza. Se trata de derechos y obligaciones de carácter puramente patrimonial, que se

transmiten por el fallecimiento a los herederos. Por eso mismo, la muerte del fiador no faculta al acreedor a exigir otro en su reemplazo (ver nota 14).

1110/1924

1924. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CONTRA EL FIADOR.— La acción contra el fiador no tiene plazo de prescripción especial y corre, por tanto, el de diez años (art. 4023 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_87.HTM&iid=AR_LA001 - Art_4023).

El punto de partida de la prescripción es el del nacimiento de la acción del acreedor contra el fiador. De conformidad con este criterio, se resolvió que la fianza prestada garantizando el correcto comportamiento de un empleado público, corre no desde que se constituyó sino desde que el empleado cometió las irregularidades que dan origen a la acción de daños (ver nota 15).

Todo ello sin perjuicio de recordar que la prescripción de la obligación principal opera la extinción de la fianza (véase nº 1914); y por tanto, si la acción principal tiene un plazo de prescripción menor, la fianza prescribirá antes del término fijado en el art. 4023 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_87.HTM&iid=AR_LA001 - Art_4023.

Si bien la demanda contra el deudor principal interrumpe la prescripción de la acción contra el fiador, no ocurre lo mismo en la situación inversa: la demanda contra el fiador no interrumpe la prescripción de la acción contra el deudor principal (ver nota 16).

(nota 1) RAVAZZONI, La fideiussione, ps. 45 y sigs.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 2/7/1941, J.A., t. 75, p. 480; L.L., t. 23, p. 320; C. Civil 2ª Cap., 24/4/1918, J.A., t. 3, p. 239.

(nota 3) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1559; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1176.

(nota 4) Unanimidad en la doctrina; véase SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2105; PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1561; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1188.

(nota 5) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1559.

(nota 6) PLANIOL - RIPERT - SAVATIER, t. 11, nº 1562; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1180.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 2/7/1941, J.A., t. 75, p. 480; C. Fed. Santiago del Estero, 26/9/1951, J.A., 1952-I, p. 174; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2106.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 9/10/1936, L.L., t. 5, p. 796; C. Civil 2ª Cap., 25/9/1941, L.L., t. 24, p. 137; C. Com. Cap., 15/3/1939, J.A., t. 65, p. 868; SALVAT, loc. cit. en nota anterior.

(nota 9) De acuerdo: C. Civil 2ª Cap., 31/10/1918, J.A, t. 2, p. 626; íd., 23/6/1941, L.L., t. 23, p. 86 y J.A., t. 75, p. 63; Sup. Corte Buenos Aires, 2/5/1944, Diario de Jurisprudencia, t. IX, p. 594; C. Fed. Santiago del Estero, 26/9/1951, J.A., 1952-I, p. 174; Sup. Trib. Santa Fe, 12/5/1939, L.L., t. 14, p. 726; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 501. En contra: C. Civil 1ª Cap., 2/7/1941, L.L., t. 23, p. 320 y J.A., t. 75, p. 480.

(nota 10) C. S. N., 14/12/1945, L.L., t. 41, p. 54.

(nota 11) C. Fed. Rosario, 14/10/1941, L.L., t. 42, p. 352.

(nota 12) C. Com. Cap., 23/8/1943, J.A., 1944-I, p. 319.

(nota 13) C. Civil 1ª Cap., 11/3/1932, J.A., t. 37, p. 997.

(nota 14) C. Com. Cap., 23/8/1943, Repertorio jurídico MOR; C. Fed. Cap., 26/7/1939, J.A., t. 69, p. 47.

(nota 15) Así lo resolvió la C. Fed. Rosario, 19/4/1939, L.L., t. 17, p. 278, mereciendo la aprobación de ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2100, nota 110.

(nota 16) RAVAZZONI, La fideiussione, p. 12.

CONTRATOS ALEATORIOS

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014570
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014570

1110/14570

CAPÍTULO XXX - JUEGO Y APUESTA (ver nota 1)

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014580
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014580

1110/14580

§ 1.— Nociones generales

1110/1925

1925. CONCEPTO.— Siendo los conceptos de juego y apuesta de los más vulgares, resulta sorprendente la dificultad en que se han encontrado los juristas para precisarlos en el plano del derecho. ¿Se trata de contratos distintos? Y si como tradicionalmente se admite, lo son, ¿cuál es la base sobre la cual debe hacerse la distinción?

a) Para algunos autores que siguen una idea insinuada ya en el derecho romano, el juego supone la participación personal en los ejercicios de destreza física o moral, sobre cuyo resultado se arriesga una postura; la apuesta, en cambio, recae sobre hechos o circunstancias que son extrañas a los contratantes, como ocurre cuando los espectadores apuestan sobre el resultado de un partido de fútbol, de un match de box o sobre si ocurrirá o no tal acontecimiento político, etcétera (ver nota 2). Éste es el criterio seguido por VÉLEZ en los arts. 2052 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2052y 2053.

b) Para otros, la distinción debe fundarse esencialmente en el motivo que inspira a las partes: la apuesta tiende a robustecer una afirmación, en tanto que el juego tiene por objeto una distracción o una ganancia (ver nota 3).

c) FURNO sostiene que el juego en sí mismo, es un concepto ajeno al derecho; consiste en un pasatiempo, una competencia, una emulación, una satisfacción del apetito de cultura física, todo lo cual carece de interés para el derecho. Lo que a éste interesa es la apuesta que algunas veces acompaña al juego, pero que no lo acompaña necesariamente; es la apuesta, con su contenido económico, lo que está regulado jurídicamente (ver nota 4).

En verdad, se trata de una disputa estéril. En todo el mundo, juego y apuesta tienen un régimen jurídico común, están sujetos a idénticas normas legales. Y, como dice PUIG BRUTAU, jurídicamente sólo merecen ser considerados como conceptos distintos, los que se hallen enlazados a efectos diferentes (ver nota 5). No hay, pues, interés en precisar una diferencia que no tiene contenido ni vigencia efectiva.

Esto sentado, uniremos ambos contratos en una definición común. Hay apuesta o juego cuando cada una de las partes promete a la otra una prestación si las circunstancias aleatorias que intervienen no le son favorables (ver nota 6). Las prestaciones que las partes se prometen recíprocamente, dependen del cumplimiento de condiciones opuestas e incompatibles acerca de cuál de las dos prevalecerá, ha de dejar a una sola de las partes como deudora de la otra (ver nota 7).

Lo que se apuesta puede consistir en una suma de dinero o en otro objeto determinado (art. 2052
/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2052).

1110/1926

1926. EL JUEGO Y SU TRATAMIENTO LEGISLATIVO.— El problema legislativo que plantea el juego, es de los más complejos. En sí mismo, jugar por dinero no es malo; es un medio frecuentísimo de distracción, de entretenimiento, que lejos de ser dañoso, importa descanso, hace olvidar otras preocupaciones y, en tal sentido, es útil. Es claro que convertido en pasión, es de las más nocivas. Es una cuestión de medida; y esto es precisamente lo que hace difícil la solución legislativa.

La ley sigue respecto del juego una política compleja, cuando no contradictoria:

a) Cierto tipo de apuestas (juegos tutelados) originan obligaciones similares a las nacidas de cualquier otro contrato; el vencedor puede demandar judicialmente el pago de la apuesta (véase nº 1931).

b) Otras, en cambio, no confieren acción al vencedor, pero pagada la apuesta, no se puede demandar su repetición (juegos no prohibidos).

c) Finalmente, la ley guarda una especial severidad para los llamados juegos de azar no autorizados por la ley y declara punibles a los dueños, banqueros y empleados de casas de juego, extendiendo la pena inclusive a los mismos jugadores que sean sorprendidos en ellas (dec.-ley 6618/57; véase nº 1950). Pero el Estado que, fundado en razones de moral, prohíbe estas actividades y hace recaer sobre quienes las explotan el rigor de la ley penal, no vacila en explotar él mismo el juego, abriendo casinos con ruletas y juegos de cartas, organizando loterías, carreras de caballos y concursos sobre los resultados de los partidos de fútbol. Es una inconsecuencia difícil de justificar (ver nota 8).

1110/1927

1927. EL JUEGO Y LAS APUESTAS EN EL CÓDIGO CIVIL; JUEGOS QUE HACEN NACER OBLIGACIONES CIVILES O PURAMENTE NATURALES.— Es frecuente en nuestra doctrina la afirmación de que el Código Civil permite ciertos juegos y prohíbe

otros. Es una afirmación inexacta. El Código distingue entre las apuestas (o juegos) que brindan acción civil al vencedor para lograr su pago y apuestas que no brindan tal acción. Estas últimas no están prohibidas por la ley; lo que el Código prohíbe es acoger la demanda por cobro de la apuesta (art. 2055 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2055). En otras palabras, la ley no declara ilícito el contrato; sigue una política distinta: se abstiene de intervenir en las relaciones entre los jugadores; guarda una actitud de indiferencia (ver nota 9). No acoge la acción por cobro de pesos, pero tampoco admite la demanda por repetición de lo pagado al ganador. Hay en esta política legislativa, seguida de una manera prácticamente universal en la legislación comparada (ver nota 10), una influencia del concepto muy generalizado, de que las deudas de juego son deudas de honor, precisamente porque el que no quiere pagarlas no puede ser obligado a hacerlo y, por otra parte, resulta chocante al sentimiento popular la conducta de quien, habiendo pagado su deuda de juego, pretende luego accionar por repetición. Al margen del Código Civil, debe admitirse también una categoría de juegos prohibidos por la ley penal. El peligro social de la difusión de los juegos de azar, especialmente cuando son bancados, obliga a prohibirlos bajo sanciones penales. Esta figura delictiva se proyecta en el campo del derecho civil con los efectos que más adelante se verán.

1110/1928

1928. DISTINCIÓN ENTRE LOS JUEGOS QUE ORIGINAN UNA OBLIGACIÓN CIVIL (TUTELADOS) Y LOS QUE DAN NACIMIENTO A UNA OBLIGACIÓN PURAMENTE NATURAL (NO PROHIBIDOS).— El art. 2055 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2055distingue entre las apuestas hechas sobre el resultado de ejercicios de fuerza, destreza de armas, corridas u otros semejantes y las que se conciertan sobre el resultado de otros juegos. Sólo las primeras dan lugar a una acción civil; el propósito de la ley ha sido estimular competencias que contribuyen al perfeccionamiento del cuerpo y al propio tiempo alejan a los competidores de otras diversiones malsanas (ver nota 11). Por este motivo, sólo deben considerarse comprendidos en esta categoría los juegos deportivos en los que participen los propios apostadores; en cambio, quedan fuera de ella y por consiguiente, no dan lugar a una acción civil, las apuestas hechas sobre las competiciones de terceros o los juegos de cartas o el ajedrez, que aunque dependen en buena medida (sobre todo el último) de la habilidad personal de los jugadores, no benefician físicamente a los competidores (ver nota 12).

Se admite también que las apuestas sobre carreras a caballo, automóvil, motocicleta, lancha, yacht, etcétera, tienen efectos civiles siempre que se hubieran concertado entre los propios competidores (ver nota 13).

1110/1929

1929.— Pero no basta que se trate de juegos de destreza física para abrir la acción. El art. 2055

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2055exige otra condición: que ese juego no haya sido prohibido por alguna ley o reglamento de policía. La solución legal es inobjetable; el problema del juego implica serias cuestiones morales y de orden público, cuya reglamentación compete en primer término al poder local, sea municipal o provincial. La prohibición contenida en una ley local o en un edicto de policía, bastaría para impedir la acción de quien pretende cobrar una apuesta, por más que se trate de un juego de destreza física.

Cabe ahora preguntarse si un juego en el que está excluida la destreza física, pero que ha sido autorizado y reglamentado por las leyes locales, da acción civil para el cobro de las apuestas. La cuestión ha sido discutida en nuestro Derecho (ver nota 14). Por nuestra parte, adherimos a quienes niegan la acción; el art. 2055 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2055reconoce a las provincias el poder de prohibir juegos que según el Código Civil brindan acción al ganador; pero nada dice de que los poderes locales puedan dictar leyes que supongan reconocer acción por deudas de juego, en los casos en que el Código prohíbe su ejercicio; ni se concibe que las leyes locales puedan derogar en este punto una legislación nacional. Este sistema no podría ser tachado de inconsecuencia: como el juego es mirado por la ley con disfavor, es lógico reconocer validez a las normas legales que acentúen el rigor con que es tratado, pero no lo sería admitir un régimen más benévolo.

1110/1930

1930.— Merecen una consideración especial las deudas nacidas en juegos de azar organizados por el Estado (ruleta, loterías, prode) o por concesionarios de una autorización estatal (carrera de caballos). No cabe duda de que en este caso las partes tienen acción recíproca para el cobro de sus créditos, pues sería escandaloso que el Estado (o el concesionario) que se benefician con este singular privilegio, pudieran negarse a pagar el premio; en cuanto a los apostadores, ellos pagan la apuesta por anticipado.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014590 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014590

1110/14590

§ 2.— Efectos

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014600 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014600

1110/14600

A.— APUESTAS QUE CONFIEREN ACCIÓN (JUEGOS TUTELADOS)

1110/1931

1931. POTESTAD JUDICIAL.— Hemos dicho ya que los juegos o apuestas provenientes de ejercicios de fuerza, destreza de armas, corridas y otros semejantes, dan lugar al ejercicio de la consiguiente acción contra el que no paga su deuda, como cualquier otra obligación civil. Sin embargo, la ley confiere en este caso una facultad excepcional a los jueces: ellos pueden moderar tales deudas cuando sean extraordinarias respecto de la fortuna de los deudores. Si, en efecto, la deuda tiene una cuantía exagerada, resulta contrario a la moral poner el imperium del Estado en apoyo de la pretensión del ganador de la apuesta, con lo que se desvirtuaría el propósito que se tuvo en mira al favorecer los ejercicios de destreza.

La fijación de la cantidad por la cual debe hacerse lugar a la demanda, es cuestión que queda librada al prudente arbitrio judicial.

1110/1932

1932. PRUEBA.— No hay reglas especiales relativas a la prueba de las apuestas ganadas en juego; se aplican por consiguiente las generales de los arts. 1191 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_30.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1191y siguientes.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014610 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014610

1110/14610

B.— APUESTAS QUE NO CONFIEREN ACCIÓN (JUEGOS NO PROHIBIDOS)

1110/1933

1933. PRINCIPIO GENERAL; DEUDAS PAGADAS.— Hemos dicho ya que salvo las hipótesis de excepción contempladas en el número anterior, las deudas de juego o apuestas no confieren acción para su cobro judicial; pero pagadas, el que lo hizo no tiene derecho a repetición (art. 2063 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2063).

Para que la acción de repetición quede paralizada, es menester que se trate de un pago voluntario hecho por persona capaz (art. 2063

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2063); pero el pago voluntario no obsta a la repetición si hubo dolo o fraude del que ganó en el juego (art. 2064 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2064). Se entiende que hay dolo o fraude cuando el que ganó tenía certeza del resultado o empleó algún artificio para conseguirlo (art. 2065 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2065); tal es el caso de los dados cargados, el naipe marcado, el doping en las carreras de caballos, etcétera. Por el contrario, cuando ha habido dolo o fraude en el que perdió, ninguna reclamación por repetición de lo pagado será atendida (art. 2066 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2066). ¿Y si hubo trampa de ambos? Se aplica entonces el art. 2066 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2066, según el cual el perdidoso no tiene acción de repetición. Podría observarse que con esa solución se favorece al que ganó, que también hizo trampas. Pero de cualquier modo, la solución del art. 2066 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2066es razonable: los jueces no deben intervenir en los sucios enjuagues de los jugadores fulleros; que se las arreglen ellos. El torpe no puede accionar en derecho (art. 795 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_22.HTM&iid=AR_LA001 - Art_795).

1110/1934

1934.— Debe igualmente considerarse repetible el pago obtenido por violencia, que no puede reputarse voluntario (ver nota 15). En cambio, el pago de una deuda de juego hecho por error, no da acción de repetición (art. 791 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_22.HTM&iid=AR_LA001 - Art_791, inc. 5º) (ver nota 16). ¿Y si el pago se hubiera logrado mediante engaños? Siempre que el deudor ha tenido intención de pagar la deuda de juego, el pago debe considerarse irrepetible, aunque el ganador se haya valido de algún artificio doloso para obtenerlo; como, por ejemplo, prometerle desquite si paga y luego negarse a seguir jugando. La maniobra engañosa no le quita en este supuesto carácter voluntario al pago.

1110/1935

1935.— También es repetible el pago hecho por incapaces; y la ley acentúa la protección de éstos, concediendo acción de repetición no sólo contra el ganador sino también contra el dueño de la casa en que se jugó, siendo ambos deudores solidarios (art. 2067 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2067). La capacidad se juzga en el momento de realizar el pago; es válido el pago hecho por una persona capaz que era incapaz cuando jugó, porque el acto de pagar implica confirmación del contrato que adoleció de un vicio de nulidad (ver nota 17).

Sostiene ACUÑA ANZORENA que para que proceda esta acción, es menester que tanto el

ganador como el dueño de casa tuvieran conocimiento de la incapacidad del perdedor; sin ese fundamento no existiría el delito civil que da origen a la acción del art 2067 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2067(ver nota 18). Pensamos que es necesario distinguir: a) Si la acción está dirigida contra el ganador es indiferente que el demandado tenga o no conocimiento de la minoridad o demencia del perdedor, pues el fundamento de la acción será la falta de capacidad para pagar. b) Si la acción está dirigida contra el dueño de casa, el fundamento será el hecho ilícito y, a su vez, será menester contemplar dos situaciones distintas: cuando se trata de una casa de juego, el dueño responde siempre, tenga o no conocimiento de la incapacidad del jugador, y más aún, aunque no haya tenido conocimiento de que el incapaz había jugado en su casa porque, de cualquier modo, comete el delito penado por el decreto-ley 6618/57; en cambio, cuando se trata de un juego ocasional, llevado a cabo en casa de familia, el dueño sólo será responsable si conocía la incapacidad del jugador y autorizó expresa o tácitamente que jugara en su casa. De lo contrario no se le puede imputar ningún hecho ilícito.

1110/1936

1936. POSTURAS DEPOSITADAS.— Puesto que la ley no confiere acción para cobrar deudas de juego, los jugadores suelen asegurarse su pago depositando las apuestas ya sea en la mesa de juego, ya sea en manos de un tercero. ¿La postura así depositada tiene el carácter de pago que impide la repetición? Algunos autores se inclinan por la afirmativa (ver nota 19) y un tribunal francés llegó a calificar como robo la conducta del jugador que luego de haber perdido retiró su postura (ver nota 20). Otros piensan que no hay pago, sino cuanto más una promesa de pago no obligatoria (ver nota 21). MACHADO, a nuestro juicio con razón, distingue entre la postura hecha en la mesa, que no es pago, y la que se hace en manos de un tercero, que obliga al perdedor (ver nota 22). En el primer caso no hay pago, pues mientras no hay un ganador no existe deuda que pagar. En el segundo, en cambio, hay indudablemente un mandato que tiene carácter irrevocable, pues ha sido la condición de un contrato bilateral; en efecto, la condición acordada recíprocamente para apostar, ha sido que las posturas se depositaran en poder de un tercero, quien debía entregarlas al ganador.

1110/1937

1937.— Puede ocurrir finalmente, lo que es excepcional, que la apuesta se haya depositado en manos de uno de los jugadores. Tal depósito no puede considerarse como pago, desde que se hizo cuando la deuda no existía; el perdedor tiene derecho a reclamar su restitución (ver nota 23) a menos que su pasividad posterior al juego indique una aceptación tácita de que el vencedor retenga la postura en concepto de pago (ver nota 24). Tampoco hay duda de que si el que tenía la postura resultó perdedor, el ganador puede reclamarle su devolución (ver nota 25) aunque no tenga acción para exigirle lo que el otro apostó.

1110/1938

1938. PROMESA DE PAGO; NOVACIÓN.— La situación del ganador de una apuesta de juego no pagada, no mejora por la circunstancia de que el deudor se comprometa a hacer efectiva la deuda, aunque esa promesa sea formal y posterior al juego (ver nota 26). De igual modo será ineficaz una novación que convierta la deuda de juego en una obligación civilmente exigible (art. 2057 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2057). El codificador se separó aquí con razón del principio general de que las obligaciones naturales pueden ser causa de novación.

1110/1939

1939. PAGO CON DOCUMENTOS.— Se vincula estrechamente con el problema de la novación, el pago hecho con documentos. El art. 2058 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2058dispone que aunque en esos documentos se indique una causa civilmente eficaz, si en realidad se otorgó por causa de una deuda de juego, el firmante puede oponerse a su pago. El caso más frecuente será el pagaré en el que se indique falsamente como origen de la deuda, una cantidad igual recibida en dinero. Es una hipótesis de simulación, en la que se oculta el origen real de la causa. La norma comentada agrega que la prueba puede hacerse por cualquier medio; aun los autores que sostienen que el contradocumento es en principio una exigencia legal sin la cual no se puede probar simulación entre las partes (ver nota 27), admiten que en este caso no es necesario, pues se trataría de un caso de simulación en fraude a la ley (ver nota 28).

1110/1940

1940.— Sin embargo, la excepción no puede oponerse en el juicio ejecutivo, ya que en éste no se admite la discusión de la legitimidad de la causa de la obligación (art. 544 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_17454.HTM&iid=AR_LA001 - Art_544, inc. 4º, Cód. Proc.). Vale decir, iniciada la ejecución en base al documento firmado por el perdedor de una apuesta, éste no tiene excepciones en dicho juicio; debe pagar y luego repetir por vía ordinaria. De más está decir que en tal caso el pago no se reputa voluntario, por más que el demandado se haya allanado a la demanda por no tener excepciones que oponer, siempre que deje a salvo su intención de repetir por vía ordinaria.

1110/1941

1941.— ¿Qué ocurre si el documento a la orden ha sido endosado a favor de un tercero? El librador está obligado a pagarlo al endosatario, siempre que éste sea de buena fe, pero tendrá acción para repetir su importe de quien recibió el documento (art. 2059 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2059). La seguridad de los negocios exige que el tenedor de buena fe sea protegido; pero como la entrega de estos documentos no equivale al pago (art. 2059 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_2059), el librador conserva su acción para repetir lo pagado contra el ganador endosante.

1110/1942

1942. PAGO CON CHEQUE; DACIÓN EN PAGO.— El cheque no es una promesa de pago (como el pagaré, la letra de cambio, y otros papeles de comercio) sino un instrumento de pago similar a la moneda. La entrega de un cheque equivale al pago y si el librador no tuviera fondos o diera orden al banco para que no lo pague, puede ser demandado civilmente (ver nota 29). Pero la jurisprudencia francesa no ha admitido la responsabilidad penal del jugador que libra un cheque sin provisión de fondos (ver nota 30).

La dación en pago equivale al pago y hace imposible la repetición ulterior (ver nota 31).

1110/1943

1943. TRANSACCIÓN, ARBITRAJE.— Las obligaciones surgidas del juego no pueden ser sometidas a transacción o arbitraje (ver nota 32); todo compromiso suscripto con tal fin por los jugadores carecería de valor legal.

1110/1944

1944. COMPENSACIÓN.— La deuda de juego no se compensa con otros créditos (art. 2057 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2057), pues le falta la condición de ser exigible (art. 819 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_22.HTM&iid=AR_LA001 - Art_819). Pero nada se opone a la compensación convencional; vale decir, que una declaración de voluntad emanada del deudor de la apuesta en la que da su consentimiento para que se le compense con un crédito civil que tiene respecto del ganador, produce los efectos del pago (ver nota 33). Sería, en cambio, ineficaz una declaración hecha con anterioridad al juego y según la cual el ganador queda desde ese momento autorizado a compensar el eventual crédito que le resultará si lo favorece el azar, pues en ese supuesto no puede hablarse de pago, ya que se trata de una declaración de voluntad emitida antes de que la deuda tenga nacimiento.

1110/1945

1945. FIANZAS, HIPOTECAS, PRENDAS Y CLÁUSULAS PENALES.— Son nulas las fianzas y otras garantías tales como hipotecas, prendas, cláusulas penales, etcétera, con las que el ganador pretenda asegurarse el cobro de la deuda (ver nota 34). De lo contrario, se legitimaría un modo simple de eludir la disposición legal que impide demandar por deudas de juego.

1110/1946

1946. PRÉSTAMOS HECHOS A LOS JUGADORES.— ¿Es exigible el préstamo que una persona hace a otra para que juegue? Nuestro Código ha decidido claramente el punto: la obligación surgida del préstamo es exigible a menos que el préstamo hubiese sido hecho por uno de los jugadores (art. 2060 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2060).

Algunos autores sostienen que el préstamo para jugar sólo será exigible por el prestamista que ignoraba el destino de la suma prestada; de lo contrario, se legitimaría un contrato que ha tenido una causa ilícita (ver nota 35). Esta opinión nos parece inaceptable en nuestro derecho positivo, frente a los términos claros del art. 2060 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2060. VÉLEZ tenía conocimiento de la controversia de la doctrina francesa sobre este punto, favorecida por la circunstancia de que el Código Napoleón no ha previsto la solución; y para ponerle fin, dispuso que no son deudas de juego sino las que resultan directamente de una convención de juego o apuestas y no las obligaciones que se hubieran contraído para procurarse los medios de jugar o apostar. Es una solución lógica. No es exacto que cuando el prestamista conoce el destino del dinero que se le solicita, el préstamo tiene una causa ilícita, porque en nuestro derecho (salvo los casos previstos por la ley penal) no es ilícito jugar. La ley civil no prohíbe el juego; prohíbe que se demanden las deudas de juego, lo que es muy distinto (ver nota 36).

Con tanta mayor razón será plenamente válido un préstamo hecho para pagar una apuesta ya perdida (ver nota 37).

1110/1947

1947.— Si bien el principio general es que el prestamista tiene acción, la ley se la niega si él es uno de los jugadores (art. 2060 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2060). La solución es clara si el prestamista es el ganador; el préstamo vendría a disimular un juego a crédito (ver nota 38). Pero supongamos que el prestamista tampoco ha ganado, como puede ocurrir en una mesa de juego en que participan varias personas. La ley no hace distingos; el prestamista es uno de los jugadores y, por tanto, carece de acción. Es una buena solución porque pone coto a la actitud de quien en la esperanza de ganar, induce a otro a seguir jugando mediante la concesión de un préstamo (ver nota 39).

Por motivos análogos pensamos que debe negarse acción al explotador, dueño o gerente de una casa de juegos que hace préstamos a uno de los jugadores. Tales actividades están penadas por la ley penal (dec.-ley 6618/57); y no es posible reconocerle validez a un préstamo que no es sino un recurso de que se vale el empresario para sacar un mayor provecho de una actividad delictuosa (ver nota 40).

1110/1948

1948. MANDATO; GESTIÓN DE NEGOCIOS.— El que ha recibido y ejecutado el mandato de pagar sumas perdidas en el juego, puede exigir el reembolso de dichas sumas (art. 2061 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2061). Hasta el momento de cumplido el mandato, el mandante puede revocarlo. Por excepción, el mandato puede tener carácter irrevocable, como ocurre a nuestro juicio en el caso de posturas depositadas en poder de un tercero (véase nº 1936).

Pero si el mandato hubiera sido de jugar por cuenta del mandante o en sociedad con el mandatario, no puede éste exigir del primero el reembolso de lo perdido (art. 2061 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2061). Tampoco podrá demandar el mandatario el pago de los gastos en que hubiere incurrido ni la remuneración convenida (ver nota 41) y a su vez, el mandante no podrá reclamar daños y perjuicios por incumplimiento o por cumplimiento deficiente (ver nota 42), pero sí la devolución del dinero que entregara para apostar, supuesto que el mandatario no hubiera jugado. ¿Puede el mandante reclamar la entrega de las ganancias obtenidas por el mandatario en el juego? Aunque la cuestión es dudosa, parece prevalecer el criterio de reconocer tal acción en cuyo caso deberá los gastos (ver nota 43); el fundamento de esta solución es que en el fondo no se trataría sino de la transmisión al verdadero jugador de una ganancia ya pagada.

El tercero que sin mandato hubiere pagado una deuda de juego o apuesta, no goza de acción alguna contra la persona por la cual hizo el pago (art. 2062 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2062), porque sólo el pago voluntario obliga al perdedor.

1110/1949

1949. ADQUISICIÓN DE FICHAS.— La adquisición de fichas para jugar es un acto preparatorio del juego y unido inseparablemente a él (ver nota 44).

¿Está obligado el jugador a pagar las fichas adquiridas? Algunos autores hacen la siguiente distinción: si la ficha se ha empleado en jugar contra la banca vendedora, la compraventa forma parte del juego posterior; la deuda debe considerarse de juego y, por consiguiente, el vendedor carece de acción. Pero si el juego se hubiera desarrollado entre terceros sin participación del vendedor, la acción por cobro del valor de las fichas sería procedente (ver nota 45). Por nuestra parte aceptamos esta solución en caso de tratarse de juegos que no dan acción al ganador, pero que no están plenamente prohibidos; en este último caso no se concebiría que el dueño o gerente de la casa de juego demande en justicia el pago de una suma de dinero proveniente de su actuación delictiva. En la práctica el problema se presenta pocas veces, porque el pago de las fichas se hace casi siempre al contado.

¿Puede el jugador que apuesta con fichas reclamar la devolución de lo perdido, alegando que la compra de aquéllas no configura pago voluntario? En efecto, si se analiza la cuestión con criterio riguroso, fuerza será convenir que dicha compra no puede implicar el pago de una deuda que ha nacido después. Pero esta escisión tajante entre la adquisición de las fichas y la apuesta posterior, es contra la naturaleza del juego y la intención de las partes. La ficha es representativa de un valor; el jugador que hace la postura en fichas y las deja llevar por el ganador, consiente en pagar (ver nota 46).

¿Puede el vendedor negarse a reintegrar el valor de las fichas que le presenta uno de los jugadores? Es preciso distinguir. La respuesta negativa se impone en el caso de que el juego esté organizado por el Estado o por un concesionario que deben responder de todas las obligaciones derivadas de él (véase nº 1930). Si el juego se realiza entre particulares y las fichas son representativas de lo ganado, no hay acción para cobrar su importe, porque las deudas de juego son inexigibles; pero si se tratara de obtener el reintegro de fichas no jugadas y adquiridas con anterioridad, la acción de reintegro es procedente. Finalmente, si las fichas fueron adquiridas en una casa de juego clandestina, no hay acción de reintegro, porque el jugador habría cometido un delito en base al cual no puede pretender se le reconozca una acción.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014620 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014620

1110/14620

C.— JUEGOS PROHIBIDOS

1110/1950

1950-1951. EFECTOS CIVILES.— Nuestra ley no ha reglamentado especialmente los efectos legales de estos juegos, los únicos realmente prohibidos por la ley. Debemos atenernos, por tanto, a los principios generales de nuestra legislación y muy particularmente al art. 795 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_22.HTM&iid=AR_LA001 - Art_795, según el cual no puede repetirse un pago hecho por una causa ilícita o contraria a las buenas costumbres si hubo torpeza de ambas partes.

En consecuencia, no podrá cobrarse una deuda de juego prohibido; pero pagada, no puede repetirse (art. 2063 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2063). En este punto esencial, la solución coincide con la que establece la ley para los juegos no prohibidos que no dan acción al ganador (ver nota 47). Pero hay importantes diferencias:

a) El dolo, fraude o trampas en el ganador que recibió el pago, no autoriza al perdedor a

repetir, pues para ello tendría que invocar la comisión de un delito (haber jugado), lo que no es admisible (ver nota 48).

b) En ningún caso podría admitirse la acción por restitución de la apuesta depositada en manos de otro jugador o de un tercero (ver nota 49).

c) Es ineficaz la declaración por la cual se acepta la compensación de una deuda de juego con otra civilmente exigible, porque lo contrario sería reconocer efectos al fruto de un delito (ver nota 50).

d) El que ha otorgado un mandato para jugar no puede demandar por entrega de lo ganado (véase, en cambio, nº 1948).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014630 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014630

1110/14630

D.— JUEGOS DE BOLSA

1110/1952

1952. OPERACIONES DIFERENCIALES.— Las bolsas de comercio desempeñan una función económica importantísima facilitando las operaciones sobre mercaderías y valores y contribuyendo a regular los precios. Pero al propio tiempo, las continuas subas y bajas en dichos valores brindan una inmejorable oportunidad para la especulación y el juego. Mientras los participantes compren efectivamente productos o valores especulando con su suba (o vendan previendo la baja), la operación es regular y lícita. No ocurre lo mismo con las llamadas operaciones diferenciales. Los que intervienen en ellas no se proponen comprar o vender mercaderías y valores, sino simplemente jugar a la suba o la baja; llegado el momento, concluyen su negocio pagando las diferencias en más o menos.

Estas operaciones diferenciales tienen un efecto distorsionador sobre las operaciones bursátiles, pues las subas o bajas no dependerán ya de causas económicas, sino de la especulación estimulada por la circunstancia de que para apostar no se necesita disponer de gran capital. Quien compra acciones necesita un capital para invertir en ellas. En cambio si sólo están en juego las diferencias, el apostador no necesita disponer de ningún capital, como no sea para responder a las diferencias en contra. Tales operaciones están prohibidas por el Código de Comercio (art. 80 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_2637_2.HTM&iid=AR_LA001 - Art_80); el sistema ideado para trabarlas es atribuir a todo contrato de bolsa o mercado los siguientes efectos: las partes están obligadas al cumplimiento efectivo de las prestaciones sin poder alegar que en la intención verdadera de los contratantes sólo se trataba del pago de las diferencias (art. 81

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_2637_2.HTM&iid=AR_LA001 - Art_81, Cód. de Com.). Los especuladores se ven así en peligro de que la otra parte los compela judicialmente a entregar la mercadería o a pagar su precio, según el caso; en cualquier supuesto se verán obligados a disponer de un importante capital y no pueden especular si no lo tienen.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014640 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014640

1110/14640

E.— LOTERÍAS Y RIFAS (ver nota 51)

1110/1953

1953. LOTERÍAS.— La reglamentación de las loterías y rifas ha sido delegada por el Código Civil a las leyes locales (art. 2069 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2069). El régimen de las loterías nacionales o provinciales es un problema de derecho administrativo. Sin embargo, es discutible el carácter de la relación entre la entidad vendedora del billete y el comprador. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha decidido que es un contrato regido por el Código Civil, en particular por las normas de éste relativas a la prueba (ver nota 52).

1110/1954

1954. RIFAS.— Para la Capital y territorios, las rifas han sido reglamentadas por decreto 90688 del 19 de septiembre de 1936.

Sólo pueden hacer rifas las asociaciones de notoria responsabilidad moral y previa autorización por decreto del Poder Ejecutivo (art. 1º). La solicitud debe expresar claramente el objeto de la rifa, el total de números a emitirse, el detalle de su organización, la descripción de los premios y el mes en que debe realizarse, refiriéndolo a uno de los sorteos de la Lotería de Beneficiencia Nacional, cuyo extracto debe servir de base para la adjudicación de los premios (art. 2º).

Los premios deben representar en su conjunto un valor no inferior al 25% del monto total de la suma autorizada para hacer la rifa (art. 16). Cuando la rifa no se realizare por motivo de fuerza mayor, la sociedad está obligada a devolver a los tenedores su importe íntegro, siendo solidariamente responsables del cumplimiento de esta obligación el presidente, el secretario y el tesorero de la sociedad (art. 22).

Se ha declarado que las rifas no autorizadas carecen de validez y los compradores no tienen

acción para exigir su cumplimiento (ver nota 53). Más aún, se ha resuelto que si la prueba de la autorización no figura en el billete, ella está a cargo de quien reclama el premio y no del demandado (ver nota 54). Creemos que esta jurisprudencia debe admitirse con cierta reserva. Si la importancia o carácter de la entidad que hace la rifa, permite razonablemente confiar en su seriedad, consideramos que ella debe ser responsable de los premios, haya o no autorización del Estado. De lo contrario, se premiaría la mala fe y se castigaría la razonable confianza del comprador.

1110/1955

1955.— Con frecuencia ocurre que en la fecha prevista no ha podido venderse sino una cantidad insuficiente de números, por la cual la sociedad promotora de la rifa decide postergarla. ¿En qué situación quedan los tenedores de los números premiados según el sorteo de la Lotería Nacional previsto originariamente? No cabe duda de que la sociedad promotora no puede por sí sola postergar la rifa, pues la adquisición de un billete significa la concertación de un contrato bilateral de adhesión. Pero cabe preguntarse si las autoridades administrativas pueden conceder autorización para hacerlo. La cuestión ha motivado numerosos pronunciamientos. Según algunos, las atribuciones del Poder Ejecutivo para postergar la rifa son amplias, pues de esa manera se favorece el cumplimiento de los fines de orden público perseguidos por la rifa; de modo que en lo que atañe a este contrato, la fuerza mayor está constituida por los múltiples motivos que han impedido la colocación de los números a la fecha fijada (ver nota 55); en el mismo orden de ideas, otros tribunales han reconocido amplias facultades al Poder Ejecutivo, con tal de que la postergación haya tenido debida publicidad, aunque no hubiera llegado a conocimiento del interesado que resultó premiado en el sorteo primitivamente previsto (ver nota 56). Por el contrario, otros fallos han negado facultades a las autoridades administrativas para postergar un sorteo, a menos que éste no hubiera podido realizarse por causa de fuerza mayor (ver nota 57). En una posición intermedia, se ha decidido que las autoridades administrativas pueden autorizar la prórroga, siempre que exista un motivo serio; pero en todo caso se ha exigido una publicidad eficaz y oportuna (ver nota 58).

Esta última jurisprudencia tiende a prevalecer a pesar de las objeciones basadas en el carácter contractual de la vinculación establecida con la compra del billete, y que como tal no podría ser modificada unilateral ni menos aún por decisión del poder administrativo (ver nota 59). Nos parece una solución razonable. Las rifas no son un contrato común del derecho civil. Están en principio prohibidas; sólo se permiten con una autorización del Estado condicionada a que los fondos que se recauden se destinen a una obra de interés social. Este objeto es el que legitima la rifa y, por consiguiente, toda la relación contractual debe ser juzgada a su luz (ver nota 60). Cuando existen razones serias para la postergación, la administración que ha concedido el permiso puede autorizarla, siempre que se la anuncie con una debida y eficaz publicidad. Adviértase que una prórroga razonable no perjudica a nadie, porque en el momento de decidirse nadie ha sacado premio; no se ve qué interés legítimo puede invocarse en contra de ella.

1110/15310

1955 bis. BILLETES DE LOTERÍA O RIFAS PREMIADOS Y PERDIDOS.— Suele ocurrir que el billete premiado de una rifa o lotería se pierde. ¿Tiene derecho el adquirente a reclamar el premio probando la adquisición y la pérdida?

La cuestión ha promovido una jurisprudencia contradictoria. Algunos fallos rechazan in limine la demanda no acompañada del billete, juzgando que éste es un título al portador cuyo derecho no puede ejercerse con independencia de la posesión actual (ver nota 61). Otros tribunales, en cambio, sostienen que habiendo pérdida y no abandono, el adquirente que ha poseído el boleto conserva el derecho de probar su adquisición y propiedad y, por lo tanto, de reclamar el premio (ver nota 62).

Adherimos, no sin reservas, a esta última tesis. Pensamos que probada acabadamente la adquisición y la pérdida, no es justo privar al adquirente del premio. Pero también es verdad que los tribunales deben ser rigurosos en la apreciación de la prueba producida, pues de lo contrario se facilitaría el fraude. Y, desde luego, la reclamación no puede considerarse antes de que venza el plazo para la caducidad del derecho a reclamar el premio, pues durante ese lapso puede presentarse el tenedor del billete y entonces el mejor derecho debe dilucidarse entre ambos (ver nota 63).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014650 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014650

1110/14650

F.— SUERTE NO EMPLEADA COMO JUEGO O APUESTA

1110/1956

1956. RECURSO PARA DECIDIR UNA DIVISIÓN DE CONDOMINIO O CUESTIONES LITIGIOSAS O DUDOSAS.— La suerte es un recurso usado con frecuencia en la división de las cosas comunes y particularmente en las particiones hereditarias. Las partes forman de común acuerdo los distintos lotes y la atribución se deja librada a la suerte. De esta manera se asegura que todos han de poner el mayor empeño en formar los lotes del modo más parejo posible y que luego nadie podrá quejarse de que le tocó uno de menor valor que los otros. Es un procedimiento práctico cuyos resultados obligan a las partes en la misma forma que si la atribución de los lotes se hubiera hecho de común acuerdo (art. 2068 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2068).

1110/1957

1957.— También admite el Código que la suerte pueda hacerse valer como medio de concluir una cuestión dudosa o litigiosa. Así, por ejemplo, dos personas alegan tener derechos exclusivos sobre una misma cosa. En lugar de llevar el debate a pleito, deciden definir sus derechos a la suerte, aceptando por adelantado el resultado. Tal compromiso produce todos los efectos de una transacción (art. 2068 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2068).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: En esta materia es capital la obra de FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, Torino, 1956; véase además, SALVAT, Contratos, t. 3, núms. 2118 y sigs.; MACHADO, ts. 5 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Des contrats aléatoires, 1907; GUILLOUARD, Des contrats aléatoires, 1893; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, núms. 1200 y sigs.; JANOLY, Du jeu et du pari, París, 1882; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, ps. 470 y sigs.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, ps. 516 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, ps. 659 y sigs.; MESSINEO, t. 6, § 162; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 186.

(nota 2) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, núms. 12 y sigs.; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, p. 1200; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, nº 1381; COLIN - CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 1300; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, p. 659.

(nota 3) ENNECCERUS-LEHMMAN, t. 2, vol. 2, 186, I, 1; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2120, nota 6.

(nota 4) FURNO, cit. por FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, nº 2. En sentido semejante afirma VALSECCHI que el concepto de juego surge en contraposición al de trabajo y que el juego no interesa jurídicamente sino cuando se ha apostado sobre él (cit. por FUNAIOLI, loc. cit., especialmente nota 9).

(nota 5) PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 516.

(nota 6) PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 470.

(nota 7) PUIG BRUTAU, loc. cit. en nota 3107.

(nota 8) Hay que reconocer que esta política no es totalmente irrazonable, pues el juego controlado y reglamentado por el Estado es menos peligroso desde el punto de vista social, que una libertad total que permitiera a cualquiera convertirse en banquero de juego. Pero la

ínsita contradicción subsiste.

(nota 9) Los autores modernos han puesto de manifiesto con claridad el verdadero carácter del sistema legal con su triple distinción (juegos tutelados, juegos no prohibidos y juego prohibidos); véase FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, núms. 1 y sigs.; MESSINEO, t. 6 , § 162; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 186.

(nota 10) En este sentido, Cód. Civil francés, art. 1965; español, art. 1798: italiano, arts. 1933 y sigs.; alemán, art. 762; suizo, art. 512; brasileño, art. 1477; venezolano, art. 1880; uruguayo, art. 2169; etc.

(nota 11) Éste es el fundamento admitido tradicionalmente en la doctrina: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2123, nota 7 b); PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, nº 1206; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, ps. 30 y sigs.; GUILLOUARD, Contrats aléatoires, nº 57.

(nota 12) En este sentido: ACUÑA ANZORENA, loc. cit. en nota anterior; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, loc. cit. en nota anterior; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 66; FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, nº 16. Sobre si el billar debe o no ser considerado como juego de destreza física que dé origen a la acción por cobro de las apuestas, véase PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, p. 501, nota 2 (ed. La Habana), en donde se menciona la evolución de la jurisprudencia francesa que anteriormente era contraria a admitir la acción, pero últimamente ha modificado su criterio; por la solución negativa, FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, nº 16.

(nota 13) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2123, nota 7 b); FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, nº 16.

(nota 14) En el sentido de que da lugar al ejercicio de la acción civil: C. Civil 1ª Cap., 23/6/1933, J.A., t. 42, p. 682 (primer voto de Barraquero y disidencia de Tobal); Juez de la Capital, Dr. García, 5/8//1939, L.L., t. 15, p. 721. En el sentido de que no hay acción (coincidente con la opinión que sostenemos en el texto): ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2123 a); COLOMBO, Las deudas de juego frente al poder de policía, L.L., t. 22, sec. doct. p. 27, núms. 7 y sigs.; MACHADO, t. 5, p. 427.

(nota 15) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2129 y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 14 a).

(nota 16) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2130; en contra, su anotador ACUÑA

ANZORENA, nota 12.

(nota 17) De acuerdo: FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa 19.

(nota 18) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2131, nota 17 a).

(nota 19) PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, p. 1204; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, núms. 111 y sigs.; AUBRY y RAU, § 386, PONT, t. 1, núms. 657 y sigs.

(nota 20) S. Crim. Cour Cass., 29/2/1892, Dalloz, 1892.1.1.472.

(nota 21) LAURENT, t. 28, nº 213; SEGOVIA, t. 1, p. 561, nota 13; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, nota 18 a) al nº 2132; FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, núms. 13 y 30; MESSINEO, t. 6 , § 162, nº 5.

(nota 22) MACHADO, t. 5, p. 439.

(nota 23) FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, nº 30; MESSINEO, t. 6, § 162, nº 5.

(nota 24) FUNAIOLI, loc. cit. en nota anterior; MESSINEO, t. 6 , § 162, nº 5.

(nota 25) FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, nº 30.

(nota 26) PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, p. 1207; GUILLOUARD, nº 65; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 117; FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, nº 25.

(nota 27) Sobre esta cuestión véase, Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, núms. 1185 y sigs.

(nota 28) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2135; ACUÑA ANZORENA, La simulación en los negocios jurídicos, ps. 228 y sigs.

(nota 29) PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, p. 1209; MESSINEO, t. 6 , § 162, nº 5; en contra: C. Com. Cap., 29/7/1932, J.A., t. 38, p. 1232.

(nota 30) Véase jurisprudencia citada por PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, loc. cit. en nota anterior.

(nota 31) PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, p. 1207; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 100; GUILLOUARD, Contrats aléatoires, nº 83; AUBRY y RAU, § 368; FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, nº 25.

(nota 32) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2138; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, p. 1207; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, núms. 133 y sigs.; GUILLOUARD, nª 66 bis.

(nota 33) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2133, nota 19; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 186, II, 2.

(nota 34) Lo sostiene VÉLEZ SARSFIELD al transcribir a ZACHARIAE en la nota al art. 515; y la opinión en este sentido es casi universal: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2137 y su anotador ACUÑA ANZORENA; SEGOVIA, t. 1, p. 559, nota 5; LLERENA, t. 2, p. 438; BUSSO, t. 3, art. 518, nº 22; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 139; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, p. 1207; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, § 186, II, 2; FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, nº 25. En contra, la opinión aislada de MACHADO, t. 5, p. 434 y un fallo de la C. Civil 1ª Cap., 23/6/1933, J.A., t. 42, p. 682, en el que se hizo la salvedad de que el fiador podrá liberarse de su obligación si prueba que no sabía la causa de la obligación principal.

(nota 35) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2140 y su anotador ACUÑA ANZORENA. Éste cita en su apoyo la opinión de algunos tratadistas franceses (aún allá la cuestión está controvertida) sin advertir que el Código francés no tiene ningún texto similar a nuestro art. 2060
/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2060que resuelve expresamente la cuestión en sentido opuesto.

(nota 36) Por la solución de nuestro Código: ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, 186, II, 1; AUBRY y RAU, § 386; PONT, t. 1, nº 647, FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, nº 27.

(nota 37) Por esta solución están inclusive los autores que se inclinan por negar acción al

prestamista que antes del juego, presta dinero a los jugadores conociendo su destino; PLANIOL - RIPERT - LEPARGNEUR, t. 11, p. 1210; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, núms. 130 y sigs.

(nota 38) Así lo ponen de relieve ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, §186, II, 1.

(nota 39) DEGNI, citado por FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, nº 27. La jurisprudencia italiana se inclina en igual sentido (FUNAIOLI, loc. cit.).

(nota 40) Así lo ha resuelto la jurisprudencia italiana (véase la citada por FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, nº 27, quien aprueba la solución), y la alemana (cit. por ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 186, II, 1, autores que adhieren). En igual sentido: MESSINEO, t. 6, § 162, nº 7.

(nota 41) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 186, II, 1.

(nota 42) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 186, II, 1. En contra, FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, nº 28; pero este autor parte de un presupuesto distinto al de nuestro derecho positivo, pues admite la validez del mandato para jugar.

(nota 43) Autores y loc. cit. en nota anterior y jurisprudencia alemana allí citada.

(nota 44) MESSINEO, t. 6, § 162, nº 7. En el sentido de la autonomía del contrato de adquisición de fichas, véase autores citados por FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, nº 29, nota 5.

(nota 45) MESSINEO, t. 6, § 162, nº 7; FUNAIOLI, Il giuoco e la scommessa, nº 29.

(nota 46) FUNAIOLI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 47) En los derechos alemán e italiano, la diferencia entre juego prohibido y no prohibido es más tajante, porque en el primer caso se admite (a diferencia de nuestro Código) la repetición de lo pagado, no así en el segundo (en cuyo supuesto la solución es igual a la nuestra); véase ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 186, III y MESSINEO, t. 6, § 162, nº 4.

(nota 48) Véase en cambio, para los juegos no prohibidos, supra nº 1933.

(nota 49) En el caso de los juegos no prohibidos, debe a nuestro entender distinguirse según que la apuesta sea depositada en manos del otro jugador o de un tercero; véase nº 1936.

(nota 50) Véase en cambio, con relación a los juegos no prohibidos, supra, nº 1944.

(nota 51) Véase notas de jurisprudencia en E.D., t. 28, p. 249 y E.D., t. 2, p. 817.

(nota 52) Sup. Corte Buenos Aires, 11/9/1962, J.A., 1963-I, p. 128.

(nota 53) C. Civil Cap., Sala C, 11/7/1962, J.A., 1962-IV, p. 170, Sup. Corte Buenos Aires, 29/3/1966, J.A., 1966-IV, p. 265, con nota de IBARLUCEA.

(nota 54) Sup. Corte Buenos Aires, 28/8/1962, L.L., t. 109, p. 427.

(nota 55) En este sentido: C. Civil 1ª Cap., 8/9/1941, Rep., L.L., t. III, Vº Rifa, sum. 3; íd. 5/8/1937, L.L., t. 7, p. 1031; Sup. Corte Buenos Aires, 2/11/1942, Rep. L.L., t. V, Vº Rifa, sum. 5; C. 1ª Apel. La Plata, 24/3/1943, L.L., t. 30, p. 165.

(nota 56) C. Civil Cap., Sala C, 12/7/1955, G.F. del 19/8/1955; C. Civil 1ª Cap., 13/11/1950, L.L., t. 62, p. 866.

(nota 57) C. Fed. Bahía Blanca, 26/8/1960, J.A., 1961-I, p. 94; C. Apel. Rosario, L.L., t. 29, p. 31; Sup. Trib. Santa Fe, 30/11/1943, Rep. L.L., t. VI, Vº Rifa, sum. 2.

(nota 58) C. Civil Cap., Sala C, 12/7/1955, L.L., t. 80, p. 489; Sala B, 28/2/1960, J.A., 1960-IV, p. 429; Sup. Corte Buenos Aires, 2/11/1943, E.D., t. 28, p. 266, sum. 126 (el Tribunal dijo que no obstaba a esta solución que en los billetes se anuncie que el sorteo no se posterga); Sup. Corte Catamarca, 3/10/1967, E.D., t. 28, p. 239.

(nota 59) En este sentido: BIELSA, Derecho administrativo, 3ª ed., t. 1, p. 509; LUQUI, Ilegitimidad de las postergaciones de sorteos de rifas, J.A., 1943-II, p. 759.

(nota 60) Comparte estos fundamentos la Sup. Corte Catamarca, 3/10/1967, E.D., t. 28, p.

239.

(nota 61) C. Paz Cap., Sala III, 27/3/1946, L.L., t. 42, p. 279; Sup. Corte Buenos Aires, 17/3/1959, L.L., t. 95, p. 484; Sup. Trib. La Pampa, 21/5/1963, L.L., t. 111, p. 340; Sup. Trib. Entre Ríos, J.A., 1942-II, p. 340 (en este último caso el Tribunal hizo el argumento de que la lotería es un contrato de adhesión y una de las cláusulas establecía que no se atenderán reclamos por pérdida o sustracción, cláusula a cuya validez nada se opone).

(nota 62) C. Civil Cap., Sala A, 17/10/1957, L.L., t. 90, p. 151; íd. 25/11/1965, E.D., t. 14, p. 428; Sala F, 4/10/1960, E.D., t. 2, p. 817; C. Civil 1ª La Plata, D. J. B. A., t. 58, p. 178.

(nota 63) Esta tesis ha sido implícitamente admitida por la C. Civil Cap., Sala F, 4/10/1960, E.D., t. 2, p. 817.

CAPÍTULO XXXI - RENTA VITALICIA (ver nota 1)

1110/1958

1958. CONCEPTO Y FUENTES.— En su forma onerosa típica, el contrato de renta vitalicia obliga a una de las partes a entregar a la otra un capital (dinero u otros bienes muebles o inmuebles), a cambio de lo cual ésta asume el compromiso de pagarle una renta de por vida. Pero nada se opone a la constitución de una renta vitalicia gratuita, en cuyo caso el contrato configura una donación (art. 1810 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1810, inc. 2º) (ver nota 2).

La renta vitalicia puede fundarse asimismo en un testamento o en una donación con cargo, en los que se imponga al beneficiario de la liberalidad (heredero, legatario, donatario) la obligación de pagar una renta vitalicia a un tercero.

El Código sólo se ha ocupado de regular el contrato oneroso de renta vitalicia, que es la forma típica y más frecuente de constitución de estas obligaciones.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014670 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014670

1110/14670

I. CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ

26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014680 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ 26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014680

1110/14680

§ 1.— Nociones generales

1110/1959

1959. ELEMENTOS.— De acuerdo al concepto expresado en el párrafo anterior el contrato oneroso de renta vitalicia supone los siguientes requisitos esenciales:

a) La entrega de un capital, sea en dinero o en otros bienes muebles o inmuebles por el acreedor de la renta al deudor (art. 2070 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2070). Ese capital se entrega en propiedad, de modo que hay una transferencia definitiva de dominio en favor del deudor de la renta.

b) El pago de una renta vitalicia (art. 2070 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2070). Normalmente, la renta se paga a la persona que entregó el capital, pero nada se opone a que el beneficiario sea un tercero (art. 2072 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2072). En su modalidad típica, la renta está referida a la vida del beneficiario; pero puede estarlo también a la vida del deudor y aun a la de un tercero (art. 2077 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2077). Punto discutido es el de si puede limitarse la duración de la renta a un plazo determinado. Ejemplo: una persona se compromete a pagarle a otra una renta de por vida y hasta un máximo de 20 años; es decir, la renta cesa al fallecimiento del acreedor si ocurre antes de ese plazo o como máximo, al cumplimiento de éste. ¿Es válida tal estipulación? (ver nota 3) Por nuestra parte, nos parece que el principio de la libertad de las convenciones elimina toda duda; basta la capacidad de los contrayentes, el consentimiento consciente y espontáneo manifestado en legal forma y la existencia de una causa lícita, para convalidar el contrato (ver nota 4).

El art. 2070 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2070habla de renta anual; pero evidentemente, es lícito pactar una renta mensual, trimestral, semestral, etcétera, pues también aquí gobierna el principio de la autonomía de la voluntad y no habría motivo para negar validez a tales cláusulas. Lo que en definitiva interesa para no desfigurar la tipicidad de nuestro contrato es que el pago sea periódico (ver nota 5).

1110/1960

1960. CARACTERES.— El contrato oneroso de renta vitalicia tiene los siguientes caracteres:

a) Es oneroso y bilateral, puesto que una parte se obliga a entregar el capital y la otra la renta (ver nota 6).

b) Es aleatorio, porque las ventajas o desventajas que para las partes supone el contrato, dependen de la duración de la vida del acreedor. Sobre este carácter, véase número 1964.

c) Es de tracto sucesivo, pues las obligaciones del deudor de la renta se prolongan en el tiempo.

d) Es real, porque no queda concluido sino con la entrega del capital (art. 2071 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2071); pero la promesa de renta vitalicia tiene plena fuerza vinculatoria, pues de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, basta para la validez de los contratos que tengan una causa lícita y que las partes capaces hayan prestado un consentimiento no viciado (véase Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. II, nº 1185).

e) Es formal, pues la ley exige la escritura pública bajo pena de nulidad (véase nº 1982).

1110/1961

1961. DISTINCIÓN CON OTROS CONTRATOS.— a) Con la pensión de alimentos: Desde luego que la distinción es muy neta cuando se trata de la hipótesis común de los alimentos nacidos ex lege, pues en este supuesto no hay contrato. Pero aunque excepcional, también es jurídicamente admisible el contrato de alimentos (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. II, nº 1207), que puede ser gratuito u oneroso. Sin embargo, la distinción es clara: en el contrato por alimentos, la obligación del deudor se prolonga mientras subsiste la necesidad del alimento, en tanto que la renta vitalicia no se vincula en absoluto con el estado de fortuna del acreedor de la renta.

1110/1962

1962. b) Con el seguro de vida.— Ambos contratos tienen carácter aleatorio y las ventajas o desventajas para las partes dependen de la mayor o menor prolongación de la vida de una de las partes; en ambos casos hay un acto de previsión, por el cual una de las partes quiere asegurarse para sí o para terceros la entrega de una suma de dinero, o de una renta. Pero las diferencias son netas: en la renta vitalicia, el acreedor entrega un capital a cambio de una renta ad vitam; en el seguro, el asegurado entrega de por vida (o hasta cumplir cierto número de años) una cierta cuota o prima, a cambio de lo cual el asegurador se compromete a pagar cierto capital a las personas designadas en el contrato, cuando el asegurado fallezca (o a pagarlo al propio asegurado después de transcurrido cierto número de años sin que se produzca su deceso).

1110/1963

1963. c) Con la donación con cargo.— En sus formas típicas, la donación y la renta vitalicia son inconfundibles, porque una constituye una liberalidad y la otra es un acto oneroso. Pero hay hipótesis en que la distinción es extremadamente sutil. Supóngase que una persona entregue en propiedad un inmueble a otra con la condición de que ésta le pase cierta renta de por vida. Si esa renta es superior al producido normal de la explotación del inmueble, no cabe duda de que el contrato es de renta vitalicia; pero si es menor, hay más bien una donación con cargo, aunque las partes la hayan calificado como renta vitalicia, porque el que recibe el inmueble no asume ninguna alea, ya que siempre el contrato le es beneficioso, cualquiera sea la duración de la vida de la otra parte (ver nota 7). La dificultad se presenta cuando la renta es aproximadamente equivalente al producido de la explotación del inmueble. En ese supuesto, la calificación del contrato exigirá una indagación de la voluntad de las partes (ver nota 8); en la práctica, los jueces se inclinarán por la solución que resuelva con mayor equidad los intereses en juego en el caso que se decide. De más está decir que la calificación legal tiene la mayor importancia: la renta vitalicia no tiene carácter solemne, el contrato no puede dejarse sin efecto por ingratitud de una de las partes, el capital entregado no está sujeto a reducción ni colación.

Cabe agregar que cuando la renta vitalicia se establece en beneficio de un tercero, el contrato implica siempre, en las relaciones entre el dador del capital y el beneficiario, una liberalidad a la que se aplican las reglas de los actos a título gratuito.

1110/1964

1964. ¿ES ESENCIAL EL ALEA EN EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA?— En el párrafo anterior hemos considerado un caso en que el contrato llamado por la partes de renta vitalicia no importa ningún riesgo para el que recibe el capital, pues cualquiera sea la duración de la vida del acreedor, siempre el negocio le es beneficioso. Puede señalarse también la hipótesis inversa: que el capital sea tan insignificante con relación a la renta prometida que no puede hablarse en verdad de contrato aleatorio, pues el que entrega el capital nada o casi nada arriesga. Algunos tribunales y autores sostienen que el alea es esencial en el contrato de renta vitalicia y que no habiéndola el contrato es nulo, a menos que fuese clara la intención de una de las partes de hacer una liberalidad (ver nota 9). Esta opinión se funda en una sana preocupación por hacer reinar la equidad en las convenciones y defender a quien ha consentido un contrato leonino. Pero nos parece indefendible. La validez de las convenciones no depende de la calificación que de ellas hagan las partes, sino de que no estén prohibidas por la ley. Pero si el contrato tiene una causa lícita, si las partes capaces han prestado su consentimiento de una manera consciente y espontánea, esa convención es válida, cualquiera sea su nombre (ver nota 10). Cuando el contrato da tan claras y desusuales ventajas a una de las partes como en los ejemplos propuestos, no puede dejarse de pensar en una liberalidad con cargo. El principio es, por tanto, la validez de tales convenciones. Pero si se prueba que una de las partes se ha valido de la necesidad, la debilidad o la ignorancia de la otra para imponerle condiciones groseramente

desproporcionadas, entonces tal conducta importa el vicio de lesión, con las consecuencias establecidas en el art. 954 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_25.HTM&iid=AR_LA001 - Art_954. Algunas veces, el mismo contrato estará demostrando su ilicitud; como ocurriría en el caso de quien promete una renta anual de $ 1.000 a cambio de la entrega actual de $ 1.000, que cualquiera que sea la calificación de las partes y la apariencia con que se lo rodee, es patente que encierra un préstamo a intereses usurarios (ver nota 11).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014690 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014690

1110/14690

A.— LAS PARTES

1110/1965

1965. CAPACIDAD.— Si el capital entregado fuese una suma de dinero, el que lo entrega debe tener capacidad para prestar dinero y el que se obliga a pagar la renta, la capacidad para contratar préstamos; si el capital consistiera en una cosa mueble o inmueble, el que la entrega debe tener capacidad para vender y el que la recibe y promete la renta capacidad para comprar (art. 2073 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2073).

1110/1966

1966. EN FAVOR DE QUIÉN PUEDE CONSTITUIRSE LA RENTA.— Ordinariamente la renta se constituye en favor de la parte contratante que entrega el capital; pero nada se opone a que el beneficiario sea un tercero o a que lo sean varias personas (arts. 2072 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2072y 2077 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2077).

1110/1967

1967. RENTA CONSTITUIDA EN FAVOR DE UN TERCERO.— Si la renta ha sido constituida en favor de un tercero, las relaciones entre la parte que entregó el capital y el beneficiario, se rigen, en cuanto a su validez intrínseca y sus efectos, por las disposiciones relativas a los actos gratuitos (art. 2072 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_2072). Por consiguiente: a) la capacidad para constituir la renta en favor de tercero y la del beneficiario para aceptarla, se regirá por las reglas relativas a las donaciones (arts. 1804 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1804y sigs.); b) la liberalidad está sujeta a reducción y colación (ver nota 12).

Pero en las relaciones entre el constituyente y el deudor de la renta, el contrato es oneroso; por lo que el acto no está sujeto a las formalidades extrínsecas de las donaciones (art. 2072 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2072).

1110/1968

1968. INCAPACIDAD DEL TERCERO BENEFICIARIO.— Es posible que el tercero beneficiario no pueda recibir liberalidades del constituyente de la renta (como ocurre entre cónyuges); no por ello el contrato es nulo ni puede negarse el deudor a pagar la renta, sólo que debe hacerlo a favor del que la constituyó o sus herederos hasta el momento prescripto en el contrato para su extinción (art. 2079 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2079) (ver nota 13). La misma solución es aplicable al caso de que el beneficiario se niegue a aceptar la renta, pues se rata de una situación evidentemente análoga a la contemplada en el art. 2079 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2079.

1110/1969

1969. CASO DE QUE LOS BENEFICIARIOS SEAN VARIOS.— Puede ocurrir que el contrato de renta designe varios beneficiarios; salvo estipulación en contrario, debe entenderse que son simultáneos y no sucesivos. Si la renta se constituye sucesivamente, el segundo beneficiario la recibirá al fallecimiento del primero, el tercero a la muerte del segundo, etcétera, en el orden designado en el contrato.

Supuesto que los beneficiarios sean simultáneos, la renta se divide entre ellos por partes iguales, si el contrato no estableciera otra proporción (art. 2084 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_48.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2084). Y si alguno de ellos muere, la renta cesa en la parte que le correspondía al fallecido, a menos que el contrato establezca entre los beneficiarios el derecho de acrecer (art. citado).

1110/1970

1970. VIDA CONTEMPLADA A LOS EFECTOS DE LA DURACIÓN DE LA RENTA.— La renta vitalicia supone la obligación de pagar periódicamente una suma de dinero durante

toda la duración de una vida. La vida contemplada en el contrato es ordinariamente la del beneficiario de la renta y así debe interpretarse el contrato que no contenga una disposición expresa sobre el punto (ver nota 14). Pero nada se opone a que la vida contemplada sea la de un tercero o la de varios o la del mismo deudor (art. 2077 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2077). Antes de seguir adelante, creemos oportuno advertir que VÉLEZ SARSFIELD, siguiendo al Código Napoleón, ha empleado una terminología confusa al aludir a la persona en cuya cabeza se ha constituido la renta. El sentido de esta expresión es ambiguo, pues con la misma propiedad podría referirse al beneficiario de la renta (ver nota 15).

1110/1971

1971.— El contrato será de ningún efecto cuando la persona cuya vida sirvió de base para fijar la duración de la renta, no existía al día de su formación (art. 2078 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2078). La disposición es aplicable tanto si ella todavía no existía en ese momento (ver nota 16), como si había dejado ya de existir. La ley no hace distinción ninguna fundada en el conocimiento o ignorancia de la no existencia por las partes.

1110/1972

1972. NULIDAD POR MUERTE DE LA PERSONA CONTEMPLADA.— Siguiendo una solución tradicional, el art. 2078 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2078establece que es nula la renta vitalicia cuando la persona cuya vida ha sido la base del contrato estaba atacada en el momento de su otorgamiento de una enfermedad de la que falleciese dentro de los treinta días siguientes, aunque las partes hayan tenido conocimiento de la enfermedad. ¿Cuál es el fundamento de esta disposición? Algunos autores dicen que ha mediado error sustancial en el que entregó el capital (ver nota 17), tesis inadmisible porque la nulidad funciona aun en el caso de que las partes hayan tenido conocimiento de la enfermedad (art. 2078 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2078), es decir, cuando no hay error. Otros sostienen que la renta constituida en favor de una persona que dentro de pocos días ha de morir, no es seria; el contrato carecería de objeto (ver nota 18). Para otros, la nulidad se explica porque la inminencia de la muerte priva al contrato del alea que es la esencia de la renta vitalicia; el contrato carecería de causa (ver nota 19). Estas dos teorías parten de una base falsa: que la enfermedad que padecía la persona ha de producir fatalmente la muerte. Cuando más, la enfermedad aumenta las probabilidades de que el negocio sea ventajoso para quien recibe el capital, pero el alea no desaparece; sin contar con que la existencia de alea no es esencial para la validez del contrato (véase nº 1964). A nuestro entender la solución legal se sustenta en un complejo de motivaciones. Por una parte, se desea evitar que personas demasiado avezadas especulen con el peligro de muerte que se cierne sobre alguien para hacer un negocio brillante; por otra, se impide que una persona que se siente morir y desea hacer una

liberalidad se valga del contrato de renta vitalicia para darle al negocio una apariencia de onerosidad, que lo ponga fuera del alcance de la acción de reducción de los herederos forzosos. Se objetará quizá que si éstos fueron los fundamentos de la norma, no se justificará la nulidad cuando no hay herederos forzosos (no se afecta su legítima) y el que recibió el capital demuestra que no tenía conocimiento de la enfermedad. Pero se trata de una prueba negativa, de producción casi imposible; la ley elimina todas estas cuestiones con una regla general que si golpea también a quien ignoraba la enfermedad, sigue siendo equitativa, pues impide que una de las partes se quede con el capital sin ninguna contraprestación que merezca el nombre de tal (ver nota 20).

1110/1973

1973.— Para que el contrato sea nulo, es necesario que la persona esté enferma en el momento de celebrarlo y que fallezca de esa enfermedad dentro de los treinta días. Una enfermedad sobrevenida después o un accidente que ocasionen la muerte, son ineficaces para provocar la nulidad (ver nota 21). No interesa que la muerte haya ocurrido por evolución natural de la enfermedad o como consecuencia de una operación a la que debió someterse el paciente (ver nota 22), a menos que se trate de una intervención quirúrgica menor, que sólo por una complicación inesperada ha producido la muerte (ver nota 23), como ocurriría si con ocasión de la extracción de un diente o de las amígdalas, sobreviene un shock anestésico o una embolia.

El embarazo y subsiguiente fallecimiento en el momento del parto no es enfermedad en el concepto del art. 2078 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2078(ver nota 24), a menos que al suscribirse el contrato hubieran ya sobrevenido complicaciones que hicieran temer por la vida de la madre (ver nota 25).

Según la opinión prevaleciente, la declinación física derivada de la avanzada edad no es una enfermedad (ver nota 26); sin embargo, cuando esa declinación es notoria y grave, basta a nuestro entender para dar lugar a la nulidad del contrato (ver nota 27).

El suicidio originado en una enfermedad mental existente al suscribirse el contrato no permite declarar la nulidad (ver nota 28), salvo que se pruebe que no se trata simplemente de una dolencia mental, por ejemplo, una depresión, sino de una verdadera demencia, en cuyo caso el acto es nulo por falta de capacidad para otorgarlo.

1110/1974

1974.— Si la renta vitalicia se ha constituido por instrumento privado (que permite a las partes accionar por escrituración, véase nº 1982) debe tenerse por fecha de celebración la que figura en el instrumento, y no la fecha cierta (ver nota 29), sin perjuicio del derecho de los interesados a demostrar su falsedad por cualquier medio de prueba (ver nota 30).

El plazo de treinta días debe computarse a tenor de las reglas de los arts. 25

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340.HTM&iid=AR_LA001 - Art_25y siguientes.

1110/1975

1975.— Según el art. 2078 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2078, la muerte sobrevenida en estas condiciones provoca la nulidad del contrato. Es muy dudoso que el concepto de nulidad pueda aplicarse con propiedad a este supuesto, ya que esta sanción supone un vicio existente en el momento del otorgamiento del acto (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 1234) y en nuestro caso el contrato queda privado de sus efectos por un hecho posterior como es el fallecimiento de la persona cuya vida ha sido contemplada. Pero como este hecho posterior está ligado a otro (la enfermedad) que debe existir en el momento de la celebración, parece que la calificación de nulidad no es del todo inapropiada. De cualquier modo lo que en definitiva interesa son los efectos de la sanción establecida en la ley, que son los correspondientes a las nulidades propiamente dichas.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014700 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014700

1110/14700

B.— OBJETO

1110/1976

1976. LA RENTA.— La renta debe convenirse en dinero; y si el contrato la fijase en frutos naturales o en servicios, su importe será siempre pagadero en dinero (art. 2074 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2074). Lo que significa que la fijación de la renta de otra manera que la querida por la ley no provoca la nulidad del contrato sino que autoriza al deudor a convertir su deuda en dinero, sin perjuicio de su derecho de pagar en especie, tal como el contrato lo establece.

¿La conversión en dinero debe hacerse al valor que los frutos o el trabajo tenían al firmarse el contrato o al que tienen en el momento de cada pago periódico? La doctrina se inclinaba antes por la primera solución (ver nota 31), que hoy resulta a todas luces injusta. Ya veremos que la inflación ha creado un serio problema en su incidencia en este contrato (véase nº 1988); justamente la manera de evitar la grave injusticia que resulta de seguir pagando la misma renta con una moneda que al cabo de algunos años está seriamente depreciada, es hacerse la conversión en dinero al valor que los frutos o trabajos tienen en el momento de cada pago.

1110/1977

1977.— En principio, la fijación de la renta es libre; y puesto que se trata de un contrato aleatorio, generalmente ella será superior a la renta normal de una propiedad o al interés normal de un capital. Nada de ello afecta la validez de las estipulaciones. Pero si fuere claro que bajo la apariencia de renta vitalicia se esconde un préstamo usurario los tribunales pueden declarar simulado el contrato y aplicar las reglas relativas al mutuo (ver nota 32).

1110/1978

1978.— La renta puede ser una cantidad constante o bien puede acordarse una progresión paulatina; por ejemplo, $ 1.000 los dos primeros años, $ 1.200 los dos siguientes y así sucesivamente. Impera aquí el principio de la libertad de las convenciones.

1110/1979

1979. CLÁUSULAS DE INTRANSMISIBILIDAD E INEMBARGABILIDAD DE LA RENTA.— La renta vitalicia es un derecho creditorio incorporado al patrimonio del acreedor, que puede disponer libremente de él, cediéndolo a título oneroso o gratuito. Será nula toda cláusula que prohíba al acreedor enajenar su derecho a la renta (art. 2075 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2075).

Por igual motivo, la renta puede ser objeto de embargo por parte de los acreedores y sería nula toda cláusula contractual que estableciera la inembargabilidad, porque los derechos que la ley reconoce a los acreedores no pueden ser enervados por las convenciones de terceros (ver nota 33). Pero si la renta vitalicia tiene carácter de pensión alimenticia, será entonces inembargable (art. 2076 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2076) conforme con los principios aplicables a toda pensión de alimentos.

1110/1980

1980. EL CAPITAL.— El capital entregado por el acreedor puede consistir en una suma de dinero o en una cosa mueble o inmueble (art. 2070 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2070). Dentro de este amplio concepto cabe cualquier transferencia de bienes o derechos, susceptibles de valoración económica, tales como la nuda propiedad, el usufructo, la transferencia de un fondo de comercio o de las acciones de una sociedad, la cesión de un crédito, de una herencia, etcétera (ver nota 34).

1110/1981

1981.— ¿Puede el capital entregarse en cuotas? La cuestión es dudosa; parece que nuestro Código exige la entrega total en el acto de suscribir el contrato (véase art. 2071 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2071). Un capital entregado en varias cuotas configuraría un contrato innominado; es claro que si las cuotas son pocas y el plazo es breve, la analogía con la renta vitalicia es tal que habrá que aplicarle sus reglas legales (ver nota 35).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014710 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014710

1110/14710

§ 2.— Formación del contrato

1110/1982

1982. FORMA.— Según el art. 2071 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2071, el contrato de renta vitalicia debe ser hecho, bajo pena de nulidad, por escritura pública. ¿Esta formalidad es exigida por la ley con carácter solemne o simplemente ad probationen? SALVAT sostiene la tesis más rigurosa; a su juicio la omisión de la escritura pública priva al acto de todo valor legal, y no confiere acción por escrituración (ver nota 36). No compartimos su punto de vista. Es verdad que el art. 2071 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2071exige la escritura bajo pena de nulidad. Pero el art. 1185 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_30.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1185dispone de una manera general que los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública lo fuesen en forma privada, quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública. Por lo tanto, quien ha contratado la renta en instrumento privado puede exigir la escrituración (ver nota 37). Esta interpretación queda corroborada por el art. 2072 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2072, el cual luego de disponer que si el capital de una renta vitalicia es dado por un tercero, la liberalidad es regida en cuanto a su validez intrínseca y sus efectos por las disposiciones generales relativas a los actos gratuitos, agrega: mas el acto de la constitución de la renta no está, en cuanto a su validez extrínseca, sometido a las formalidades requeridas para las donaciones entre vivos. Ahora bien: como la escritura pública es exigida tanto para las donaciones como para la renta vitalicia, esta disposición no tendría sentido si esa exigencia no tuviera carácter solemne en el primer caso y no solemne en el segundo.

En cambio, en la renta vitalicia gratuita, la escritura pública es exigida ad solemnitatem (art. 1810 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_1810, inc. 2º).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014720 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014720

1110/14720

§ 3.— Efectos

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014730 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014730

1110/14730

A.— OBLIGACIONES DEL ACREEDOR DE LA RENTA

1110/1983

1983. ENTREGA DEL CAPITAL; OBLIGACIÓN DE GARANTÍA.— En el mismo momento de suscribir el contrato, el acreedor de la renta debe hacer tradición del capital o cosa cuya entrega constituye su obligación principal; a tal punto es esencial su cumplimiento, que el contrato no se reputa cumplido mientras no hay tradición (art. 2071 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2071). (Sobre si el capital puede integrarse en cuotas, véase nº 1981). No se agotan aquí las obligaciones del acreedor de la renta; debe también al deudor la garantía por evicción y por vicios redhibitorios de la cosa entregada (arts. 2089 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_48.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2089y 2164 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2164).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014740 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014740

1110/14740

B.— OBLIGACIONES DEL DEUDOR DE LA RENTA

1.— Pago de la renta

1110/1984

1984. TIEMPO DEL PAGO.— La obligación principal del deudor es pagar la renta en el momento convenido. Si el contrato no prevé la periodicidad de la renta, que puede ser anual, semestral, mensual, etcétera, debe entenderse que es anual, pues ésta es la forma típica contemplada en el Código (art. 2070 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2070). El contrato puede establecer que la renta se pague por adelantado o por períodos vencidos; si nada dice, debe interpretarse que es por períodos vencidos (ver nota 38). A falta de estipulación contraria, los períodos corren a partir de la fecha del contrato (ver nota 39).

1110/1985

1985. EN QUÉ MOMENTO SE ADQUIERE EL DERECHO A LA RENTA.— La adquisición del derecho a la renta depende del sistema de pago adoptado en el contrato. Si se ha estipulado el pago por períodos vencidos (o si no se ha estipulado nada, en cuyo caso se presume que el pago debe hacerse en esta forma) la renta se adquiere en proporción al número de días que la persona contemplada ha vivido (art. 2081 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2081). Así, por ejemplo, si se trata de una renta mensual de $ 1.000 y la persona vive 20 días, el deudor deberá a los herederos $ 666. ¿Se debe el día del fallecimiento? Algunos autores opinan que no, ciñéndose estrictamente al art. 24 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340.HTM&iid=AR_LA001 - Art_24, Código Civil, según el cual debe entenderse por día el intervalo que corre de media noche a media noche (ver nota 40); otros consideran que basta la circunstancia de que la persona viva ese día para computarlo a los efectos de la liquidación de la renta (ver nota 41). Aunque la cuestión tiene poca importancia, hay que reconocer que la primera opinión se ajusta más rigurosamente a los textos legales.

1110/1986

1986.— Si se ha convenido que la renta se pague anticipadamente cada período es adquirido por entero desde el día en que el pago debe ser hecho (art. 2081 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2081), de modo que los herederos del acreedor pueden reclamarlo aunque hubiera fallecido en ese mismo día (ver nota 42). Si el contrato se limitara a establecer que el pago es anticipado sin fijar los días en que debe ser hecho, se entiende que la primera cuota periódica es debida el mismo día del contrato y que ése es el punto de referencia de los sucesivos vencimientos (ver nota 43). Puede ocurrir que el contrato estableciera el momento de pago con alguna elasticidad; por ejemplo, la renta mensual se pagará del 1 al 5 de cada mes. Si el acreedor fallece el día 2, ¿ha quedado definitivamente adquirida esa mensualidad? Pensamos que el vencimiento de la obligación sólo se opera el 5 y que, por tanto, hasta ese día no se adquiere derecho a la mensualidad entera, pero sí a los días

transcurridos hasta el momento del fallecimiento.

1110/1987

1987.— Corre a cargo del acreedor de la renta la prueba de la existencia de la persona contemplada en el contrato (art. 2082 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_48.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2082). Este problema presenta interés cuando la vida contemplada no es la del propio acreedor o cuando siendo la suya, la renta es cobrada por apoderado. En cualquiera de estos supuestos, si el deudor pone en duda la existencia de la persona contemplada, corresponde al acreedor la prueba del hecho.

Puede valerse de cualquier medio de prueba (art. citado), por ejemplo, una certificación hecha por una autoridad judicial o policial o por un escribano público (ver nota 44), etcétera.

1110/1988

1988. INCIDENCIA DE LA INFLACIÓN EN LA RENTA VITALICIA.— La crónica inflación que caracteriza la economía contemporánea, ha venido a incidir de modo particularmente grave en el contrato oneroso de renta vitalicia. La persona que ha entregado un capital o un bien a cambio de una renta que en el momento del contrato le resultaba satisfactoria, se encuentra al cabo de algunos años con que sus previsiones han quedado frustradas por la inflación; la renta se vuelve cada día más insuficiente, en tanto que el capital entregado ha seguido la curva ascendente de los valores. En algunos países europeos en donde la inflación fue especialmente aguda, se dictaron leyes revalorizando las rentas (ver nota 45).

A nuestro entender, la solución de este problema requiere considerar dos situaciones distintas. Si el contrato se ha celebrado durante un período de inflación y en los años de cumplimiento el proceso inflacionario se mantiene a un ritmo más o menos constante, el acreedor de la renta no tiene derecho a reclamar la revalorización, porque la disminución del poder adquisitivo de la renta pactada es un hecho que el acreedor pudo y debió considerar al celebrar el contrato (ver nota 46). En todo caso, no habría sino un aumento del alea normal. Y nada se opone a que se convenga un aumento paulatino de la renta. Así, por ejemplo, podría convenirse una renta mensual de $ 500 durante los tres primeros años, $ 750 durante los tres siguientes, $ 1.000, los siguientes, etcétera. En suma, las partes tienen a su disposición un recurso simple para evitar que la inflación trastorne las bases económicas del contrato. Pero si la inflación no mantiene un ritmo normal y entra en una espiral acelerada, será necesario hacer jugar la teoría de la imprevisión y restablecer por ese recurso la equidad perdida por ese acontecimiento extraordinario.

1110/1989

1989. DEFLACIÓN Y OTRAS CAUSAS QUE AGRAVAN LAS PRESTACIONES DEL DEUDOR DE LA RENTA.— Así como la inflación perjudica al acreedor de la renta, la deflación perjudica al deudor; y el problema debe resolverse sobre las mismas bases que hemos indicado en el número anterior. Es claro que en el estado actual de la economía no se ven perspectivas de deflación seria.

Pero las previsiones del deudor pueden haber fallado por otras circunstancias, que han hecho más gravosas sus obligaciones. Así, por ejemplo, el deudor ha aceptado pagar una renta muy elevada con relación al capital especulando con las enfermedades del acreedor; pero luego éste sana y lo que parecía una obligación de corto tiempo se transforma en una pesada carga. No por ello puede el deudor reclamar la resolución del contrato, aunque ofrezca la devolución del capital y renuncie a las rentas ya pagadas (ver nota 47) salvo que en el contrato se hubiera reservado una opción para hacerlo.

1110/1990

1990. FALTA DE PAGO DE LA RENTA; RECURSOS DEL ACREEDOR.— Según el art. 2088 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_48.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2088, si el deudor no paga puntualmente la renta, el acreedor tiene derecho a demandar su pago, pero no puede pedir la resolución del contrato, a menos que en éste se hubiera reservado el acreedor ese derecho. Era una regla lamentable. Quizás en pocos casos como en éste se justifica el pacto comisorio ex lege; es de toda evidencia la necesidad de dotar al acreedor de la renta de medios de protección enérgicos; pues una renta que no se paga puntualmente, no satisface las necesidades económicas del acreedor; la ejecución judicial de las cuotas atrasadas, aunque sea coronada por el éxito, será siempre un recurso tardío. El nuevo art. 1204 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_31.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1204ha venido a resolver el problema al otorgar la acción de resolución en todos los contratos civiles; de tal modo que el art. 2088 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_48.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2088debe considerarse tácitamente derogado en cuanto se opone al nuevo art. 1204 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_31.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1204.

Algunas legislaciones extranjeras brindan otro recurso al acreedor de la renta: puede ejecutar los bienes del deudor en cantidad suficiente para reunir un capital cuya inversión permita atender con sus intereses el pago de la renta (ver nota 48). Aunque nuestro Código no lo establece expresamente, pensamos que los acreedores de renta vitalicia tienen derecho a valerse de este recurso; único que les asegura el goce puntual de su renta (ver nota 49); salvo, claro está, que el deudor ejecutado garantice satisfactoriamente el pago puntual de las rentas futuras. Para aceptar este procedimiento de cobro, no nos parece un obstáculo invencible la falta de un texto legal expreso que lo autorice; en el fondo, no se trata sino de un procedimiento destinado a asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, que guarda cierta similitud con las astreintes. Lo que no es aceptable, es que el acreedor de la renta carezca de recursos legales y judiciales que le aseguren el goce efectivo y oportuno

de sus derechos.

El capital así embargado, debe ser invertido con autorización judicial (ver nota 50); queda sentado que sus rentas pertenecen al acreedor y su propiedad al deudor (ver nota 51) quien, desde luego, también tendrá derecho a las rentas en la medida en que ellas sean superiores a las que corresponden al acreedor.

1110/1991

1991.— En caso de falencia del deudor de la renta, el acreedor concurre con un crédito equivalente al capital que se necesita para asegurar a los intereses corrientes, el pago de la renta (ver nota 52). Por intereses corrientes debe entenderse los normales de plaza, es decir, los que cobra el Banco de la Nación con sus operaciones de descuentos.

2.— Obligación de dar las seguridades prometidas

1110/1992

1992. SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE ESTA OBLIGACIÓN.— Frecuentemente el acreedor de la renta vitalicia que entrega un capital, exige seguridades suficientes del pago oportuno de la renta. De lo contrario se expone a perder su capital y su renta.

Si el deudor no da las seguridades que hubiere prometido o si hubiesen disminuido por hecho suyo, el acreedor puede demandar la resolución del contrato y la restitución del precio de venta (art. 2087 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_48.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2087).

En esta norma se contemplan dos situaciones distintas:

a) Que no se hayan dado las garantías prometidas; la ley se refiere tanto a las reales como a las personales. La omisión de estas garantías da derecho a pedir la resolución del contrato, con prescindencia de que haya mediado o no culpa del deudor (ver nota 53).

b) Que hayan disminuido las garantías dadas; en este caso sólo habrá derecho a pedir la resolución si la disminución ha sido provocada por un hecho culpable del deudor. En este sentido debe entenderse la expresión por hecho suyo contenida en el art. 2087 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_48.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2087; en consecuencia no habrá responsabilidad si la garantía disminuyó por fuerza mayor o por el hecho del tercero (ver nota 54).

Sin embargo, una disminución insignificante de la garantía, aunque culpable, no permite pedir la resolución (ver nota 55); la pretensión del acreedor sería abusiva.

¿Puede el juez admitir garantías distintas de las pactadas en el contrato? En principio la

respuesta debe ser negativa; pero si fuera notorio que la garantía ofrecida es equivalente o superior a la convenida, el juez puede admitirla a pesar de la oposición del acreedor (ver nota 56).

1110/1993

1993.— La resolución del contrato no se produce de pleno derecho sino a pedido del acreedor. Se admite generalmente que el deudor puede paralizar la acción hasta el momento de la sentencia definitiva, dando las garantías prometidas o restituyendo la dadas a su valor originario (ver nota 57), porque desaparecería el fundamento de la demanda. Por iguales motivos, la resolución no puede decretarse si durante el trámite del juicio fallece el acreedor (ver nota 58).

1110/1994

1994. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.— Si bien el Código establece el derecho del acreedor a pedir la resolución del contrato, no prevé sus efectos. Sobre el punto se han sostenido dos opiniones encontradas:

a) De acuerdo con la primera, el deudor de la renta tendría que devolver el capital más sus intereses y frutos y el acreedor las rentas que hubiere percibido (ver nota 59).

b) Otros autores sostienen que la resolución obliga a devolver el capital sin los frutos, en tanto que el acreedor conserva para sí las rentas (ver nota 60). El fundamento de esta opinión es el siguiente: la resolución del contrato obra como condición resolutoria y el art. 557 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_17.HTM&iid=AR_LA001 - Art_557establece que verificada dicha condición no se deberán los frutos recibidos en el intermedio; de allí se desprende que el deudor de la renta deberá devolver sólo el capital y no los intereses o frutos. Y si esto es así, no se concibe que el acreedor pueda ser obligado a devolver la renta, pues la resolución vendría a perjudicarlo gravemente (desde que habría perdido los frutos durante todo el tiempo que el deudor de la renta tuvo el capital en su poder) siendo que la ley la establece en su beneficio.

Por nuestra parte adherimos a la primera teoría y pensamos que la opinión contraria tiene un punto de partida falso. La resolución del contrato por voluntad del acreedor (operando sobre un incumplimiento del deudor) no es una condición resolutoria, pues los efectos de ésta se producen ipso iure sin necesidad de que el interesado lo pida (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 1071 bis). El art. 557 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_17.HTM&iid=AR_LA001 - Art_557deviene así inaplicable. Se trata por el contrario de la extinción retroactiva de los efectos del contrato; de donde resulta que ambas partes deberán devolver todo lo que han recibido como consecuencia de él: el deudor de la renta, el capital y sus intereses y frutos; el acreedor, las rentas percibidas. Sin perjuicio de la acción por daños y perjuicios que hay que reconocer al acreedor, como a todo contratante que ha resultado perjudicado

por el incumplimiento del otro (ver nota 61).

1110/1995

1995.— Puede ocurrir que durante el lapso que la cosa ha estado en poder del deudor, se haya perdido o deteriorado. Si ha mediado culpa del deudor, estará obligado a restituir al acreedor una cosa igual o a indemnizarle los daños y perjuicios; si no ha mediado culpa, estará exento de responsabilidad por la pérdida o deterioro (ver nota 62).

1110/1996

1996.— ¿Qué ocurre si el deudor de la renta ha enajenado la cosa o ha constituido sobre ella algún derecho real de hipoteca, prenda, usufructo o servidumbre? ACUÑA ANZORENA opina que tratándose de bienes inmuebles, no pueden oponerse al constituyente de la renta las enajenaciones hechas por el deudor ni los derechos reales constituidos en favor de terceros, de tal modo que puede tomar la cosa libre de toda carga, al tenor de lo dispuesto en el art. 2670 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_59.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2670; en cambio, si la cosa fuera mueble, juega el art. 2671 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_59.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2671, según el cual la revocación del dominio no tiene efectos retroactivos contra terceros adquirentes, usufructuarios o acreedores pignoratorios sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tuvieren una obligación personal de restituir la cosa (ver nota 63).

Por nuestra parte pensamos que lo que se resuelve es el contrato y no el dominio; en tal forma que el acreedor que entregó la cosa no readquiere un derecho real, sino uno creditorio, por el cual puede accionar contra el deudor para demandarle la entrega de la cosa. Ello significa que los derechos adquiridos por terceros se mantienen en pie no obstante la sentencia que hace lugar a la resolución (ver nota 64).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014750 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014750

1110/14750

C.— EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS

1110/1997

1997. POSIBLES CONFLICTOS.— a) Falencia del deudor. En caso de quiebra o concurso del deudor, el acreedor de la renta entra en la masa con un crédito equivalente al capital que se necesita para pagar la renta, colocando esa suma al interés corriente (sobre el concepto

de interés corriente, véase nº 1991). Si el deudor no hubiera dado garantías reales, el acreedor de la renta entrará al concurso en carácter de acreedor quirografario. Muy probablemente la masa de los bienes del deudor no alcanzará a cubrir la totalidad de los créditos; el capital correspondiente al deudor se reducirá proporcionalmente y, desde luego, no permitirá atender el pago de la totalidad de la renta convenida. Se presenta entonces este problema: ¿los derechos del acreedor se limitan a la renta del capital así reducido o puede tomar del capital la parte necesaria para cubrir las rentas pactadas, a medida que éstas vayan venciendo? La jurisprudencia y la doctrina francesas se han inclinado por este último sistema, más favorable al acreedor de la renta (ver nota 65). De más está decir que el capital sobrante, luego de fallecida la persona contemplada en el contrato, pertenece a la masa.

La inversión del capital para cumplir con el pago de la renta debe hacerse con intervención judicial (véase nº 1990).

1110/1998

1998. b) Resolución del contrato.— Los posibles conflictos entre el acreedor de la renta y los terceros que han adquirido algún derecho real sobre la cosa que constituye el capital, han sido estudiados en el número 1994, al que remitimos.

1110/1999

1999. DERECHOS DE LOS ACREEDORES DEL ACREEDOR DE LA RENTA.— La renta vitalicia constituye un derecho patrimonial y como tal está sujeto a la acción de los acreedores del acreedor de la renta. Sería nula toda cláusula del contrato que estableciera la inembargabilidad de la renta (art. 2076 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2076), porque los derechos que la ley reconoce a los acreedores no pueden ser enervados por convenios entre terceros. Pero si la renta tuviera carácter de pensión alimenticia, será inembargable (art. citado), de acuerdo con los principios que rigen los alimentos.

Los acreedores del acreedor de la renta pueden demandar al deudor por el cobro de ella en ejercicio de la acción subrogatoria (ver nota 66), a menos que se tratara de una pensión alimenticia, en cuyo caso no pueden ejercerla, porque de nada les beneficiaría, ya que de cualquier modo no podrían hacer ejecución de ese derecho.

1110/2000

2000. CESIÓN DE LA RENTA.— El acreedor de la renta puede cederla a título gratuito u oneroso; es nula la cláusula contractual que establezca la incesibilidad (art. 2075 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2075). Por efecto de la cesión pasan al cesionario, junto con el derecho a la renta, todas las garantías reales o personales de que gozaba el acreedor primitivo (ver nota 67).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014760 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014760

1110/14760

§ 4.— Fin del contrato

1110/2001

2001. EXTINCIÓN POR MUERTE DE LA PERSONA CONTEMPLADA.— La renta se extingue en el momento de la muerte de la persona contemplada en el contrato (art. 2083 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_48.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2083). La prueba de que la persona vive, compete al acreedor (art. 2082 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_48.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2082; véase nº 1987).

Ordinariamente la vida contemplada es la del acreedor de la renta; pero si fuera una persona distinta (el propio deudor o un tercero), la muerte del acreedor no extingue su derecho, que pasa a sus herederos (art. 2086 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_48.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2086).

Si las vidas contempladas en el contrato son varias, el derecho del acreedor subsiste íntegramente hasta la muerte de la última persona designada (art. 2085 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_48.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2085), salvo que lo contrario se haya establecido en el contrato (ver nota 68).

1110/2002

2002.— Supongamos ahora que el deudor haya dado muerte al acreedor. Este supuesto ha dado lugar a un problema jurídico clásico, para el que se han propuesto múltiples soluciones. Según algunos, los herederos del acreedor tendrían derecho a designar otra persona de la misma edad, cuya vida pasaría a marcar el límite de las obligaciones del deudor (ver nota 69); según otros el contrato quedaría resuelto o anulado con obligación del deudor de restituir el capital con sus intereses y frutos más los daños y perjuicios (ver nota 70); para otros no hay nulidad ni resolución, pero el homicida debe todos los daños y perjuicios (ver nota 71); finalmente, se sostiene que el contrato se reputa subsistente hasta el momento de la muerte probable de la persona, de acuerdo con las tablas de mortalidad confeccionadas por las compañías de seguros (ver nota 72). A nuestro entender, el crimen ha hecho imposible el cumplimiento del contrato por culpa del deudor; en consecuencia, los herederos del acreedor pueden reclamar los daños y perjuicios derivados de ese incumplimiento a cuyo fin habrá que calcular las rentas que pudo percibir el fallecido

tomando en cuenta su vida probable de acuerdo con las tablas de mortalidad; esa indemnización debe pagarse globalmente en el momento de la sentencia sin que los herederos tengan que esperar el vencimiento de cada una de las cuotas periódicas.

Cualquiera sea la solución que se adopte pensamos que la cuestión sólo se plantea en la hipótesis de homicidio intencional; si sólo ha mediado culpa del deudor (por ej., muerte ocurrida en un accidente de automóvil), el fallecimiento debe considerarse accidental y el deudor queda liberado de seguir pagando la renta.

1110/2003

2003. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.— El acreedor tiene derecho a demandar la resolución del contrato si el deudor no da las garantías prometidas o si hubiéndolas dado, ellas disminuyen por un hecho que le es imputable; hemos tratado el punto en el número 1992, al que remitimos.

El incumplimiento de la obligación de pagar la renta no permite demandar la resolución, a menos que lo contrario se hubiere pactado en el contrato (nº 1990).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014770 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014770

1110/14770

II. CONTRATO GRATUITO DE RENTA VITALICIA

1110/2004

2004. REGLAS APLICABLES.— El Código no ha reglamentado el contrato gratuito de renta vitalicia; le son aplicables por analogía las reglas relativas a la renta onerosa, en tanto no deban modificarse en razón del carácter gratuito. Las diferencias más importantes son las siguientes.

a) Capacidad. El deudor de la renta gratuita necesita capacidad para donar y el acreedor para recibir donaciones.

b) Forma. Se requiere la escritura pública con carácter solemne (art. 1810 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1810, inc. 2º), de tal modo que el acto privado carece de todo valor, inclusive para demandar la escrituración.

c) Formación del contrato. El contrato es puramente consensual; no podría aplicarse en nuestro caso el art. 2071

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2071, según el cual el contrato no queda concluido sino por la entrega del capital, ya que por hipótesis no hay tal entrega.

d) Garantías ofrecidas. No juegan en nuestra hipótesis las disposiciones relativas a las garantías ofrecidas, porque muy difícilmente se concibe que el autor de una liberalidad prometa garantías del cumplimiento de su promesa y porque aun en ese caso carecería de todo sentido reconocer al acreedor un derecho a demandar la resolución del contrato, derecho de cuyo ejercicio él sería el único perjudicado.

e) Nulidad. No juega la causal de nulidad del art. 2078 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2078(ver nota 73).

f) Reducción y colación. La renta queda sujeta a las acciones de reducción y colación puesto que se trata de una liberalidad (ver nota 74).

g) Acción revocatoria. La acción revocatoria de un contrato gratuito de renta vitalicia no exige la prueba del conocimiento por el acreedor de la insolvencia del deudor (art. 967 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_25.HTM&iid=AR_LA001 - Art_967).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SALVAT, Contratos, t. 3, núms. 2151 y sigs.; MACHADO, t. 5, ps. 447 y sigs.; PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, núms. 1217 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Contrats aléatoires; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, núms. 1387 y sigs.; GUILLOUARD, Contrats aléatoires; MESSINEO, t. 6, § 161; ANDREOLI, La rendita vitalizia, 3ª ed., Torino, 1958; BUTERA, Del contrato vitalizio, Torino, 1932; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, ps. 461 y sigs.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, ps. 497 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4., ps. 649 y sigs.; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 184 y 185.

(nota 2) Es inadmisible la opinión de SALVAT (Contratos, t. 3, nº 2151) de que nuestro Código no admite el contrato gratuito de renta vitalicia, frente al texto expreso del art. 1810 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1810, inc. 2º. Por lo demás, todas las legislaciones admiten también esta modalidad: Cód. Civil francés, arts. 1968 y sigs.; italiano, art. 1872; suizo, arts. 516 y sigs., español, art. 1807; venezolano, art. 1789; mexicano, art. 2775; peruano, art. 1925; brasileño, art. 1424; uruguayo, art. 2182, etc.

(nota 3) Por la validez de tales cláusulas: ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 184, I, 4, nota 9 y sus anotadores PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. En contra: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 2 a), al nº 2152; MACHADO, t. 5, p. 449.

(nota 4) Así lo dice TARTUFARI, al tratar un problema análogo (cit. por ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 5).

(nota 5) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2152 y su anotador ACUÑA ANZORENA; LAFAILLE, t. 2, nº 683.

(nota 6) La bilateralidad de este contrato ha sido puesta en cuestión. Algunos autores opinan que es unilateral porque en definitiva, una vez constituida la obligación y entregado el capital, el único que queda obligado es el deudor de la renta (en este sentido: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, nota 5 b) al nº 2155; LAFAILLE, t. 2, nº 684; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, p. 649). En el fondo es una cuestión de ponerse de acuerdo sobre el significado de las palabras unilateral y bilateral aplicadas a los contratos; pero no parece sensato afirmar que no tiene obligaciones quien debe hacer entrega de capital. La circunstancia de que ese capital se entregue en el momento de suscribir el contrato no significa que éste no haya impuesto obligaciones al acreedor de la renta; de igual manera que la compraventa manual es un contrato típicamente bilateral a pesar de que las obligaciones recíprocas quedan agotadas en el momento mismo de contratar. Véase la aguda crítica de PUIG BRUTAU (t. 2, vol. 2, p. 501) a la opinión que combatimos.

(nota 7) Así lo dispone el Proyecto de 1936, art. 1292 y el Anteproyecto de 1954, art. 1428. De acuerdo: PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 509, quien cita la opinión concordante de ROCA SASTRE.

(nota 8) De acuerdo: ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 5.

(nota 9) PLANIOL-RIPERT- LEPARGNEUR, t. 1, nº 1228 y jurisprudencia allí citada: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 246; ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 5 y jurisprudencia de los tribunales italianos allí citada.

(nota 10) De acuerdo: TARTUFARI, citado por ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 5.

(nota 11) De acuerdo: autores citados en nota 3197.

(nota 12) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2175.

(nota 13) SALVAT sostiene que si la renta se constituye en favor de una persona incapaz de recibir a título gratuito, la donación es nula (loc. cit. en nota anterior). Aunque no aclara si

se trata de incapacidad de hecho o de derecho, parece aludir a ambas. Ahora bien: la incapacidad de hecho no es un obstáculo invencible para recibir una donación, pues pueden aceptarla los representantes legales del incapaz. En cuanto a la incapacidad de derecho, el art. 2079 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2079se refiere precisamente a esta hipótesis y lejos de sancionar el contrato con la nulidad, le reconoce plena eficacia.

(nota 14) PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 1229; GUILLOUARD, Contrats aléatoires, nº 140; PONT, nº 866; ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 12; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 185, I, 1.

(nota 15) Nosotros seguimos la terminología (vida contemplada) de la doctrina italiana.

(nota 16) PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR opinan en cambio, que no hay inconveniente en que el contrato contemple la vida de una persona que todavía no ha sido concebida (nº 1230).

(nota 17) POTHIER, nº 225; LAURENT, t. 27, nº 280.

(nota 18) HUC, t. 11, nº 345; PLANIOL, nota en D.P. 1905, 1, 89.

(nota 19) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2169 y su anotador ACUÑA ANZORENA; PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 1231; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 251; GUILLOUARD, Contrats aléatoires, nº 149; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 1339.

(nota 20) En un orden de ideas semejante dice PUIG BRUTAU que la nulidad se explica como medida de política jurídica encaminada a evitar que la obligación se funde en un riesgo distinto del que es normal en esta clase de contratos (Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 507).

(nota 21) La doctrina es unánime; véase SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2170; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 216; PONT, t. 1, nº 711; etc.

(nota 22) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2170.

(nota 23) SALVAT, loc. cit. en nota anterior.

(nota 24) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2170; MACHADO, t. 5, p. 457; PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 1236; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 218; PONT, t. 1, nº 711.

(nota 25) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 25 al nº 2170; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 219.

(nota 26) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2170; PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 1232; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 218; HUC, t. 11, nº 348; PONT, t. 1, p. 711.

(nota 27) De acuerdo: C. Civil París, 16/1/1931, Gaz. Pal., 1931, 1, 441 (cit. por PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, ed. La Habana, t. 11, p. 528, nota 3).

(nota 28) PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 1232; GUILLOUARD, Contrats aléatoires, nº 152. En contra: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 220.

(nota 29) PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 1232; AUBRY y RAU, § 388.

(nota 30) PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 1232.

(nota 31) LLERENA, t. 6, p. 336; MACHADO, t. 5, p. 459; ACUÑA ANZORENA adhiere a este punto de vista, sin fundar su opinión (en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2159).

(nota 32) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2160; PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 1227; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 249; PONT, nº 728; AUBRY y RAU, § 388.

(nota 33) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2162; PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 1226; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 311.

(nota 34) De acuerdo en todo este párrafo: ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 19; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 184, II. El Tribunal Supremo de España decidió

que había renta vitalicia cuando el acreedor no transmitía el dominio de la cosa, como ocurre si sólo transmite el usufructo. Esta decisión ha merecido la aprobación de CASTÁN TOBEÑAS (t. 4, p. 652) pero, en cambio, ha suscitado la crítica de la mayor parte de los tratadistas que se inclinan por un concepto amplio del "capital" en su aplicación a este contrato (PUIG BRUTAU, t. 4, p. 508; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, notas a ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, p. 445).
La C. Civil Cap., Sala D, admitió la renta vitalicia constituida sobre la base de la cesión de una cuota de capital en una sociedad (27/5/1962, L.L., t. 66, p. 679).

(nota 35) En el sentido de que el capital puede integrarse en cuotas: ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 184, II.

(nota 36) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2163, cuya opinión es compartida por su anotador ACUÑA ANZORENA.

(nota 37) De acuerdo: C. Apel. Rosario, 17/5/1935, J.A., t. 52, p. 321; MACHADO, t. 5, p. 452.

(nota 38) De la redacción del art. 2081 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_47.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2081se desprende claramente que salvo convenio en contrario, se supone que los períodos son vencidos. De acuerdo: PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 1235; ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 22.

(nota 39) Autores y loc. cit. en nota anterior; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2185.

(nota 40) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2186, nota 40 a); MACHADO, t. 5, p. 476; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 345; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 511.

(nota 41) SALVAT, loc. cit. en nota anterior.

(nota 42) PLANIOL-RIPERT-LE PARGNEUR, t. 11, nº 1235; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 347; AUBRY y RAU, § 389; ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 22.

(nota 43) ANDREOLI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 44) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2188; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 350; PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 1236; JOSSERAND, t. 2, vol. 2, nº 1391.

(nota 45) Así ocurrió en Italia, donde la ley del 24 de febrero de 1953 dispuso la revaluación en 16 veces de todas las rentas constituidas antes del 31 de diciembre de 1945 cuando el capital entregado consistiera en un bien inmueble y siempre que el deudor de la renta, que lo recibió en propiedad, no lo hubiera enajenado antes del 1º de enero de 1946.

(nota 46) De acuerdo: MESSINEO, t. 6, § 161, nº 7.

(nota 47) Así lo disponen expresamente el Cód. Civil francés, art. 1979 y el italiano, art. 1879.

(nota 48) Cód. Civil francés, art. 1978; italiano, art. 1878.

(nota 49) En contra: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2191 y nota 45, quien piensa que este sistema no es aplicable en nuestro país.

(nota 50) ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 25.

(nota 51) PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 1238.

(nota 52) ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 25 in fine; MESSINEO, t. 6, § 161, nº 8.

(nota 53) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2182; MACHADO, t. 5, p. 465; LLERENA, t. 6, ps. 348 y sigs.

(nota 54) Unanimidad en la doctrina; además de los autores citados en nota anterior, véase: PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 1241; GUILLOUARD, Contrats aléatoires, nº 197; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 262; ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 26.

(nota 55) ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 27.

(nota 56) ANDREOLI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 57) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2183; MACHADO, t. 5, p. 465; LLERENA, t. 6, p. 349; PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 270; AUBRY y RAU, § 390.

(nota 58) Autores citados en nota anterior.

(nota 59) PLANIOL-RIPERT- LEPARGNEUR, t. 11, nº 1243; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 271; LAURENT, t. 17, nº 316; ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 27.

(nota 60) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2184 a); HUC, t. 11, nº 352; GUILLOUARD, Contrats aléatoires, nº 201; AUBRY y RAU, § 390.

(nota 61) De acuerdo sobre la acción de daños y perjuicios: PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 1243; ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 27.

(nota 62) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, nº 2184 b).

(nota 63) ACUÑA ANZORENA en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2184 c). Es necesario añadir que este autor agrega que la resolución de los derechos de terceros sólo puede operarse si en el título de transferencia de la cosa constan las condiciones del contrato y las garantías pactadas, porque de lo contrario habría que estar a la apariencia jurídica.

(nota 64) De acuerdo: ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 33 in fine.

(nota 65) Véase PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, t. 11, nº 1329 y jurisprudencia allí citada; AUBRY y RAU, § 390.

(nota 66) ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 28.

(nota 67) Autor y loc. cit. en nota anterior.

(nota 68) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2193.

(nota 69) LLERENA, t. 6, p. 341.

(nota 70) MACHADO, t. 5, p. 458; AUBRY y RAU, § 390; PONT, t. 1, nº 784.

(nota 71) ACUÑA ANZORENA en SALVAT, Contratos, nota 476, al nº 2193.

(nota 72) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 5, p. 458; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 185, I, 1; ANDREOLI, La rendita vitalizia, nº 29 (para quien los herederos pueden optar por esta solución o por la rescisión de los contratos y los daños y perjuicios). Esta solución ha sido expresamente adoptada por el Código japonés (art. 693).

(nota 73) JOSSERAND, t. 2, vol. 2, nº 1389; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 1337.

(nota 74) Autores y loc. cit. en nota anterior.

DEPÓSITO

1110/14790

CAPÍTULO XXXII - DEPÓSITO (ver nota 1)

1110/14800

§ 1.— Nociones generales

1110/2005

2005. CONCEPTO.— Muchos son los contratos que obligan a una de las partes a guardar y conservar la cosa de otro. El mandatario debe guardar las cosas cuya administración le ha sido confiada; el empresario las cosas que se ha comprometido a reparar; el comodatario la que se le ha prestado; el transportador las que lleva de un lugar a otro. Pero en todos estos casos la obligación de guarda es accesoria de otra principal, que constituye el verdadero objeto del contrato. En el contrato de depósito, en cambio, la finalidad esencial es precisamente la guarda de la cosa. Habrá, por tanto, depósito cuando una de las partes entrega a la otra una cosa con la sola finalidad de custodiarla hasta que aquélla la reclame (ver nota 2).

1110/2006

2006.— En nuestro Derecho, la cosa objeto del depósito puede ser mueble o inmueble (Art_2182).

Esta solución importa una anomalía en el derecho comparado; salvo contadas excepciones, las restantes legislaciones sólo permiten el depósito de cosas muebles (ver nota 3). VÉLEZ SARSFIELD defendió su solución en la nota al Art. 2182, diciendo que no se encuentra razón para decir que una persona que cierra su casa y deposita en otra las llave, no efectúa un depósito sino una locación de servicios, pues el objeto del acto ha sido depositar la cosa, aunque subsidiariamente se exija algún servicio; y agrega que el secuestro judicial no es sino un depósito (aunque no contractual) y nadie niega que puede ser de cosas inmuebles. A pesar de la indudable fuerza de la argumentación, parece preferible limitar la esfera de acción del contrato de depósito a las cosas muebles. Dice PUIG BRUTAU, con razón, que lo que en definitiva interesa es decidir si el cumplimiento de la obligación de custodiar una cosa inmueble queda mejor determinado con referencia a las reglas del contrato de depósito o de otra figura jurídica (ver nota 4). Un rápido análisis de los supuestos de "depósito" de inmuebles prueba, en efecto, que las relaciones entre las partes encuadran mejor dentro de otros contratos. Supongamos que se trata del cuidado de un inmueble y que el cuidador está obligado a administrarlo, percibir sus frutos, etcétera. Es obvio que tales relaciones encuadran mejor dentro del concepto de mandato de administración. Si se trata de un simple casero, cuya obligación se reduce al cuidado y conservación del inmueble, parece preferible regular las obligaciones de acuerdo con el contrato de trabajo. Es indudablemente este contrato el que ha estado en el espíritu de las partes: la falta de solvencia económica de los caseros (que en la práctica son siempre de modesta condición) prueba que el dueño de casa no ha pensado en su responsabilidad como garantía de restitución de la cosa; el casero es casi siempre remunerado y se le paga un sueldo de la manera que es habitual para los obreros o empleados.

La limitación, hoy aceptada generalmente, del depósito a las cosas muebles, obedece a la estructura especial de este contrato, cuyas reglas tienen como finalidad asegurar la restitución de las cosas que serían susceptibles de desaparición (ver nota 5).

1110/2007

2007. CARACTERES.— El contrato de depósito tiene los siguientes caracteres:

a) Es en principio gratuito (art. 2183), pero puede ser oneroso si las partes lo acuerdan así. Según el art. 2183, una remuneración espontáneamente ofrecida por el depositante al depositario, o la concesión a éste del uso de la cosa al celebrar el contrato, o después de celebrarlo, no quita al depósito el carácter de gratuito. No es posible tomar esta disposición en sentido absolutamente literal, porque no tendría razón de ser; desde el momento en que el depositante promete una remuneración, el contrato deja de ser gratuito. Lo que se ha querido significar es que el contrato no pierde por ello su carácter de depósito. Tampoco

hay que atribuir importancia al requisito que pareciera imponerse al exigir que la retribución debe ser espontáneamente ofrecida. Tal como el contrato ha quedado concluido (es decir, tal como lo examina el juez que debe resolver el caso que se le presenta) contiene una cláusula por la cual el depositario tiene derecho a una remuneración. Que esa cláusula se haya incluido en el contrato como un gesto espontáneo del depositante o como una condición impuesta por el depositario para hacerse cargo del depósito, es totalmente irrelevante. Lo cierto es que la obligación existe y que el depositante debe cumplir con ella.

Sin duda alguna, lo que el codificador quiso destacar es que el depósito es por naturaleza gratuito y que las obligaciones del depositario no varían (lo que no es totalmente exacto) porque se le haya prometido alguna remuneración. La postura asumida por VÉLEZ en este punto revela cómo sobreviven en las leyes algunas instituciones que ya han perdido su razón de ser. En el derecho romano clásico, el depósito era necesariamente gratuito; como la entrega del depósito era un acto de confianza y el recibirlo de amistad, chocaba al sentimiento común que pudiera ponerse precio a tales servicios; si había remuneración, dejaba de ser depósito (ver nota 6). Pero al cambiar las costumbres, varió también el concepto. Ya en el derecho justineaneo se admitía el depósito remunerado. Y es necesario reconocer que en nuestros días nadie piensa en el depósito como en un contrato esencial o necesariamente gratuito; la enorme mayoría de los depósitos (y, por lo tanto, todos los de carácter comercial: art. 573 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_2637_8.HTM&iid=AR_LA001 - Art_573, Cód. de Com.) son remunerados. Cabe, pues, poner en duda inclusive el principio de que salvo pacto en contrario, el depósito debe considerarse gratuito (ver nota 7); con todo, esta regla obedece a una larga tradición jurídica y tiene la ventaja de definir la solución en caso de que el contrato guardara silencio o mediare duda sobre el punto.

1110/2008

2008.— b) Siendo gratuito, es también unilateral, ya que las obligaciones recaen solamente sobre el depositario, que debe cuidar de la cosa y luego restituirla al depositante. Es verdad que el depositante estará obligado a reintegrarle los gastos, si los hubo; pero esta obligación no es otra cosa que una responsabilidad eventual, que puede nacer o no, según se haya o no incurrido en gastos y que sólo tiene como finalidad hacer menos gravosa la carga que asume el depositario. Pero será bilateral si tiene carácter oneroso.

1110/2009

2009.— c) Es un contrato real, que no queda concluido sino con la entrega de la cosa (art. 2190); entrega que puede ser real o ficta (como ocurre si la cosa está ya en poder del depositario por un título distinto) (ver nota 8). Sin perjuicio de la validez de la promesa del depósito de que nos ocuparemos en el número 2015.

1110/2010

2010.— d) Es un acto de confianza del depositante en el depositario. Esta confianza está en la raíz del contrato y, según hemos de verlo, gobierna sus efectos de una manera permanente.

1110/2011

2011. DISTINCIÓN CON OTROS CONTRATOS.— Hemos dicho ya que en numerosos contratos una de las partes recibe de la otra una cosa que está obligada a guardar y conservar, sin que por ello sean depósitos, porque la obligación de guardar resulta accesoria de otra principal que es la que se tiene en mira al contratar; en tanto que en el depósito, la guarda y conservación es la obligación única o casi única (ver nota 9). Ordinariamente, basta con esto para una clara distinción conceptual; pero con frecuencia, los contratos asumen formas atípicas en las que el encuadre jurídico no resulta sencillo. Debe considerarse que no hay depósito cuando una persona deja una cosa en casa de alguien, aunque sea con su consentimiento, si ella no ha contraído una obligación de guarda (ver nota 10), tal como ocurre con el abrigo o el paraguas que deja en la percha el visitante, el cliente de un profesional (médico, abogado, etc.), o de una casa de comidas (ver nota 11). Aunque es muy similar la situación de los efectos dejados por el obrero en la fábrica (ropa, bicicleta, etc.), la tendencia contemporánea a proteger el trabajo ha hecho prevalecer la solución de que el patrón debe considerarse responsable de su daño o extravío como un depositario (ver nota 12). Pero habrá depósito si una de las partes ha asumido claramente una obligación de guarda, como ocurre cuando el propietario del cine, teatro, restaurante, club, etcétera, organiza un guardarropas con empleado encargado de su cuidado, sobre todo si se entregan tickets (ver nota 13).

Con respecto a los depósitos en cajas fuertes bancarias y al contrato de garaje, véase números 599 y 600, respectivamente. La conservación de pieles o alfombras en casas especializadas debe reputarse depósito, aunque algunas veces las obligaciones del depositario excedan de las normales, como ocurre si las pieles deben guardarse en cámaras frigoríficas (ver nota 14).

Se ha declarado que quien recibe animales a pastaje conservando la tenencia del campo, asume las obligaciones del depositario (ver nota 15). En cambio, la entrega de una suma de dinero para su inversión en préstamos hipotecarios (ver nota 16) o para la constitución de una sociedad (ver nota 17), no constituye depósito, sino mandato.

1110/2012

2012.— Más clara resulta la distinción con el préstamo de uso o comodato. En este contrato, la cosa se entrega para que la use el comodatario; es verdad que tiene que cuidarla, pero lo esencial es el uso. La diferencia se hace más borrosa cuando el depositante autoriza al depositario a usar la cosa que le da a guardar; pero aun así los conceptos son claros; el depósito tiene principalmente en mira el interés del depositante, cuyas cosas se dan a guardar; el comodato tiene en mira el interés del comodatario a quien se lo autoriza a usar de la cosa. Además, el comodato es necesariamente gratuito, en tanto que el depósito

puede ser oneroso. De estas diferencias esenciales surgen otras: la responsabilidad del depositario es más estricta que la del comodatario (arts. 2202); el depositario puede ser obligado a devolver en cualquier momento la cosa depositada (art. 2217), en tanto que el comodatario puede conservarla hasta el plazo fijado en el contrato, salvo que el comodante funde su pedido de reintegro en una necesidad imprevista y urgente.

1110/2013

2013.— La diferencia con el mutuo o préstamo de consumo es más neta aún: en este contrato, la tradición de la cosa lleva envuelta la transferencia de la propiedad al prestatario, en tanto que el depositante conserva intacto el dominio. Sin embargo, en el depósito irregular, esta distinción esencial desaparece, porque también el depositario adquiere el dominio y debe restituir sólo una cosa equivalente. Pero aún pueden señalarse algunas diferencias importantes: a) el depósito se celebra principalmente en interés del depositante, el préstamo principalmente en interés del que lo recibe; b) es verdad que si el préstamo y el depósito son onerosos, también el depositario y el prestamista tienen interés en el contrato; pero en el depósito, el que paga la retribución es el que entrega la cosa, en tanto que en el préstamo es el que la recibe (ver nota 18); c) el depositante puede exigir en cualquier momento la restitución de la cosa, en tanto que el prestamista tiene que atenerse a los plazos contractuales.

1110/2014

2014.— ¿Existe un contrato de guarda autónomo del depósito? Tal tesis ha sido sostenida con brillo por TUNC, quien partiendo de la consideración de ciertas formas marginales del depósito (contrato de garaje, de depósitos en cajas fuertes bancarias, de guarda de pieles, alfombras, etc.), sostiene que existe un contrato autónomo, el de guarda, que no debe confundirse con el de depósito (ver nota 19). A su juicio, las notas diferenciales más importantes son las siguientes: 1) El contrato de depósito es normalmente gratuito, en tanto que la guarda es siempre onerosa; es un “contrato profesional”. 2) Mientras que el depósito es libremente negociado por las partes, el contrato de guarda, por más que nada se opone a la concertación de estipulaciones especiales, en la práctica es de adhesión.

En nuestra opinión, el esfuerzo de TUNC ha sido fructífero para precisar los caracteres comunes de una serie de contratos que no sin dificultad pueden encajar dentro de la figura clásica del depósito. Pero cabe preguntarse si las diferencias señaladas son suficientes para admitir una categoría contractual autónoma. En efecto, ni la retribución ni la circunstancia de que a veces una de las partes no haga sino adherir a las condiciones impuestas por la otra, parecen justificar el desmembramiento propugnado por este jurista. Esto, si se considera el problema de lege ferenda. Pues en el plano del derecho positivo vigente, no interesa una nueva categoría contractual si en definitiva se le han de aplicar por analogía las reglas del depósito.

1110/2015

2015. PROMESA DE DEPÓSITO.— Según el art. 2190 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2190, el depósito es un contrato real, que no queda concluido sino con la entrega de la cosa. Nada de ello impide, sin embargo, la validez del convenio por el que una de las partes promete la realización de un depósito y la otra lo acepta (ver nota 20), ya que de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, son válidos todos los contratos realizados por personas capaces que no tengan una causa ilícita. Pero no debe olvidarse que el depósito importa un acto de confianza; si quien lo prometió la ha perdido en el futuro depositario, no puede ser obligado a entregar la cosa. Esta consideración tiene particular importancia en todo lo que atañe al incumplimiento por el depositante de la promesa de depósito. En primer término, como ya lo dijimos, el depositario no podría exigir la entrega de la cosa (por vía de embargo y secuestro judicial). Esta solución resulta clara en el caso del depósito típico, en el que el depositario no tiene el uso de la cosa; su interés en el contrato queda satisfecho con la indemnización de los daños y perjuicios que le ocasiona el incumplimiento. La solución no varía porque el depositario se haya asegurado por el contrato el uso de la cosa y pueda demostrar que tiene un interés efectivo en el cumplimiento del contrato, puesto que el depósito se hace siempre teniendo principalmente en mira el interés del depositante, y es un acto de confianza; ello explica que el depositante pueda en cualquier momento exigir la restitución de la cosa depositada (art. 2217 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2217) y, con tanta mayor razón, podrá negarse a entregar la prometida.

El incumplimiento de la promesa de depósito sólo da lugar, por tanto, a una acción de daños y perjuicios (ver nota 21); pero pensamos que precisamente porque el depósito es un acto de confianza y se ha acordado principalmente en interés del depositante, el incumplimiento de éste sólo permite al depositario reclamar la indemnización del interés negativo (ver nota 22). Así, el depositante estará obligado a pagar los gastos que el depositario hizo para hallarse en condiciones de recibir el depósito prometido, pero no podrá reclamar las ganancias que esperaba obtener, supuesto que fuera remunerado.

En cuanto al incumplimiento del depositario, creemos que hay que distinguir entre el depósito remunerado y el gratuito. En éste parece justo hacer responsable al depositario, sólo por el interés negativo: en primer lugar, porque se trata de una liberalidad y no es razonable ser demasiado severo con quien la ha prometido; en segundo término, porque así las dos partes reciben un tratamiento igualitario, lo que es equitativo. Pero si el depósito es oneroso, entonces no vemos razón alguna para apartarse de las reglas generales sobre la indemnización debida por incumplimiento contractual, que debe ser plena.

1110/2016

2016. DISTINTAS CATEGORÍAS DE DEPÓSITO.— Según nuestro Código, el depósito puede ser voluntario o forzoso. El primero es el que resulta del libre convenio de las partes; el segundo es el que se hace en ocasión de algún desastre como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otros semejantes y el de los equipajes introducidos por los viajeros en los hoteles, casas de hospedaje, etcétera (art. 2187

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2187). Ya precisaremos más adelante este concepto (nº 2067).

1110/2017

2017.— A su vez el depósito voluntario puede ser regular o irregular. Es regular el que se hace de cosas que pueden individualizarse; irregular el de cosas fungibles o consumibles que una vez entregadas no pueden individualizarse. Esta distinción tiene la mayor importancia porque el depositario irregular adquiere la propiedad de la cosa y puede disponer de ella a diferencia de lo que ocurre en el depósito regular o típico (art. 2191 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2191). Por ello mismo el codificador creyó conveniente precisar rigurosamente los supuestos de uno y otro. Según el art. 2188 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2188, el depósito es regular:

1) Cuando la cosa depositada fuere inmueble, o mueble no consumible, aunque el depositante hubiera concedido al depositario el uso de ella; es decir, que si bien en su forma típica el depositario no puede usar de la cosa, la circunstancia de que el depositante se lo permita, no altera el carácter regular del depósito.

2) Cuando fuere dinero, o una cantidad de cosas consumibles, si el depositante las entregó al depositario en saco o caja cerrada con llave, no entregándole ésta; o fuere algún bulto sellado, o con algún signo que lo distinga; porque en todos estos casos, aunque la cosa que se entrega es fungible, está individualizada por el saco o caja que lo encierra. Creemos que también habría depósito regular si se entrega una suma de dinero en billetes de banco de cuya numeración ha quedado constancia en el contrato y con prohibición para el depositario de disponer del dinero; también aquí la cosa aunque consumible, ha dejado de ser fungible, porque desde el momento en que se han individualizado los billetes por su numeración y se ha prohibido al depositario disponer de ellos, quiere decir que el depositante tiene algún interés especial en que se le devuelvan ésos y no otros (ver nota 23). Tampoco sería depósito irregular el de monedas antiguas, porque no son bienes fungibles.

3) Cuando representase el título de un crédito de dinero, o de cantidad de cosas consumibles, si el depositante no hubiere autorizado al depositario para la cobranza; porque si lo hubiere autorizado, el dinero que el depositario recibe en pago es un bien típicamente fungible y consumible.

4) Cuando representase el título de un derecho real o de un crédito que no sea en dinero.

1110/15320

2017 bis.— Según el art. 2189 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2189, el depósito será irregular:

1) Cuando la cosa depositada fuere dinero, o una cantidad de cosas consumibles, si el depositante concede al depositario el uso de ellas o se las entrega sin las precauciones del artículo anterior, nº 2, aunque no le concediere tal uso o se lo prohibiere. Como las cosas consumibles son aquellas que se pierden para el que las posee con el primer uso, la autorización a usarlas equivale a la de destruirlas o perderlas. Por consiguiente, si el contrato contiene la facultad de uso, el depósito es irregular, aunque se haya entregado en cajas o bultos cerrados con llave o lacrados. Pero si el depositante no ha tomado la precaución de individualizar las cosas consumibles entregadas al depositario, éste queda autorizado a consumirlas aunque el contrato se lo prohíba. La disposición es razonable porque al depositante lo único que le interesa es que se le entreguen otras cosas en igual cantidad y calidad.

2) Cuando representare crédito de dinero o de cantidad de cosas consumibles, si el depositante autorizó al depositario para su cobranza; porque el dinero cobrado es consumible.

1110/2018

2018. DEPÓSITOS NO CONVENCIONALES.— Las reglas sobre el contrato de depósito se aplican sólo en forma subsidiaria, es decir, en defecto de legislación especial, a los efectos de los depósitos constituidos por disposición de última voluntad, a los depósitos judiciales, a los de masas de bienes de los concursos y quiebra y a los bancarios (art. 2185 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2185).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SALVAT, Contratos, t. 3, núms. 2373 y sigs.; MACHADO, t. 6, ps. 9 y sigs.; ROSENBUSCH, El contrato de depósito, nota de jurisprudencia, J.A., t. 76, p. 966; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, núms. 1166 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, du prét, du dépot; GUILLOUARD, Traités du prêt et du dépot, París, 1893; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, ps. 441 y sigs.; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, ps. 418 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, vol. 2, ps. 604 y sigs.; MESSINEO, t. 5, § 149; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 166 y sigs.

(nota 2) Esta definición concuerda sustancialmente con la de PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, ps. 419.

(nota 3) En este sentido: Cód. Civil francés, art. 1918; alemán, art. 688; italiano, art. 1766; español, art. 1761; suizo, art. 472; brasileño, art. 1265; venezolano, art. 1751; chileno, art. 2215. Permiten el depósito de cosas inmuebles, el Código uruguayo, art. 2241; peruano, art. 1814 y el mexicano, art. 2516.

(nota 4) PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 452, quien agrega: "Sostenemos en este punto, como en toda nuestra concepción del Derecho, que no interesa buscar un concepto abstracto que tenga propia consistencia con independencia de la situación de intereses que nos revela la experiencia de la realidad social, sino que es menester precisar esa realidad y qué regulación concreta es la más adecuada", agregando que los conceptos jurídicos no pueden separarse de la sustancia social que representan, pues el Derecho es una disciplina que no podría ser expresada ni comprendida fuera de su concreta contextura social.

(nota 5) CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, p. 614.

(nota 6) SOHM, Instituciones de derecho privado romano, p. 363, nota 1; MAYNZ, Cours de droit romain, t. 2, § 323.

(nota 7) En el derecho alemán puede ser gratuito u oneroso, dependiendo su calificación, en defecto de pacto expreso, de las circunstancias del caso (véase LARENZ, Obligaciones, t. 2, p. 378).

(nota 8) MESSINEO, t. 5, § 1, nº 149; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 166 y sus anotadores, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER.

(nota 9) C. Com. Cap., 6/10/1938, L.L., t. 12, p. 384; íd., 17/12/1943, J.A., 1944-I, p. 233. Unanimidad en la doctrina.

(nota 10) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1168.

(nota 11) Autores citados en nota anterior; LARENZ, Obligaciones, t. 2, 54.

(nota 12) Civ. París, 9/11/1930, citado por PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nota 2, p. 452 de la ed. La Habana.

(nota 13) Autores y loc. cit. en nota 3250.

(nota 14) Sin embargo, la conservación de objetos en cámaras frigoríficas fue calificada por la C. Com. Cap., como locación de servicios y no depósito (27/4/1940, J.A., t. 70, p. 630).

(nota 15) C. Civil 2ª Cap., 30/3/1932, J.A., t. 37, p. 1656; Trib. Toulouse, 11/1/1911, Sirey, 1911, 2, 120, fallo este que ha merecido la crítica de PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1171.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 26/3/1958, causa 46.280 (inédita).

(nota 17) C. Com. Cap., Sala A, 6/3/1961, causa 102.309 (inédita) en la que se citan fallos publicados en L.L., t. 12, p. 384; J.A., 1944-I, p. 223; L.L., t. 28, p. 276, etc.

(nota 18) Sin embargo, en cierto tipo de operaciones bancarias, los depositantes reciben el pago de un interés, como ocurre con los depósitos en caja de ahorro.

(nota 19) TUNC, Le contrat de garde, París, 1941.

(nota 20) De acuerdo en la validez de la promesa de depósito: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2376; MACHADO, t. 6, p. 13; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, núms. 1126 y 1167; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Contrats aléatoires, nº 1016; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, ps. 446 y sigs.; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 420; LARENZ, Obligaciones, § 46 y autores allí citados y § 54; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 166, 2 y sus anotadores PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER.

(nota 21) De acuerdo, autores y loc. cit. en nota anterior.

(nota 22) De acuerdo: PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 447.

(nota 23) Así lo resolvió la C. Civil Cap., Sala A, en el caso análogo de un secuestro hecho por los inspectores de la Cámara de Alquileres de un dinero depositado por un inquilino en manos del mandatario del dueño (14/3/1962, causa 76.927, inédita).

§ 2.— Formación del contrato

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014820
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014820

A.— CAPACIDAD

1110/2019

2019. PRINCIPIO GENERAL.— En principio, tanto el depositante como el depositario deben tener capacidad para contratar (art. 2192 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2192). No se requiere que el depositante sea dueño de la cosa; puede depositar toda persona que tenga interés en su cuidado (mandatario, empresario de obra, transportador, etc.) (ver nota 1).

1110/2020

2020. SUPUESTO DE DEPOSITANTE INCAPAZ.— Dispone el art. 2193 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2193, que si una persona capaz de contratar, acepta el depósito hecho por otro incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del verdadero depositario y puede ser perseguida por los derechos del depositante y por sus obligaciones como depositario, por el tutor, curador o administrador de los bienes de la persona que hizo el depósito, o por esta misma si llega a tener capacidad. En otras palabras: el depósito es plenamente válido respecto del depositario capaz, quien no podría pretender la nulidad del acto; solución que guarda coherencia con el principio general del art. 1049 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_27.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1049.

Por su parte, el representante del depositante incapaz (o este mismo si deviene capaz) tiene la siguiente opción: a) exigir el cumplimiento del contrato (art. 2193 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2193); b) reclamar su nulidad; pero en este caso queda el depositante sometido a la acción propia de la gestión de negocios, que permite al depositario capaz reclamar los gastos útiles que hubiera hecho en la conservación de la cosa (art. 2196 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2196).

1110/2021

2021. SUPUESTO DE DEPOSITARIO INCAPAZ.— En tal caso, la situación de las partes es la siguiente: los representantes legales del depositario incapaz (o este mismo si hubiera recobrado la capacidad) pueden accionar por nulidad del contrato y sustraerse así a la acción de daños y perjuicios que pretendiese intentar el depositante, fundándose en los deterioros o pérdidas de la cosa originados en la falta de cuidados convenientes (art. 2195 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2195); pero siempre estará obligado a la restitución de la cosa (art. citado) y de todo

el importe del enriquecimiento experimentado (art. 2194 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2194). El enriquecimiento del depositario puede emanar de dos situaciones: de haber usufructuado de la cosa o de haberla enajenado por título oneroso. En ambos casos el depositante tiene contra él la acción in rem verso.

El Código califica como reivindicatoria la acción del depositante por restitución de la cosa (art. 2194 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2194). La idea es que como el depósito carece de validez legal, la acción no puede fundarse en el contrato, sino en el derecho de propiedad sobre la cosa que el depositante conserva. Esta calificación ha sido objeto de críticas; los autores se inclinan por sostener que se trataría de una acción personal de restitución fundada en la nulidad del contrato (ver nota 2). Por nuestra parte, entendemos que el depositante tiene dos acciones, la de reivindicación (art. 2194 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2194), fundada en su derecho de propiedad, y la personal de reintegro, fundada en la nulidad (art. 1052 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_27.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1052).

En cuanto a los terceros que hubieren adquirido la cosa del depositario de buena fe, escapan a los efectos de la acción reivindicatoria intentada por el depositante, conforme con la regla del art. 2412 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_54.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2412. La acción sólo procedería contra ellos si fueren de mala fe (es decir, si supieren que la cosa estaba en poder del depositario en calidad de depósito) o si hubieren adquirido la cosa por título gratuito o si ésta le hubiera sido robada al depositante o se le hubiere perdido (art. 2412 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_54.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2412).

1110/2022

2022.— Los derechos reconocidos al depositario incapaz son iguales sea capaz o incapaz el depositante (ver nota 3).

1110/2023

2023.— Sobre la capacidad del depositario en el depósito necesario, véase número 2068 a).

(nota 1) MESSINEO, t. 5, § 149, nº 2.

(nota 2) A ello se debe que en el Anteproyecto de BIBILONI (art. 1899) y en el Proyecto de 1936 (art. 1163) se ha eliminado la calificación de reivindicatoria y se limitan a decir que el depositante podrá pedir la restitución de la cosa.

(nota 3) SALVAT, Contratos, t. 2, nº 2400 y su anotador ACUÑA ANZORENA.

B.— CONSENTIMIENTO

1110/2024

2024. PRINCIPIO GENERAL; SUPUESTO DE ERROR.— Se aplican en este punto los principios generales sobre la formación de los contratos; pero el Código contiene una regla especial en lo que atañe al error. Dispone el art. 2184 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2184, que el error sobre la identidad de los contratantes o sobre la sustancia, calidad o cantidad de la cosa recibida no invalida el contrato. La regla se conforma con nuestra opinión de que el error no es una causa de nulidad de los actos jurídicos, pero contraría la doctrina del Código, que lo admite. Es obvio que siendo el depósito un acto de confianza en el depositario, el error sobre la persona de éste es esencial, pues el contrato se ha celebrado intuitu personae, también es evidente que si se creía recibir una cosa no peligrosa y en verdad se trata de materias inflamables o explosivas, hay un error esencial por parte del depositario.

No obstante que lo dispuesto en el art. 2184 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2184, primer apartado, es notoriamente contradictorio con la teoría del error admitida en el Código, VÉLEZ prefirió en este punto una solución más práctica: el depositario que ha padecido error respecto del depositante o que descubre que la cosa depositada es peligrosa, puede restituir inmediatamente el depósito (art. 2184 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2184, segundo apartado). Esta disposición no contiene ninguna referencia al error del depositante, porque de cualquier modo éste tiene derecho a pedir la restitución de la cosa en cualquier momento medie o no error (art. 2217 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2217).

El derecho de restituir la cosa que se concede al depositario cuando ha sufrido error en la persona del depositante, sólo se justifica, en nuestra opinión, si el depósito es gratuito. Se trata en este caso de una liberalidad; la persona del beneficiario, lejos de ser indiferente, es esencial desde el punto de vista del que la hace. Si, por consiguiente, se puede demostrar que la única razón por la cual se aceptó el depósito era porque se creía que el depositante era una persona que luego resultó no ser, parece justo desligar en lo sucesivo al depositario de sus obligaciones. Tanto más cuanto que el autor de una liberalidad merece siempre un trato favorable de la ley (ver nota 1). Pero si el depósito es oneroso, la situación cambia; ya

no podrá alegar el depositario que la única razón que lo movió a contratar fue la persona del depositante, pues sin duda tuvo también en cuenta la retribución que se le prometía. No sería admisible que en ese caso pudiera desligarse de sus obligaciones aduciendo un motivo que, en definitiva, no tuvo relevancia decisiva en su determinación. En suma, pensamos que el derecho reconocido al depositario por el art. 2184 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2184sólo se refiere al depósito gratuito, no al oneroso.

Contra la interpretación que propugnamos no podrá aducirse que el art. 2184 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2184no formula distinciones, porque es obvio que el codificador sólo ha tenido en mira el depósito gratuito (como se desprende de toda su reglamentación) y porque en el depósito oneroso cesa la ratio legis. La distinción está, pues, sobradamente justificada.

También puede el depositario devolver la cosa, cuando descubre que ella lo pone en algún peligro (art. 2184 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2184). Va de suyo que si el depositario estaba informado de la naturaleza peligrosa de la cosa en el momento de contratar, no puede devolverla; la ley exige, con razón, un descubrimiento posterior al contrato. Y la solución del Código se justifica plenamente, trátese de depósito gratuito u oneroso, porque la lealtad que debe privar en la concertación de los negocios jurídicos exige que el depositante que entrega una cosa peligrosa, lo ponga en conocimiento del depositario; si no lo ha hecho así, es justo reconocer a éste el derecho de desligarse de sus compromisos. Por ello mismo pensamos que no debe exigirse al depositario la prueba muchas veces imposible de que se encontraba en error respecto de la mercadería recibida; a él le bastará con demostrar que el contrato nada decía acerca de la naturaleza de la cosa y que el peligro no aparecía ante un simple examen exterior, para hacer nacer su derecho a la devolución. El depositante que alega que el depositario conocía el peligro, debe probarlo.

(nota 1) No debe verse contradicción entre la opinión que sostenemos en este punto y nuestra tesis de que el error no es causa de nulidad de los actos jurídicos. Aquí no se trata de la nulidad del acto (que por el contrario, conserva su validez) sino de una facultad excepcional de ponerle fin antes del tiempo previsto, que se reconoce al depositario teniendo en consideración que se trata de un acto gratuito y que no es justo obligarlo a continuar con una responsabilidad unilateral que no contrajo sino por causa de un hecho (la persona del depositante) que no existe.

C.— FORMA Y PRUEBA

1110/2025

2025. FORMA.— La celebración del contrato de depósito no exige el cumplimiento de formalidad alguna (art. 2200

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2200). En consecuencia, puede hacerse aun verbalmente.

1110/2026

2026. PRUEBA.— El contrato de depósito no puede ser probado por testigos, a menos que el valor de la cosa depositada no exceda de doscientos pesos (art. 2201 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2201). Adviértase que en este caso, la ley 17711 <>ha conservado el límite de doscientos pesos, no obstante haberlo elevado en la regla general del art. 1193 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_30.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1193a diez mil pesos. Más aún, en el caso del depósito no juega el principio general del art. 1191 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_30.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1191, según el cual, ejecutado el contrato, puede admitirse la prueba de testigos cualquiera sea el valor de la prestación. Si se aplicara esa regla a nuestro caso, todo depósito, una vez entregado, debería poder probarse por testigos. Pero el art. 2201 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2201ha seguido un sistema más severo, destinado a impedir reclamaciones de supuestos depósitos intentados sobre la base de testigos complacientes o dudosos.

En la práctica, por consiguiente, el depositante que quiera asegurarse la prueba de su depósito, deberá munirse de un instrumento escrito. No se requiere el doble ejemplar cuando el depósito es gratuito, pues aquella exigencia no se aplica a los contratos unilaterales (art. 1021 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_27.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1021). Y si fuera oneroso, el ejemplar único sirve de principio de prueba por escrito que hace viable la prueba testimonial (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 935).

Se ha considerado, con razón, que el ticket que se entrega en los guardarropas sirve de principio de prueba por escrito; el que lo presenta en juicio puede probar libremente (incluso por testigos) en qué consistía el depósito (ver nota 1).

1110/2027

2027.— Sin embargo, no ha de creerse que sólo la prueba escrita es viable. También lo es la confesional, sólo que en tal caso habrá que estar a la declaración del depositario, tanto en lo que se refiere al hecho del depósito como a la identidad de la cosa y a su restitución (art. 2201 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2201). Es decir, que si el demandado reconoce el depósito pero se excepciona aduciendo que lo ha restituido, hay que estar a su declaración, sin exigirle la prueba de la devolución, pues sus manifestaciones son indivisibles.

1110/2028

2028.— ¿La entrega de la cosa —no ya el contrato— puede probarse por cualquier medio? Así lo resolvió la antigua Cámara Civil 1ª de la Capital, juzgando que se trata de un hecho cuya prueba puede hacerse sin ninguna limitación (ver nota 2). Pero la solución del problema es delicada y exige distinguir diferentes supuestos. Por lo pronto, no bastan los testigos cuando se trata de cosas cuyo valor excede de doscientos pesos y con la prueba de la entrega se pretende acreditar la existencia de un depósito (art. 2201 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2201). Pero puede ocurrir que el contrato esté ya acreditado por otros medios y se trate sólo de probar que la cosa ha sido realmente entregada. Si la existencia del contrato ha sido admitida por confesión del demandado, habrá que estar al art. 2201 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2201: la sola prueba de testigos será ineficaz. En cambio, la creemos viable cuando el contrato ha sido probado por otros medios y particularmente por el instrumento mismo de su celebración; la cuestión tiene particular interés en caso de que el instrumento documente una promesa de depósito en la que no hay entrega actual de la cosa; la entrega ulterior podrá ser acreditada por cualquier medio.

1110/2029

2029.— El depósito necesario puede probarse por todo género de pruebas incluso testigos y presunciones (art. 2238 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2238).

(nota 1) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala E, 5/10/1972, E.D., t. 47, p. 130; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1174.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 10/12/1930, J.A., t. 34, p. 1134.

§ 3.— Efectos

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014860 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014860

1110/14860

A.— OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO EN EL DEPÓSITO REGULAR

1110/2030

2030. ENUMERACIÓN.— El depositario tiene las siguientes obligaciones: a) guardar y conservar la cosa que se le entrega; b) respetar y guardar secreto respecto de las cosas depositadas en cajas o bultos cerrados; c) abstenerse de usar la cosa depositada; d) restituirla al término del contrato o cuando el depositante lo exija.

1.— Obligación de guarda

1110/2031

2031. ALCANCE Y CONTENIDO.— La obligación esencial del depositario, aquella que constituye el objeto principal del contrato, es la guarda de la cosa. El depositario está obligado a poner en ella la misma diligencia que en el cuidado de las suyas propias (art. 2202 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2202). En este caso, la ley se aparta del criterio objetivo de culpa, para apreciarla en forma más benévola; para eximirse de responsabilidad, no es necesario que el depositario demuestre que obró como lo haría una persona diligente o un buen padre de familia: le basta con demostrar que no pone más esmero en el cuidado de sus propias cosas. La solución se explica porque no es justo ser demasiado exigente con el autor de la liberalidad. Pero suponiendo que el contrato sea retribuido o que el depositario tenga interés en él porque se le permite el uso de la cosa, ¿es también aplicable el criterio subjetivo de culpa establecido por el art. 2202 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2202? Los autores nacionales se limitan a destacar que en la hipótesis de depósito oneroso queda sin justificación esta norma, sin decidirse, empero, a sostener una solución distinta (ver nota 1). Por nuestra parte, pensamos que siendo el art. 2202 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2202una excepción al sistema general de apreciación de la culpa, basado en un criterio objetivo, debe aplicarse estrictamente a la hipótesis evidentemente contemplada por el codificador, que es el depósito gratuito (ver nota 2). Ésa es la solución del Código francés (art. 1928) que le sirvió de fuente, y la de la mayor parte de los Códigos modernos (alemán, arts. 690 y 691; italiano, art. 1768; venezolano, arts. 1756 y 157; chileno, art. 2222, paraguayo, art. 1245, etc.). Concluimos, pues, que si el depósito es retribuido o se autoriza el uso de la cosa, el depositario responde de toda culpa, apreciada con criterio objetivo (ver nota 3).

El contrato puede modificar la responsabilidad del depositario, sea para agravarla o atenuarla (ver nota 4), para excluir ciertos riesgos, etcétera.

El depositario no está obligado a asegurar la cosa a menos que el contrato se lo imponga.

1110/2032

2032.— El cuidado de la cosa debe ser personal, puesto que el depósito es una relación de confianza. El depositario no puede delegar en otro dicho cuidado, es decir, no puede depositar la cosa en un tercero, a menos de estar autorizado a hacerlo (ver nota 5). Pero puede poner la cosa bajo la vigilancia de un dependiente directo del depositario. En cualquier caso el depositario es responsable de la culpa del delegado no dependiente o dependiente, a menos que el contrato al autorizarlo a designar un sustituto, indique también la persona de éste, pues entonces el propio depositante será culpable de la elección (ver nota 6).

El depositante tiene contra el sustituto acción reivindicatoria y acción directa nacida del contrato de depósito (ver nota 7)

1110/2033

2033. CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.— Como todo deudor de cuerpo cierto, el depositario que no lo restituye o lo restituye deteriorado, se presume culposo si no demostrare lo contrario. (ver nota 8). La fuerza mayor lo exime de responsabilidad a menos que la haya tomado a su cargo en el contrato o que el acontecimiento haya sucedido por su culpa o que haya ocurrido después de constituido en mora para restituir la cosa (art. 2203 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2203); empero, en este último caso no responderá si demuestra que la cosa se habría perdido también en poder del depositante (art. 892 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_24.HTM&iid=AR_LA001 - Art_892).

Un tribunal ha declarado que la presunción de que el incendio se debe a caso fortuito, establecida en favor del locatario por el art. 1572 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_37.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1572, es aplicable por extensión al depósito gratuito (ver nota 9). La solución nos parece justa, limitada estrictamente a este supuesto; en cambio, en el depósito oneroso el depositario tendrá que demostrar que el incendio originado en la misma casa donde se guardaba la cosa no fue debido a su culpa o la de sus empleados (ver nota 10); esta prueba será innecesaria si el incendio se ha comunicado de otras casas vecinas (ver nota 11); pero no podrá excusar su responsabilidad el depositario que no tiene elementos para combatir el incendio, tanto más si existe el peligro derivado de una instalación eléctrica deficiente (ver nota 12).

El robo o hurto de las cosas depositadas no constituye fuerza mayor, a menos que fuera a mano armada o con empleo de violencia irresistible (ver nota 13).

1110/2034

2034.— Ocurrido un caso fortuito que ponga en peligro las cosas depositadas al propio tiempo que otras de propiedad del depositario, éste no tiene obligación de salvar en primer

término las depositadas; en otras palabras, la circunstancia de que primero procediera a salvar las suyas no lo hace responsable por la imposibilidad que luego sobrevino de hacer lo propio con las depositadas (ver nota 14). Cabe preguntarse si esta solución debe mantenerse aun en la hipótesis de que las cosas depositadas sean de mayor valor que las suyas; se ha sostenido que no, porque si la ley impone al depositario cuidar del depósito con la misma diligencia que pondría en sus propias cosas (art. 2202 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2202), es obvio que tratándose de éstas hubiera preferido salvar la de mayor valor (ver nota 15). No estamos de acuerdo con esta solución, que atribuye a la norma del art. 2202 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2202un alcance que no tiene. Este artículo no contiene otra cosa que una pauta general de apreciación de la diligencia con que debe actuar el depositario, pero no ha pretendido resolver el conflicto muy especial que se plantea en la hipótesis que ahora consideramos. Está bien reclamar del depositario cuidado y diligencia, pero no debe exigírsele heroicidad a punto de obligarlo a perder sus propias cosas para poner a salvo las que se le confiaron en depósito; y tanto más si fue gratuito, porque al autor de una liberalidad no han de pedírsele sacrificios excesivos. Pensamos, pues, que el depositario puede siempre salvar en primer término sus propias cosas; a menos que la desproporción de los valores fuera tan notable que la conducta del depositario que dejó perder un depósito valioso resultara repugnante al sentido común y al deber de lealtad.

1110/2035

2035. GASTOS DE CONSERVACIÓN.— El depositario está obligado a hacer los gastos urgentes que demande la conservación de la cosa, sin perjuicio de su derecho de exigir luego su reintegro (art. 2204 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2204). En cuanto a los gastos urgentes, su obligación se limita a dar aviso de su necesidad al depositante (art. citado); y si avisado éste no los adelantara, el depositario quedará libre de responsabilidad. Pero no tendrá obligación de hacer ningún aviso si el peligro para la cosa resultara de un hecho propio del depositante (ver nota 16).

Como el depositario no está obligado a asegurar la cosa, el depositante no responde por las primas del seguro, a menos que ocurrido el siniestro, aquél le entregue (como es su obligación, nº 2044), la indemnización recibida. En este caso, en efecto, sería contrario a toda noción de equidad que el depositante se beneficie con el acto de previsión del depositario y no afronte el pago de las primas (ver nota 17).

1110/2036

2036.— El depositario que no cumple con la obligación de avisar ni hace los gastos necesarios, debe indemnizar al depositante de los daños y perjuicios que le resulten (art. 2204 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_2204).

1110/2037

2037. LA OBLIGACIÓN DE GUARDA EN EL CONTRATO DE GARAJE.— Según lo dijimos en otro lugar, nuestra jurisprudencia considera que el contrato de garaje impone al garajista las obligaciones del depositario (véase nº 600). Conforme con este criterio se ha resuelto que el garajista responde por los daños ocasionados al automóvil en la vía pública mientras era usado por un empleado del garaje sin autorización del dueño del coche (ver nota 18); la autorización se presume si quien lo sacó era un tercero que tenía las llaves del automóvil y era pariente del dueño (ver nota 19); responde también por el hurto perpetrado por terceros (ver nota 20); en cuanto al robo a mano armada, véase número 2076-5.

2.— Obligación de guardar secreto

1110/2038

2038. ALCANCE.— Cuando el depósito consiste en una caja o bulto cerrado, el depositario debe abstenerse de abrirlo salvo que estuviera autorizado por el depositante (art. 2205 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2205). Esta autorización se presume: 1) si el depositante ha entregado las llaves de la caja al depositario (art. 2206 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2206), a menos que, no obstante esa circunstancia, le hubiera prohibido abrirla (ver nota 21); 2) si las órdenes del depositante no pudieran cumplirse sin abrir la caja o bulto (art. citado).

Pero el depositario no sólo debe respetar el secreto del depósito entregado en caja cerrada; está también obligado a no divulgarlo si por cualquier acontecimiento (apertura de la caja con o sin autorización del depositante, sea por hecho del depositante, del depositario o por caso fortuito) llegase a conocer su contenido (art. 2207 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2207). Aunque esta disposición parece especialmente referida al caso de depósito entregado en bulto cerrado pensamos que la obligación de no divulgar el contenido del depósito existe siempre que de las circunstancias del caso (o de lo prevenido en el contrato) resulte que el depositante pueda tener interés en conservar el secreto. Es una obligación que se desprende del deber de responder legalmente a la confianza puesta en el depositario.

1110/2039

2039.— La violación de esta obligación, hace pasible al depositario de los daños y perjuicios (art. 2207 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2207); pero no será responsable si la conservación del secreto lo expone a penas o

multas (art. citado), como ocurriría si el depósito contiene el cuerpo de un delito (por ej., el cadáver de un occiso) que el depositante no puede ocultar sin hacerse pasible de encubrimiento.

3.— Obligación de no hacer uso de la cosa

1110/2040

2040. ALCANCE.— El depositario no puede usar la cosa depositada, a menos que el depositante lo hubiera autorizado expresa o implícitamente (art. 2208 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2208). Si, violando sus obligaciones legales, el depositario la usare, debe los daños y perjuicios consiguientes, que se calcularán de la siguiente manera: a) si la cosa fuere inmueble o mueble no fungible, pagará el alquiler de ella desde el día del contrato, como si fuere locatario; b) si fuere dinero pagará los intereses corrientes también desde el momento del contrato, como si fuera mutuario (art. 2209 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2209). Como el depósito de dinero supone la transferencia del dominio de la cosa (art. 2191 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2191), el depositario queda autorizado a usarlo y a disponer de él como le plazca, aunque se lo prohíba el contrato (art. 2189 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2189, inc. 1º); por lo tanto, esta norma sólo puede tener aplicación en el caso de que el dinero se haya entregado en caja o bulto cerrado, que el depositario hubiera abierto. El art. 2209 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2209no prevé el caso de las cosas fungibles que no sean dinero (que no pueden ser locadas, art. 1499 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_36.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1499, ni devengan intereses), porque ellas sólo pueden ser objeto de un depósito irregular, que como tal puede ser libremente usado por el depositario.

1110/2041

2041.— Si la cosa se perdió por caso fortuito ocurrido con ocasión del uso indebido, el depositario es responsable, a menos que pruebe que la cosa igualmente se hubiera perdido si no la hubiere usado (ver nota 22).

1110/2042

2042.— Finalmente, diremos que la autorización de usar la cosa no transforma el contrato en comodato en tanto el objeto principal sea la guarda de la cosa (véase nº 2012).

4.— Obligación de restitución

1110/2043

2043. CÓMO DEBE HACERSE LA RESTITUCIÓN.— La restitución debe hacerse en especie; debe restituirse la misma e idéntica cosa (art. 2182 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2182) con todos sus accesiones y frutos y como ella se encuentre sin que el depositario sea responsable de los daños o deterioros que hubiera sufrido sin su culpa (art. 2210 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2210).

En lo que atañe a los frutos el depositario sólo debe los percibidos pues en su calidad de simple custodio no está obligado a cultivar la cosa.

1110/2044

2044.— Cuando la restitución en especie se ha hecho imposible por culpa del depositario (que la ha destruido o enajenado), está obligado al pago de los daños y perjuicios consiguientes. Como todo deudor de cuerpo cierto, su culpabilidad se presume mientras no demostrare lo contrario (véase nº 2033). El caso fortuito le exime de responsabilidad, pero si hubiese asegurado la cosa, debe reintegrar la indemnización al depositante, que naturalmente debe cargar con el pago de las primas (véase nº 2035).

1110/2045

2045. RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS DEL DEPOSITARIO QUE HAN ENAJENADO LA COSA.— Los herederos del depositario que hayan vendido de buena fe la cosa mueble, ignorando que se trataba de un depósito, sólo están obligados a devolver el precio recibido (art. 2212 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2212). Es una solución de excepción, pues conforme con el art. 3417 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_74.HTM&iid=AR_LA001 - Art_3417los herederos deberían responder de la misma manera que el propio depositario, vale decir, indemnizando al depositante todos los daños y perjuicios sufridos, que no se calcularán sobre la base del precio recibido sino del valor real de la cosa en el momento de la restitución. La excepción se funda en una razón de equidad, para no perjudicar al heredero de buena fe. Por el contrario, los que sabían que la cosa era depositada y la vendieron, están sujetos a las reglas ordinarias: responden por el valor de la cosa y los restantes daños y perjuicios.

Supongamos ahora que la cosa ha sido donada por los herederos. La doctrina se encuentra dividida; algunos autores opinan que puesto que la ley ha querido amparar a los herederos

de buena fe, éstos nada deben al depositario (ver nota 23); otros, en cambio, sostienen que los herederos donantes deben pagar al depositante el valor de la cosa (ver nota 24). Sin vacilaciones adherimos a esta última solución: a) En primer término, la disposición del art. 2212 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2212es de carácter excepcional; fuera de los límites marcados por la propia norma a dicha excepción, recupera todo su imperio el art. 3417 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_74.HTM&iid=AR_LA001 - Art_3417, según el cual el heredero es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el causante era propietario, acreedor o deudor. b) Si bien es verdad que el art. 2212 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2212ha sido establecido con el propósito de proteger a los herederos de buena fe, no por ello ha descuidado los intereses del depositante: los herederos deben reintegrar el precio percibido, que inclusive puede ser mayor que el valor real y que de cualquier modo, se supone compensa de una manera aproximadamente equitativa al depositante; pero si los donantes quedaran eximidos de toda responsabilidad, la equidad de la solución habría sufrido un rudo golpe en perjuicio injusto del depositante. La tesis que propugnamos parece particularmente indiscutible en caso de depósito oneroso.

1110/2046

2046.— También deben el valor de la cosa los herederos de buena fe, que creyendo pertenecía al causante, la han consumido (ver nota 25). A nuestro juicio la indemnización debe calcularse al momento en que la cosa debe ser restituida, porque éste es el daño sufrido por el depositante (ver nota 26).

1110/2047

2047. A QUIÉN DEBE HACERSE LA RESTITUCIÓN.— La cosa depositada debe restituirse al depositante o al mandatario de éste; si el depósito ha sido hecho por un mandatario a nombre del mandante, debe restituirse al mandante a menos que el mandatario tuviere también poderes para recibirlo; en caso de muerte del depositante, a sus herederos (art. 2211 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2211).

Si el depósito ha sido hecho por un tutor o curador o un administrador de bienes ajenos, acabada la administración, el depósito debe ser devuelto a la persona representada (art. 2213 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2213). Si el depositante hubiera perdido la administración de sus propios bienes, la restitución debe hacerse a la persona a la cual hubiere pasado la administración (art. 2214 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2214).

Puede ocurrir que quienes deban recibir el depósito sean varios, porque fueron múltiples los depositantes o porque fallecido el depositante, lo sucedieron varios herederos. Si los interesados se ponen de acuerdo sobre quién ha de recibir el depósito, el depositario cumple entregándolo a dicha persona: pero si no hay acuerdo la cosa debe consignarse judicialmente (art. 2211 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2211).

¿Qué ocurre si el contrato designa una persona para recibir el depósito y muere el depositante? ¿La cosa debe ser entregada a los herederos de éste o a la persona designada? Hoy se admite generalmente que la designación de un tercero para recibir la cosa importa un mandato y como éste concluye con la muerte del mandante, la cosa debe ser entregada a sus herederos (ver nota 27); a menos que resulte claro que la intención del depositante fue hacer una donación en favor del tercero designado.

1110/2048

2048.— El depositante no tiene necesidad de justificar su derecho de propiedad sobre la cosa para exigir su devolución (art. 2215 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2215), porque su acción de restitución no surge del dominio sino del contrato. Pero el art. 2215 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2215agrega a continuación que si el depositario llega, sin embargo, a descubrir que la cosa ha sido hurtada, y quién es su dueño, debe hacer saber a éste el depósito para que lo reclame en un corto término. Si el dueño no lo hiciere así, el depositario debe entregar el depósito al depositante.

¿Qué ocurre si el depositario llega a descubrir que la cosa ha sido robada o hurtada y no sabe quién es el dueño? Desde luego, no podrá ya notificarlo del depósito, como lo quiere este artículo, ni incurrirá en responsabilidad civil si guarda silencio; pero deberá dar aviso a las autoridades si no quiere hacerse pasible del delito de encubrimiento.

Para que la negativa del depositario a devolver la cosa al depositante se justifique, basta con que el primero llegue a descubrir que la cosa ha sido hurtada. No interesa por qué conducto ha tenido noticia del delito; al dueño le basta con probar que el depositario lo conocía y sabía quién era el dueño, para hacerlo responsable. Es claro que no es suficiente con un mero rumor o noticia más o menos infundada; la resistencia del depositario a devolver el depósito a quien se lo hizo no se justifica sino por motivos serios. De cualquier modo, al propietario de la cosa le basta con notificarle que le pertenece y que le ha sido robada o hurtada, para que el depositario deba abstenerse de entregarla al depositante (ver nota 28).

¿El art. 2215 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2215se aplica sólo a las cosas robadas o hurtadas (ver nota 29) o también a las perdidas? Algunos autores sostienen no sin razón, que frente a numerosas disposiciones

legales que equiparan las cosas robadas a las perdidas (arts. 1612 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_38.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1612, 2277 , 2279 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2279, 2412 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_54.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2412y 2539 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_57.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2539), sería justo aplicarlo también a éstas (ver nota 30). Será muy difícil, sin embargo, que los jueces lo hagan, porque frente a una norma que no ha previsto expresamente el caso y cuya interpretación es por lo menos discutible, parece demasiado fuerte hacer responsable al depositario por haber restituido la cosa al depositante.

1110/2049

2049.— Desde que el depositario sabe que la cosa es robada o perdida y quién es su dueño, debe notificar a éste, para que la reclame dentro de un corto término; y si el dueño omitiera la reclamación, el depositario debe devolver la cosa al depositante (art. 2215 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2215). La ley no ha establecido, como hubiera sido de desear, el plazo en el cual el dueño debe hacer la reclamación. Entendemos que basta un término aproximado a los quince días, suficiente para iniciar la acción judicial (ver nota 31).

La acción del dueño debe dirigirse contra el depositante con notificación de la litis al depositario (ver nota 32); éste se liberará de responsabilidad consignando la cosa a la orden del juez que entiende en el pleito.

1110/2050

2050.— Si el depositante no tiene obligación de justificar su derecho de propiedad sobre la cosa debe, en cambio, acreditar su calidad de depositante o de heredero de éste o de mandatario. En las guardarropías se supone que quien presenta el ticket tiene derecho a retirar la cosa; se admite generalmente que el ticket ha de considerarse como un documento al portador y que el depositario queda libre de la obligación de cerciorarse acerca de la identidad del que lo presenta (ver nota 33).

1110/2051

2051. LUGAR Y GASTOS DE LA RESTITUCIÓN.— El depósito debe restituirse en el lugar en que se lo hizo, salvo que en el contrato se designare otro; en este caso, el depositario está obligado a transportar la cosa al lugar indicado, siendo de cuenta del depositante los gastos del traslado (art. 2216 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2216).

1110/2051

2051. TIEMPO DE LA RESTITUCIÓN.— El depósito debe restituirse en el lugar en que se lo hizo, salvo que en el contrato se designare otro; en este caso, el depositario está obligado a transportar la cosa al lugar indicado, siendo de cuenta del depositante los gastos del traslado (art. 2216 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2216).

1110/2052

2052. TIEMPO DE LA RESTITUCIÓN.— El problema del tiempo de la restitución debe ser analizado con relación a dos hipótesis distintas:

a) El contrato fija el término. El plazo se supone fijado en favor del depositante, de modo que él puede exigir la restitución en cualquier momento (art. 2217 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2217). ¿Se aplica esta disposición a cualquier depósito, aunque sea remunerado? Pensamos que en este caso, el plazo ha sido establecido en favor de ambas partes, pues no cabe duda de que el depositario también tiene interés en él. Sin embargo, como el depósito se funda siempre en una relación de confianza, cuando el depositante la ha perdido en el depositario no es justo obligarlo a que mantenga la cosa en poder de éste; debe pues reconocérsele el derecho de reclamarla, pero tendrá que pagar íntegramente el precio convenido, excepto que se haya reservado el derecho de requerir la restitución anticipada de la cosa o que tenga fundados motivos para desconfiar del depositario.

¿Se aplica el art. 2217 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2217al depósito irregular? Algunos autores sostienen que no, porque en el depósito irregular tiene también interés el depositario (ver nota 34). Sin embargo, de lo dicho precedentemente resulta que el interés que eventualmente pueda tener el depositario en el contrato no autoriza a apartarse de la solución de este artículo, porque cualquiera sea la naturaleza del depósito, el principal interés —y el que la ley protege en primer término— es siempre el del depositante.

Sin embargo, nada se opone a la validez de las cláusulas contractuales que dispusieran lo contrario; vale decir, es lícito que el contrato establezca que el depositante no podrá reclamar la restitución hasta el término convenido, pues no hallándose comprometido un interés de orden público, los contratos tienen plena validez entre las partes, conforme al principio de la autonomía de la voluntad.

1110/2053

2053.— Cabe preguntarse si el depositario puede devolver la cosa antes del término fijado. En principio, la respuesta debe ser negativa; pero esta solución, aplicada rígidamente, no sería equitativa. En el contrato de depósito gratuito típico, debe reconocerse al depositario el derecho de devolver la cosa cuando demuestre que han sobrevenido motivos que hacen demasiado onerosa o perjudicial la guarda (ver nota 35). Pues si, en definitiva, la aceptación del depósito ha importado un acto de liberalidad y de buena voluntad hacia el depositante, no es justo exagerar el rigor para apreciar las obligaciones asumidas por el depositario. En cambio, tratándose de un depósito remunerado, el plazo lo obliga rigurosamente.

Aun sin demostrar que el depósito ha devenido demasiado oneroso o perjudicial, puede el depositario devolver la cosa si demuestra que padeció error en la persona del depositante o si descubre que la guarda de la cosa era peligrosa (art. 2184 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2184). Nos parece que el error en la persona del depositante sólo debe autorizar la devolución de la cosa cuando se trata del depósito gratuito; nos remitimos sobre el tema a lo que tenemos dicho en el número 2024. Por el contrario, el depositario que descubre que la cosa que creía inocua es peligrosa, está facultado para devolverla, sea el depósito gratuito u oneroso; la lealtad en los negocios impone esa solución (véase nº 2024).

1110/2054

2054. b) El contrato no fija término.— Cualquiera de las partes puede ponerle fin cuando quiera (art. 2226 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2226, inc. 1º). Pero el depositario no puede ejercer este derecho en forma intempestiva o arbitraria (ver nota 36), como ocurriría si el depositante está en el extranjero y no se encuentra en condiciones de cuidar de la cosa.

1110/2055

2055.— Si puesto en mora el depositante para recibir el depósito, retardare la recepción de la cosa, es responsable de los daños y perjuicios (ver nota 37).

1110/2056

2056. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN.— La acción de restitución del depósito no tiene plazo especial; rige por tanto el común de 10 años; pero si el depositante es a la vez propietario, su acción reivindicatoria es imprescriptible, sin perjuicio de la adquisición del dominio de la cosa por usucapión, sea por el depositario o por un tercero (ver nota 38).

1110/2057

2057. COMPENSACIÓN.— En el depósito irregular, la obligación de restituir puede compensarse con créditos que tenga el depositario contra el depositante; en cambio, tal compensación no tiene lugar en el depósito regular (art. 2219 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2219), porque en éste el objeto debe ser siempre una cosa no fungible y la naturaleza de ésta no es compatible con la compensación.

1110/2058

2058. DERECHO DE RETENCIÓN DEL DEPOSITARIO.— El depositario tiene derecho a retener la cosa depositada hasta el entero pago de lo que se le debe en razón del depósito. Hasta aquí lo dispuesto por el art. 2218 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2218es razonable; pero luego agrega una disposición sorprendente: el derecho de retención no puede ejercerse por el pago de la remuneración ofrecida ni por los perjuicios que el depósito le hubiere causado al depositante. Puesto que se trata de deudas originadas en el depósito, no hay razón alguna para excluirlas del ámbito de aplicación del derecho de retención (ver nota 39). Según el artículo comentado, los únicos créditos que permitirían al depositario ejercer este derecho, son los derivados de los gastos de conservación de la cosa y los de su traslado al lugar indicado por el depositante.

De más está decir que el derecho de retención no puede ejercerse por créditos ajenos al depósito (art. 2218 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2218).

(nota 1) Véase en este sentido, SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2412 y su anotador ACUÑA ANZORENA.

(nota 2) De todo el artículo de este Título, y particularmente de los arts. 2182 y 2183 resulta claro que VÉLEZ sólo ha tenido en consideración el depósito gratuito.

(nota 3) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala B, 25/4/1956, L.L., t. 82, p. 611.

(nota 4) PLANIOL-RIPERT- SAVATIER, t. 11, nº 1175.

(nota 5) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1183. ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 167, I, 2 y sus anotadores PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER; art. 1770, Cód. Civil italiano. En contra: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1057.

(nota 6) PLANIOL-RIPERT-S AVATIER, loc. cit. en nota anterior: ENNECCERUS-LEHMANN, loc. cit. en nota anterior.

(nota 7) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, loc. cit.

(nota 8) PLANIOL-RIPERT- SAVATIER, loc. cit. en nota anterior; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1073.

(nota 9) Sup. Corte Buenos Aires, 13/10/1942, J.A., 1942-IV, p. 729.

(nota 10) De acuerdo: C. Com. Cap., 19/6/1925, J.A., t. 16, p. 255; C. Com. Cap., 20/9/1950, L.L., t. 62, p. 29; C. Paz Cap., Sala 4, 10/6/1949, L.L., t. 55, p. 544; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1175.

(nota 11) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, loc. cit. en nota anterior; AUBRY y RAU, § 403.

(nota 12) C. Com. Cap., 20/9/1950, L.L., t. 62, p. 29 y J.A., 1951-I, p. 304.

(nota 13) C. Com. Cap., 11/10/1935, J.A., t. 39, p. 859.

(nota 14) Nota de VÉLEZ SARSFIELD al art. 2202; Sup. Corte Buenos Aires, 13/10/1942, J.A., 1942-IV, p. 729; SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2413 y su anotador ACUÑA ANZORENA; PONT, t. 1, nº 426.

(nota 15) En este sentido, ACUÑA ANZORENA en SALVAT, Contratos, nota 44 al nº 2413; LLERENA, t. 6, p. 462; PONT, t. 1, nº 427; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1069. En contra: HUC, t. 11, nº 239.

(nota 16) PLANIOL-RIPERT- SAVATIER, t. 11, nº 1175.

(nota 17) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1178.

(nota 18) C. Civil 2ª Cap., 28/8/1941, L.L., t. 24, p. 894.

(nota 19) C. Civil 2ª Cap., 30/11/1945, L.L., t. 40, p. 909.

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 23/3/1949, L.L., t. 54, p. 288; C. Com. Cap., Sala B, L.L., t. 1987-D, p. 147.

(nota 21) ACUÑA ANZORENA en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 47 a), al nº 2417; MACHADO, t. 6, p. 44; LLERENA, t. 6, p. 465.

(nota 22) Unanimidad en la doctrina: véanse SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2422; MACHADO, t. 6, p. 48; LLERENA, t. 6, p. 468; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1176; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1082.

(nota 23) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2427 (aunque no expresa categóricamente su opinión, limitándose a decir que es la solución predominante); BAUDRY LACANTINERIE, nº 1123; PONT, t. 1, nº 464; HUC, t. 11, nº 242.

(nota 24) De acuerdo: MACHADO, t. 6, p. 54; AUBRY y RAU, § 403; GUILLOUARD, nº 72.

(nota 25) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2427 a); MACHADO, t. 6, p. 53; LLERENA, t. 6, p. 472; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1122.

(nota 26) Los autores clásicos aluden al valor que tenía la cosa en el momento en que fue consumida (ACUÑA ANZORENA en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2427; MACHADO, t. 6, p. 63; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1122; GUILLOUARD, nº 72; PONT, t. 1, nº 464). Pero el interés principalmente tutelado por la ley es el del depositante que ha perdido su cosa; y la medida de su pérdida está dada por el valor de reposición de la cosa en el momento de la restitución.

(nota 27) Sup. Corte Buenos Aires, 27/8/1948, L.L., t. 52, p. 223 y J.A., 1948-III, p. 649. MACHADO, t. 6, p. 51; SEGOVIA, t. 1, nota 44 al art. 2213 de su numeración; ACUÑA ANZORENA en SALVAT, Contratos, nota 53 d), al nº 2428; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1180; AUBRY y RAU, § 403; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 431.

(nota 28) PLANIOL-RIPERT- SAVATIER, t. 11, nº 1179.

(nota 29) Aunque el art. 2215 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2215sólo habla de la cosas hurtadas, es obvio que también alude a las robadas, porque en la técnica del Código no se hace distinción entre ambos delitos. De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2435 y su anotador ACUÑA ANZORENA; MACHADO, t. 6, p. 60; LLERENA, t. 6, p. 476; SEGOVIA, t. 1, nota 54 al art. 2217 de su numeración.

(nota 30) ACUÑA ANZORENA, SEGOVIA y MACHADO, loc. cit. en nota anterior. En contra: SALVAT y LLERENA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 31) Admitimos un término que puede considerarse promedio del que fijan los Códigos que lo han señalado expresamente: Código italiano, 10 días (art. 1778); español, 30 días (art. 1771); mexicano, 8 días (art. 2524); portugués, 15 días (art. 1442).

(nota 32) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2436.

(nota 33) PLANIOL-RIPERT-S AVATIER, t. 11, nº 1179.

(nota 34) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 57 al nº 2438; MACHADO, t. 6, p. 57; LLERENA, t. 6, p. 480.

(nota 35) La mayor parte de los Códigos autorizan al depositario a devolver la cosa aún antes del vencimiento del término fijado si tiene justos motivos para devolverla (Cód. Civil español, art. 1776; brasileño, art. 1270; peruano, art. 1623); o motivos graves (Cód. Civil alemán, art. 696) o si no puede conservarla sin perjuicio para él (Cód. Civil suizo, art. 476; venezolano, art. 1771).

(nota 36) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 80 al nº 2452; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1157.

(nota 37) LARENZ, Obligaciones, t. 2, 54.

(nota 38) MESSINEO, t. 5, § 149, nº 4.

(nota 39) En este sentido, ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 62 a);

PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 466.

B.— OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO EN EL DEPÓSITO IRREGULAR

1110/2059

2059. OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN.— Hemos dicho anteriormente que el depósito irregular transfiere la propiedad de las cosas depositadas al depositario (véase nº 2017); no se concibe en nuestro caso hablar de una obligación de guarda y cuidado de la cosa, autónoma de la de restituir. Al depositante no le interesa lo que el depositario haga con el dinero o las cosas fungibles que le entregó; lo que le importa es que al término señalado se le entregue una suma equivalente o una cantidad, especie y calidad igual de cosas fungibles. Ésta es la única obligación que la ley impone al depositario irregular (art. 2220 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2220).

1110/2060

2060.— Puesto que el depositario tiene la propiedad de las cosas depositadas, tiene también su uso. Sorprende, pues, el art. 2221 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2221según el cual se presume que el depositante concedió al depositario el uso del depósito, si no constare que lo prohibió. Porque el depositante no lo puede prohibir, ya que sería admitir que al dueño puede serle impedido el uso de la cosa que le pertenece; y, por lo demás, como se trata de cosas fungibles que no pueden individualizarse una vez confundidas con las restantes del patrimonio del depositario, no se podría saber si éste usó las mismas cosas que se le depositaron u otras que le pertenecían. Tampoco tiene justificación el art. 2222 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2222según el cual si el uso hubiere sido prohibidos y el depositario se constituyese en mora de entregarlo, debe los intereses desde el día del depósito. Con razón se ha sostenido que esta disposición sólo puede aplicarse en caso de dinero u otras cosas fungibles depositadas en bultos o cajas cerradas, sólo que entonces el depósito deja de ser irregular, conforme con lo dispuesto por el art. 2189 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2189, inc. 1º (ver nota 1).

En cuanto al momento y lugar de restitución y a quién debe hacerse, son aplicables los principios del depósito regular.

1110/2061

2061. DERECHO DE COMPENSACIÓN.— El depositario tiene derecho a compensar su deuda en concepto de restitución del depósito con cualquier otro crédito líquido y exigible

que tenga contra el depositante (art. 2223 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2223).

Puede ocurrir que para impedir que se produzca este efecto compensatorio, el depositante ceda su crédito a un tercero; de esta manera el depositario se vería impedido de invocar la compensación, porque él resulta deudor del cesionario por el depósito en tanto que es acreedor de una persona distinta (el depositante originario). Para impedir esta maniobra que burlaría los derechos del depositario, la ley prohíbe al cesionario embargar al depositario por la cantidad depositada (art. 2223 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2223). Dicho más claramente: el cesionario no tiene acción directa contra el depositario; sólo tiene la subrogatoria, ejercida en nombre del depositante originario, al cual el depositario puede oponerle compensación.

El art. 2223 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2223no es aplicable al caso de que la cesión haya sido aceptada por el depositario, porque esta acepción importa una renuncia tácita del derecho de invocar la compensación (ver nota 2).

(nota 1) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2446.

(nota 2) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2448.

C.— OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE

1110/2062

2062. ENUMERACIÓN.— Pesan sobre el depositante las siguientes obligaciones:

a) Reembolsar al depositario todos los gastos que hubiera hecho para la conservación de la cosa depositada (art. 2224 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2224). La ley se refiere a los gastos necesarios, únicos que el depositario está autorizado a realizar; sin embargo, el depositante deberá también los útiles en la medida del beneficio recibido, según los principios del enriquecimiento sin causa (ver nota 1). En cuanto a los voluntarios, el depositario no puede reclamarlos pero sí retirar las mejoras de la cosa cuando con ello no le causa perjuicios (art. 2441 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_55.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2441) (ver nota 2).

Dentro de los gastos de conservación deben admitirse los de alquiler del local necesario

para su guarda (ver nota 3) (siempre que el depositario no se haya comprometido a guardarla en un local de su propiedad) y la retribución pagada a quien haya prestado servicios en el cuidado o conservación, siempre que tales servicios fueran autorizados por el depositante o resultaren necesarios (por ej., si el depositario se va de viaje y contrata un cuidador), a menos que tal retribución deba considerarse comprendida en la que recibe el depositario (ver nota 4). En cambio, no está autorizado a asegurar la cosa, salvo convenio en contrario; por consiguiente, no podrá reclamar el reintegro de las primas pagadas a menos que ocurrido el siniestro y pagada la indemnización por el asegurador, el depositario la entregue al depositante, como es su obligación (véase nº 2035).

También debe el depositante los gastos de traslado de la cosa al lugar de entrega acordado en el contrato o posteriormente, si es diferente al lugar en que se entregó la cosa al depositario (art. 2216 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2216).

1110/2063

2063.— El depositante debe los gastos desde que éstos se realizan, puesto que en verdad, su obligación era adelantarlos (arg. art. 2204 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2204). Por consiguiente, el depositario no tiene necesidad de esperar la terminación del contrato para reclamar su reintegro. ¿Los intereses se deben desde el momento de la constitución en mora del depositante o desde que los gastos fueron hechos? Parece indudable que corresponde aplicar por analogía el art. 1950 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_45.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1950relativo al mandato, según el cual los intereses se deben desde el día en que los gastos fueron hechos (ver nota 5), porque en definitiva el depósito, como el mandato, son formas de actuación en interés de otro (ver nota 6) y la solución que en un caso se reputa justa debe serlo también en el otro. Esta es, por otra parte, la solución claramente establecida en el Código de Comercio (art. 574 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_2637_8.HTM&iid=AR_LA001 - Art_574).

b) Indemnizar al depositario de los perjuicios que le ha ocasionado el depósito (art. 2224 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2224). Por ejemplo, si puesto en el trance de salvar sus propias cosas o las del depositante, ha preferido éstas dejando perecer las suyas (ver nota 7); si la guarda de la cosa le ha impedido alquilar el local en que ésta se encontraba.

c) Pagarle la remuneración pactada, pero en defecto de convenio o promesa sobre el punto debe reputarse que el depósito es gratuito (véase nº 2007).

d) Recibir la cosa que le restituye el depositario en tiempo oportuno. Si constituido en mora no la recibiere, debe los daños y perjuicios consiguientes (ver nota 8). Si el depósito fuera oneroso, el depositario tiene derecho a seguir percibiendo su remuneración por todo el

tiempo que el depósito continúa en su poder (ver nota 9), además de los restantes daños y perjuicios derivados de la mora.

1110/2064

2064.— La responsabilidad del depositante por las indemnizaciones debidas al depositario no está limitada al valor de la cosa (ver nota 10), ni podría pretender eximirse de su pago haciendo abandono de ella. Tampoco cesa su responsabilidad por la circunstancia de que la cosa se haya perdido, salvo su derecho a compensar su deuda con el crédito resultante de la pérdida ocurrida por culpa del depositario.

(nota 1) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2449; MACHADO, t. 6, p. 73; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1184; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1163; AUBRY y RAU, § 404.

(nota 2) SALVAT, loc. cit. en nota anterior.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 20/3/1962, causa 76.649 (inédita); C. Civil 1ª Cap., 5/8/1921, J.A., t. 7, p. 126.

(nota 4) PLANIOL-RIPERT- SAVATIER, t. 11, nº 1183.

(nota 5) En contra, BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1164. PLANIOL-RIPERT-SAVATIER se expiden dubitativamente, si bien reconocen que toda diferencia de tratamiento legislativo de ambas situaciones es injustificada (t. 11, nº 1184).

(nota 6) En este sentido: LARENZ, Obligaciones, t. 2, vol. 2, 54.

(nota 7) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2449.

(nota 8) ENNECCERUS-LEHMANN , t. 2, vol. 2, § 167, nota 4.

(nota 9) LARENZ, Obligaciones, t. 2, 54.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala A, 20/3/1962, causa 76.649 (inédita).

§ 4.— Fin del depósito

1110/2065

2065. DISTINTAS CAUSAS.— El depósito termina:

a) Si el contrato fue por tiempo determinado, al vencimiento del plazo;si fue por tiempo indeterminado cuando cualquiera de las partes lo quisiere (art. 2226 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2226, inc. 1º). Sobre la posibilidad de las partes de darlo por terminado antes del tiempo fijado y las consecuencias de tal actitud, véase números 2052 y siguientes.

b) Por la pérdida de la cosa depositada (art. 2226 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2226, inc. 2º). No importa que la pérdida haya ocurrido por fuerza mayor o por culpa del depositario; en cualquier caso el depósito concluye, sin perjuicio de que en el primer caso el depositario está exento de responsabilidad y en el segundo debe reparar el daño.

Esta disposición no es aplicable al depósito irregular, pues el género no perece y el depositario siempre podrá restituir otras cosas de la misma calidad y en igual cantidad (ver nota 1).

c) Por la enajenación que hiciese el depositante de la cosa depositada (art. 2226 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2226, inc. 3º). Es natural que así sea, porque pudiendo en cualquier momento el depositante exigir la devolución del depósito (art. 2217 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2217), es obvio que esa facultad debe reconocerse a quien lo ha sucedido en sus derechos de dueño. En rigor esta disposición es superflua cuando el adquirente es una sola persona, pues a ésta le bastaría con invocar el aludido art. 2217 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2217; pero es útil cuando los adquirentes son varios y unos quieren reclamar el depósito y otros dejarlo en manos del depositario; el art. 2226 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2226resuelve la cuestión en favor de quienes desean ponerle término, aunque sean minoría.

¿El art. 2226 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2226, inc. 3º, permite al depositario devolver la cosa antes del término fijado en el contrato? Si el depósito es gratuito, no cabe duda de la respuesta afirmativa; en ese supuesto el depósito constituye una liberalidad, en la cual la persona del que recibe el beneficio es determinante para el que lo hace. No es justo, por tanto, obligar al depositario a prestar un servicio gratuito a quien no desea. Más dudosa es la solución cuando el depósito

es retribuido. Pensamos que en tal caso no es admisible autorizar al depositario a devolver la cosa porque ésta haya sido enajenada a un tercero.

La extinción del contrato no se produce ipso iure por la enajenación de la cosa, sino que es indispensable la declaración de voluntad de la parte interesada.

d) Por mutuo disenso. Esta causa permite poner fin al contrato antes del vencimiento del plazo sin riesgo de que surja un eventual derecho a indemnización como puede ocurrir en la rescisión unilateral.

e) Por consignación de la cosa cuando el depositario descubriere que es robada (art. 2215 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2215).

f) Cuando se descubre que la cosa pertenece al depositario y que el depositante no tiene ningún derecho a su posesión (ver nota 2).

1110/2066

2066.— En cambio, el art. 2225 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2225dispone que el contrato de depósito no se resuelve por muerte de ninguna de las partes. Esta norma no guarda coherencia con el art. 2226 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2226, inc. 3º, según el cual la enajenación de la cosa por el depositante pone término al contrato; en ambos casos, hay en efecto una transferencia del dominio (no interesa por qué título) y la solución debería ser la misma. Además, no parece justo obligar al depositario a seguir prestando un servicio gratuito a personas distintas de aquellas a las que él quiso favorecer. Considerado el problema en el plano de la reforma legislativa (ya que la solución de nuestro Código es distinta), creemos justo introducir algunas distinciones: a) La muerte del depositario debería permitir al depositante reclamar el depósito aunque éste fuera remunerado y sin obligación de pagar ninguna indemnización, ni siquiera en concepto de interés negativo; y si los depositantes son varios, debería bastar la voluntad de uno solo de ellos para exigir la devolución de la cosa, pues no es razonable continuar con el depósito cuando uno de los depositantes no tiene confianza en el depositario. b) La muerte del depositante debería permitir al depositario poner fin al contrato antes del vencimiento del plazo, sin indemnización alguna, si el contrato es gratuito, pero no si es oneroso.

(nota 1) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nº 83; SEGOVIA, t. 1, nota 75 a su art. 2228.

(nota 2) Así lo establece el art. 1779, Cód. Civil italiano. En sentido concordante:

ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 167, II, 4; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 437.
§ 5.— Depósito necesario

1110/2067

2067. CONCEPTO.— Dice el art. 2227 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2227(repitiendo un concepto antes expresado en el art. 2187 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2187), que el depósito será necesario cuando fuese ocasionado por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos o por otros acontecimientos de fuerza mayor, que sometan a las personas a una imperiosa necesidad; también lo será el de los efectos introducidos en las posadas por los viajeros. Dejaremos por ahora de lado el depósito hecho en hoteles o posadas, que será objeto de un estudio especial y nos limitaremos al depósito necesario strictu sensu.

La propia ley hace una enumeración de distintos acontecimientos de fuerza mayor que pueden poner a una persona en la necesidad de hacer un depósito. La referencia al incendio, ruina, saqueo, etcétera es meramente enunciativa, porque la propia ley se encarga de añadir que también están comprendidos dentro del supuesto legal todos los acontecimientos de fuerza mayor que sometan a la persona a una necesidad imperiosa. El problema de si ha existido o no necesidad imperiosa de hacer el depósito es cuestión que queda librada a la prudente apreciación judicial; pero no basta una simple dificultad ni mucho menos una mera conveniencia por evidente que fuera (ver nota 1). Tampoco hay depósito necesario según el concepto del art. 2227 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2227, cuando el depositante se ve obligado a hacerlo no porque medien circunstancias de fuerza mayor sino porque se lo impone un contrato celebrado con terceras personas (ver nota 2).

1110/2068

2068. RÉGIMEN LEGAL.— Los depósitos necesarios están sujetos al mismo régimen legal que los voluntarios (art. 2239 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2239), con las siguientes excepciones.

a) Es válido el depósito hecho en personas adultas, aunque incapaces por derecho a pesar de que no estén autorizadas para recibirlos por sus representantes legales (art. 2228 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2228). ¿Cuáles son las personas adultas incapaces por derecho a que se refiere la ley? Ante todo hay que aclarar que no se trata de los incapaces de derecho, sino por derecho; hubiera sido más claro hablar de incapaces de hecho, a los que, sin duda alguna, se refiere la ley. Aplicada literalmente esta disposición, llevaría a la conclusión de que todos los incapaces adultos, inclusive los dementes, podrían recibir depósitos necesarios; pero no

parece razonable admitirlo así. Si la ley excluye de su alcance a los menores impúberes es porque ellos carecen de discernimiento (art. 921 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_24.HTM&iid=AR_LA001 - Art_921) y, por lo tanto, en igual situación deben encontrarse los dementes. En cambio, pensamos que los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito están capacitados para recibir depósitos necesarios, pues poseen discernimiento (art. 921 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_24.HTM&iid=AR_LA001 - Art_921); y lo mismo ocurre con los penados, si bien es difícil concebir que ellos se encuentren prácticamente en condiciones de recibir un depósito. En suma, sólo los menores impúberes y los dementes estarían excluidos del ámbito de aplicación del art. 2239 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2239(ver nota 3). El depósito es válido aunque el representante legal no lo haya autorizado (art. 2228 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2228), y aunque se haya opuesto.

El incapaz queda responsable por todas las consecuencias del depósito.

b) Para acreditar el depósito necesario se admiten toda clase de pruebas (art. 2238 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2238), incluso la de testigos aunque el depósito sea mayor de doscientos pesos, porque las circunstancias en que se presume hecho son de tal naturaleza que no permiten al depositante munirse de prueba documental.

(nota 1) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 86 d) al nº 2456; MACHADO, t. 6, p. 79; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1184.

(nota 2) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2456; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1184 bis.

(nota 3) SEGOVIA (nota 80 al art. 2230 de su numeración) y MACHADO (t. 6, p. 81) piensan que esta disposición ha querido referirse sólo a los menores adultos y a las mujeres casadas, pues no creen admisible reconocer a los incapaces absolutos la facultad de contratar; lo que concordaría con la fuente (FREITAS, art. 2685). A lo que hay que observar: a) que VÉLEZ no cita a FREITAS como fuente de este artículo, lo que permite suponer que se apartó de su solución; b) que la llamada incapacidad absoluta de los sordomudos no le impide casarse; no parece, pues, tan escandaloso autorizarlos a recibir un depósito necesario; c) que en el sistema de nuestro Código, el depósito necesario no se apega estrictamente al concepto de contrato; desde que hay necesidad, no hay libre consentimiento. Se trata más que de un contrato, de un hecho al cual se le imputan consecuencias análogas a las derivadas del contrato típico de depósito. Para responsabilizarse por el cuidado de la cosa, basta con una comprensión elemental de la responsabilidad que se asume, y como el sordomudo que no sabe darse a entender por

escrito y el penado tienen discernimiento, parece natural responsabilizarlos por el hecho de haber recibido el depósito.

§ 6.— Depósitos en hoteles o posadas

1110/2069

2069. LINEAMIENTOS DEL RÉGIMEN LEGAL.— En principio, la introducción de efectos y equipajes hecha por el viajero en un hotel o posada, está sujeta al régimen general del depósito (art. 2239 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2239), pero siguiendo un régimen tradicional, que se apoya en buenas razones, la ley ha agravado considerablemente la situación del depositario:

a) En primer término, el depósito se considera necesario (art. 2227 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2227), lo que tiene interés desde el punto de vista de la prueba de los efectos introducidos en el hotel (véase nº 2068, b).

b) En segundo lugar, el concepto de depósito se amplía notablemente, pues no comprende sólo las cosas entregadas al hotelero o sus dependientes, sino también las introducidas por el viajero, que las ha conservado consigo sin entregarlas en momento alguno (véase núms. 2071 y sigs.).

c) Por último, la responsabilidad del hotelero es más grave que la del derecho común, desde que responde inclusive por el hecho de personas extrañas (véase nº 2074).

Esta mayor severidad con que la ley considera al hotelero se explica porque muchas veces el viajero se encuentra en la imposibilidad de elegir un hotel, porque es justo que quien hace su negocio con el cliente tome los cuidados del caso para evitar daños y pérdidas y, finalmente, porque la circulación de personas por el hotel hace particularmente necesaria la vigilancia del dueño, tanto más cuanto que el propio viajero difícilmente puede llevarla a cabo personalmente.

1110/2070

2070. CONCEPTO DE POSADERO Y DE VIAJERO.— Se entiende por posaderos u hoteleros a todos aquellos cuyo negocio consista en dar alojamiento a viajeros (art. 2230 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2230). No están comprendidos dentro de este concepto los dueños o administradores de fondas, cafés, casas de baños y otros establecimientos similares (art. 2233 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2233), tales como sanatorios, clubes, teatros, etcétera; ni los que alojan accidentalmente a una persona en su propia casa aunque sea cobrando una pensión (ver

nota 1), pero sí las llamadas pensiones de familia, si se trata de negocios regulares (ver nota 2).

No se benefician con el régimen especial de este depósito los viajeros u otras personas que entren en hoteles o posadas sin alojarse en ellos (arts. 2233 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2233y 2234), tales como las visitas, o las que van al hotel a comer, aunque sea tomando pensión si es para este solo objeto (ver nota 3).

Tampoco están comprendidas las personas que viviendo o pudiendo vivir en los pueblos alquilan piezas como locatarios en los hoteles (art. 2234 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2234). Bien entendido que para que el hotelero pueda excusarse de su responsabilidad de tal, es necesario que alquile la pieza bajo el régimen común del contrato de locación; si, por el contrario, le ofrece al cliente los servicios comunes a todos los que se alojan en el hotel, su responsabilidad debe ser igual frente a todos ellos.

1110/2071

2071. OBJETOS POR LOS CUALES RESPONDE EL HOTELERO.— El hotelero responde por los daños o pérdidas sufridas en todos los efectos introducidos en las posadas (art. 2230 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2230), inclusive los vehículos de cualquier clase dejados en las dependencias del hotel (art. 2231 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2231).

Sin embargo, cuando se trata de objetos de gran valor, tales como joyas, títulos de crédito, sumas de dinero muy importantes, etcétera, el viajero debe hacer saber al posadero que los tiene en su poder y aun mostrárselos si éste lo exige; y de no proceder así, el posadero no responde de su pérdida (art. 2235 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2235). Más aún, si el hotelero pide que tales cosas se depositen en la caja fuerte del hotel y el cliente se niega, debe considerarse exento de responsabilidad, pues es obvio que el viajero es culpable de que no se hayan tomado las medidas de seguridad que la prudencia exige.

1110/2072

2072.— La responsabilidad del hotelero surge tan pronto las cosas han sido introducidas en el hotel, sea por sus empleados o por el propio viajero (art. 2229 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2229); y aun antes, si las cosas fueron entregadas al empleado del hotel para que las introdujera (ver nota 4). No cesa su responsabilidad por la circunstancia de que el viajero

tenga la llave de su habitación (art. citado), porque es habitual que el hotelero tenga un duplicado.

1110/2073

2073.— La protección legal no se extiende a los objetos que el viajero haya dejado en el hotel después de su partida; en este caso el hotelero debe considerarse como depositario común (ver nota 5).

1110/2074

2074. PERSONAS DE CUYOS HECHOS RESPONDE EL HOTELERO.— El hotelero responde ante todo de sus propios hechos y los de sus dependientes (art. 2230 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2230), lo que no es sino una aplicación del régimen general del art. 1113 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_28.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1113; responde también de los hechos de terceros, sea otro viajero (art. 2230 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2230) o cualquier persona extraña (ver nota 6), pues en definitiva la pérdida o daño no se hubiera producido si el hotelero hubiera cumplido cabalmente su deber de vigilancia.

La regla general es que el hotelero, como todo depositario, se presume culpable de toda pérdida o daño sufrido por las cosas del viajero, a menos que demuestre que se ha originado:

a) En culpa del propio viajero (art. 2236 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2236). Se ha resuelto que incurre en culpa el viajero que al hospedarse en un hotel deja una valija en el vestíbulo durante cuatro días en vez de colocarla en su habitación (ver nota 7), solución que nos parece discutible, porque el hotelero debió llevarla a la habitación u otro lugar seguro.

b) En un hecho de los familiares o visitantes de los viajeros (art. 2230 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2230). Debe entenderse que la ley se refiere a los familiares o visitantes del viajero cuyos efectos resultaron dañados o perdidos y no a los de los restantes. Esta interpretación del art. 2230 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2230se corrobora con el art. 2237 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2237, según el cual el robo no es fuerza mayor si no se hizo con armas o con escalamiento que no pudiere resistir el hotelero. Éste no es el caso del robo o hurto hecho por las visitas de los otros viajeros y, por consiguiente, el hotelero responde.

c) En un acontecimiento de fuerza mayor (art. 2236

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2236); ya dijimos que no debe considerarse tal el robo a menos que fuera a mano armada o con escalamiento que no pudiere resistirse (art. 2237 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2237).

d) En la naturaleza misma de la cosa (ver nota 8).

1110/2075

2075. CLÁUSULAS DE NO RESPONSABILIDAD.— Son nulas todas las estipulaciones contractuales en virtud de las cuales el hotelero limite la responsabilidad que la ley le atribuye; con tanta mayor razón son ineficaces los anuncios o avisos puestos en lugar visible con el mismo propósito (art. 2232 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2232). Puesto que la ley considera que este depósito tiene carácter necesario y que el viajero no está en condiciones de discutir libremente sus cláusulas, es natural que se fulmine de nulidad a las que reduzcan la responsabilidad del hotelero.

En cambio, nada se opone a que éste asuma responsabilidades mayores, como sería el tomar sobre sí la fuerza mayor.

1110/2076

2076. PRUEBA DEL CONTRATO.— La prueba de la pérdida y de la cantidad, calidad y valor de los objetos perdidos puede hacerse por cualquier medio, sin limitación alguna (art. 2238 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2238).

2076-1. DERECHO DE RETENCIÓN.— De conformidad con el art. 2223 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2223(que el art. 2339 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_52.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2339declara aplicable al caso) el posadero u hotelero tenía derecho de retención sobre todos los efectos introducidos en el hotel hasta ser pagado su crédito. Pero la ley 12296, art. 1º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_12296.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1, introdujo una limitación sustancial a este derecho al disponer que no puede hacerse recaer sobre las ropas y muebles de su indispensable uso y las instrumentos necesarios para su profesión, arte u oficio (ver nota 9). Pero subsiste el derecho de retención sobre dinero, valores, alhajas, etcétera; igualmente subsiste sobre la ropa, si por su cantidad y calidad tuviere carácter suntuario; así, por ejemplo, un tapado de pieles caras (y con mayor razón si son varios) y aun la ropa corriente, en la medida en que su cantidad exceda las necesidades normales y razonables del deudor.

(nota 1) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1186; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1239.

(nota 2) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 170, I, 1.

(nota 3) PLANIOL-RIPERT-SAV ATIER, t. 11, nº 1186; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1240; LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 55, p. 385.

(nota 4) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 91 b) al nº 2463; MACHADO, t. 6, p. 85; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 1195; LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 55, p. 386; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, § 170, I, 4.

(nota 5) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1187; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 170, II, 5.

(nota 6) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1189; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 473; LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 55, p. 386; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 170, I, 6. En contra: MACHADO, t. 6, p. 83; ACUÑA ANZORENA admite la responsabilidad del hotelero por el hecho de los proveedores del hotel (nota 92 a), al nº 2466 de SALVAT, Contratos).

(nota 7) C. Paz Let., Sala I, 10/8/1948, J.A., 1948-IV. En cambio otro tribunal, resolvió que el hecho de dejar la habitación sin llave no importa culpa del pasajero que exima al hotelero (Just. Paz Cap., 16/9/1937, J.A., t. 59, p. 1014).

(nota 8) LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 55, p. 386.

(nota 9) C. Penal Cap., 14/8/1953, L.L., t. 72, p. 10.

§ 7.— Contrato de garaje (ver nota 1)

2076-2. NATURALEZA JURÍDICA: REMISIÓN.— Hemos tratado el tema en otro lugar (t. I, nº 600), al que remitimos. Sólo diremos aquí que, conforme con la jurisprudencia predominante, se trata de un contrato innominado que participa de la locación de cosas, del depósito y de la locación de servicios. Si el automóvil tiene cochera fija, el contrato predominante es la locación de cosas; si no la tiene, lo predominante es el depósito.

2076-3. OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO.— Las obligaciones esenciales del garajista son la guarda y conservación del coche; salvo autorización expresa, no puede servirse de él y debe restituirlo al dueño o a quien esté autorizado para retirarlo (ver nota 2) cada vez que éste lo requiera.

Si en el contrato —que generalmente es verbal— se incluye el derecho a una cochera, el garajista no puede guardar en ese lugar otro coche.

El contrato puede incluir la prestación de servicios auxiliares, tales como el lavado y limpieza del coche.

A su vez el dueño del coche tiene la obligación de pagar el precio estipulado, que habitualmente se ajusta por mensualidades.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: ARGERI, Contrato de garaje, L.L., 1980-D, p. 1417; BEORLANDINI, Responsabilidad del garajista, L.L., 1979-B, p. 911; ROCCA, Responsabilidad del garajista, L.L., t. 112, p. 21, nota al fallo 50.978; MORENO DUBOIS, Responsabilidad del dueño de la estación de servicio y en el contrato de garaje, L.L., t. 116, p. 360, nota al fallo 52.741; HERRERO, Contrato de garaje (cuidadosa reseña jurisprudencial), J.A. Reseñas, 1971, p. 429; nota de jurisprudencia en E.D., t. 6, p. 889.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala F, 8/11/1962, E.D., t. 4, p. 736.

2076-4. RESPONSABILIDAD DEL GARAJISTA.— El principio general es que el garajista es responsable por los daños y perjuicios sufridos por el vehículo durante el tiempo que está bajo su guarda, salvo que pruebe un eximente de fuerza mayor. En otras palabras: si el automóvil se ha perdido o sufrido daños, el garajista responde a menos que pruebe la fuerza mayor y sin que competa al dueño del vehículo la prueba de la culpa de aquél o de sus dependientes (ver nota 1). Es la obligación que pesa sobre todo deudor de una cosa cierta (véase nº 2033). La obligación no se extendería a las cosas dejadas dentro del vehículo (ver nota 2).

¿El robo a mano armada de un vehículo exime de responsabilidad al garajista? Anteriormente la jurisprudencia se había inclinado por eximirlo de reponsabilidad, considerando que se trataba de un caso de fuerza mayor (ver nota 3); pero hoy se admite sin discrepancias, que aun en ese caso el garajista es responsable, no sólo porque el garaje importa una actividad comercial y el robo a mano armada debe considerarse un riesgo propio de ella, sino también porque se trata de un hecho previsible y el garajista tiene el deber de asegurarse (ver nota 4).

Asimismo se ha declarado que la responsabilidad del garajista debe juzgarse con estrictez (ver nota 5) y que los tickets dados por el garajista a los depositantes que contengan cláusulas de irresponsabilidad para el caso de robo, hurto o incendio causados a los o por

los vehículos, carecen de toda virtualidad operativa (ver nota 6). En sentido coincidente, se ha declarado que la circunstancia de que en el garaje haya un letrero que diga “sin responsabilidad en caso de incendio”, no exime de responsabilidad al garajista (ver nota 7), y, desde luego, tampoco lo exime la circunstancia de que el dueño del vehículo no haya pagado algunas de las cuotas convenidas (ver nota 8).

La prueba de que el automóvil fue hurtado cuando estaba en el garaje, suele ser muy difícil, por lo que los tribunales han sido muy amplios en la consideración de esa prueba. Así, se ha declarado suficiente la declaración de un testigo único íntimamente vinculado al actor (ver nota 9). Dijo también el tribunal en ese caso que corresponde al garajista efectuar el control de la entrada y salida de vehículos y que su negligencia en ese aspecto, no puede redundar en contra de los damnificados. A nuestro juicio, sería admisible aun la prueba de simples presunciones como, por ejemplo, sería la de que a la hora en que se produjo el robo, el propietario del vehículo acostumbraba siempre dejarlo en el garaje.

2076-5.— Un problema que suele presentarse frecuentemente es el de la responsabilidad frente a terceros por accidentes ocurridos en circunstancias en que el automóvil ha sido sacado sin autorización del dueño por el garajista o sus dependientes. Ninguna duda cabe acerca de la responsabilidad de éstos; la duda consistía en decidir si también debe reputarse responsable al dueño del automóvil. El art. 1113 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_28.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1113(ref. por ley 17711 <>) ha terminado con la cuestión, dándole su solución justa: si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.

Adviértase que esta disposición está conectada con el párrafo anterior del mismo artículo que alude a la responsabilidad por el hecho de la cosa y no al hecho del dependiente. Así, el garajista no podría excusar su responsabilidad, frente al dueño o al tercero damnificado, aduciendo que el automóvil fue usado por un dependiente suyo en contra de su voluntad.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 23/12/1966, J.A., 1967-III, p. 77; C. Civil Cap., Sala F, 30/5/1959, J.A., 1959-IV, p. 333.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala C, L.L., t. 1988-A, p. 302.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 30/5/1961, E.D., t. 1, p. 625; Sala C, 25/3/1963, E.D., t. 5, p. 728; Sala D, 21/8/1961, E.D., t. 1, p. 399; íd., 29/5/1967, L.L., t. 127, p. 449; Sala F, 8/11/1962, E.D., t. 4, p. 736, íd., 5/12/1980, E.D., t. 92, p. 472; C. Com. Cap., Sala A, 5/2/1970, L.L., t. 131, p. 182; íd., 25/3/1971, L.L., t. 142, p. 315; Sala B, 15/11/1967, J.A., 1968-II, p. 269; íd., 7/8/1964, L.L., t. 117, p. 265.

(nota 4) C. Com. Cap., Sala B, 26/2/1991, E.D., t. 142, p. 447; íd., 7/11/1990, E.D., t. 141,

p. 244; íd., Sala A, 25/6/1979, L.L., 1980-A, p. 5; íd., Sala C, 12/6/1978, E.D., t. 82, p. 645; Sala D, 20/3/1978, L.L., 1979-A, p. 537; Sala D, 28/3/1978, L.L., 1979-A, p. 535, con nota de HALPERIN; íd., 24/10/1994, L.L., t. 1995-A, p. 199; íd., Sala F, 29/5/1977, E.D., t. 126, p. 308; Sala C, E.D., t. 120, p. 214; Sala A, L.L., t. 1985-E, p. 472; etc.

(nota 5) C. Com. Cap., 4/9/1984, E.D., t. 112, p. 511.

(nota 6) C. Com. Cap., Sala A, 4/9/1984, E.D., t. 112, p. 511; Sala B, 25/8/1978, L.L., 1978-D, p. 713; Sala C, 7/4/1976, L.L., 1977-A, p. 248; Sala D, 29/4/1977, J.A., 1978-III, p. 529.

(nota 7) C. Apel. 1ª Mar del Plata, L.L., t. 128, p. 852.

(nota 8) C. Com. Cap., Sala E, 3/10/1977, L.L., 1978-C, p. 171.

(nota 9) C. Com. Cap., Sala B, 3/8/1979, L.L., 1979-D, p. 573. En sentido coincidente, véase C. Com. Cap., Sala E, 2/12/1993, L.L., fallo nº 92.521.

PRÉSTAMOS

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014940
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014940

1110/14940

CAPÍTULO XXXIII - PRÉSTAMOS

1110/2077

2077. DISTINTAS CLASES DE PRÉSTAMOS.— Siguiendo una larga tradición jurídica, nuestro Código distingue entre el mutuo o préstamo de consumo y el comodato o préstamo de uso. La distinción está plenamente justificada, porque los efectos de uno y otro contrato son muy distintos; en uno el prestamista entrega la cosa en propiedad al otro, que tiene libre derecho de disposición sobre ella; en el segundo, se entrega solamente la tenencia, conservando el prestamista el derecho de dominio. Pero con el fin de clarificar las ideas, conviene decir que no hay entre ambos contratos una diferencia radical. En los dos las partes contratantes se proponen entregar y recibir en préstamo una cosa; en ambos casos se ha de devolver algo que es, económicamente, lo mismo que se ha recibido (ver nota 1). El

significado económico del acto es idéntico. La diferencia no está, pues, en la intención de las partes, sino en la naturaleza de la cosa que se presta. El prestamista entrega siempre la cosa con la intención de que el otro la use; sólo las cosas consumibles no pueden usarse sin perecer para su dueño. De ahí que el préstamo de cosas consumibles implica el reconocimiento de que el prestatario tiene derecho de disposición (ver nota 2).

Al trasladarse al plano jurídico, se magnifica la diferencia entre el préstamo de una cosa cierta y el de una consumible, haciendo necesaria una muy distinta regulación legal.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014950
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014950

1110/14950

I. MUTUO O PRÉSTAMO DE CONSUMO (ver nota 3)

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014960
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014960

1110/14960

§ 1.— Nociones generales

1110/2078

2078. CONCEPTO.— Según el art. 2240 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2240habrá mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad. Y el art. 2241 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2241agrega que la cosa objeto de este contrato debe ser consumible, o fungible aunque no sea consumible.

Hemos dicho ya que lo que está en la médula del mutuo es un préstamo que como todo préstamo se entiende de uso; sólo que el uso de la cosas consumibles produce su perecimiento por lo que el prestatario no puede cumplir con su obligación de restitución sino devolviendo otras cosas de la misma especie y calidad. Por consiguiente la circunstancia de que la cosa sea consumible es lo que tipifica jurídicamente el mutuo. Pero al mismo tiempo es dable observar que siendo las cosas fungibles idénticas unas a otras, siempre que una persona ha entregado una cantidad de ellas sea a título de préstamo, depósito, mandato, etcétera, sólo puede exigir que se le devuelva otra de la misma especie y

calidad. Basta pues que la cosa sea fungible o bien consumible para que el préstamo deba considerarse de consumo. Cabe agregar que si bien no hay una identidad necesaria entre las consumibles y las fungibles, estas categorías tienen un paralelismo casi constante, y sólo en casos de verdadera excepción marchan separadas: tal ocurre con los ejemplares de la misma edición de un libro, que no son consumibles pero son fungibles si están intactos, sin anotaciones, dedicatorias, etcétera; y con un vino de cosecha muy vieja y prácticamente inhallable, que es consumible y no fungible (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 786).

Sea porque la cosa es consumible o porque es fungible, el que la presta sólo pretende se le restituya otra de la misma especie y calidad; tenga o no conciencia de ello, lo cierto es que se desprende de su propiedad, de la cual pasa a ser titular el mutuario (art. 2245 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2245).

1110/2079

2079.— Si el contrato estipula la devolución de cosas distintas, ya no será mutuo aunque así lo llamen las partes, sino compraventa o permuta (ver nota 4). Pero la naturaleza del mutuo no se altera porque se reconozca al deudor la facultad alternativa de liberarse mediante una prestación distinta (ver nota 5). El compromiso de devolver una cantidad mayor o menor que la recibida tampoco desnaturaliza el mutuo (véase nº 2094).

1110/2080

2080. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD.— Hemos dicho ya que por razón de la naturaleza de la cosa prestada, la propiedad de ella se transmite al mutuario. Como principio es, pues, necesario que el mutuante sea dueño de ésta; pero aun no siéndolo el mutuo será válido si el mutuario ha venido a adquirir la propiedad de la cosa por efecto de su buena fe (art. 2412 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_54.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2412) (ver nota 6). Pero desde el momento en que el tercero propietario conserva su acción de reivindicación, el préstamo es nulo (ver nota 7) aunque la acción reivindicatoria apenas se concibe prácticamente respecto de cosas fungibles que por la común no pueden individualizarse.

Consecuencia de la transmisión del dominio es que el mutuario carga con los riesgos de la cosa (art. 2245 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2245); su obligación de devolver igual cantidad de cosas equivalentes se mantiene aunque las recibidas por él se hayan deteriorado o perdido por fuerza mayor.

1110/2081

2081. CARACTERES DEL CONTRATO.— El mutuo tiene los siguientes caracteres:

a) Para la doctrina clásica, es un contrato unilateral, porque entregada la cosa en el momento de la celebración del acto, ya no quedan obligaciones pendientes de cumplimiento sino para el mutuario (ver nota 8). Otros autores sostienen que es un contrato bilateral imperfecto, porque el prestamista sigue obligado a no reclamar la restitución de la cosa durante el plazo convenido (ver nota 9). Aunque no atribuimos a esta clasificación la menor importancia y esta discusión nos parece ociosa, diremos que desde el punto de vista de la pura lógica nos parece más razonable considerar este contrato como bilateral, porque supone para el prestamista la obligación de entregar la cosa y para el mutuario la de restituirla en su momento y, eventualmente, la de pagar intereses. La circunstancia de que una de las partes llene todas sus obligaciones al celebrar el contrato no significa que no estaba obligado a hacerlo conforme con el acuerdo de voluntades. De igual modo que la compraventa manual es típicamente bilateral no obstante que todas las obligaciones quedan cumplidas en el instante mismo de celebrar el contrato (ver nota 10).

b) Puede ser gratuito u oneroso; en defecto de convenio sobre el punto se lo presume gratuito (art. 2248 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2248).

c) Es un contrato real que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa (art. 2242 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2242), entrega que puede ser real o ficticia, como ocurre cuando ya la cosa se encuentra en poder del mutuario por un título distinto y las partes convienen en transformar en mutuo la obligación de restitución pendiente. Sin perjuicio de lo que diremos en seguida sobre la promesa de préstamo.

1110/2082

2082. PROMESA DE PRÉSTAMO.— La promesa aceptada de hacer un préstamo gratuito no da acción alguna contra el promitente (art. 2244 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2244), lo que nos parece razonable atento a que se trata sólo de una promesa de liberalidad. En cuanto a la promesa onerosa no cumplida ella no da acción al mutuario para reclamar el cumplimiento del contrato y eventualmente el embargo y entrega de la cosa, sino solamente para demandar los daños y perjuicios (art. 2244 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2244). El derecho moderno se inclina a reconocer a la promesa de mutuo todos los efectos propios de los contratos y particularmente el de reclamar su cumplimiento (ver nota 11), solución lógica porque el principio de la autonomía de la voluntad exige que todos los contratos que tengan una causa lícita y sean celebrados por personas capaces, tengan plena validez. Hay que reconocer, sin embargo, que tratándose de cosas fungibles y consumibles, la indemnización de todos los daños y perjuicios resultante de la promesa incumplida satisface suficientemente el interés tutelado. Porque las cosas fungibles, y particularmente el dinero, tienen un valor de plaza; si el que prometió entregarlo no lo hace, el prestatario

puede conseguirlo de otras personas más rápidamente de lo que le llevaría el juicio ejecutivo para lograr el apoderamiento de la cosa. Y si para conseguir ese dinero ha debido pagar intereses más altos, el perjuicio resultante del incumplimiento queda plenamente reparado con el pago de la diferencia.

El que solicitó una suma de dinero y luego se niega a suscribir el contrato en el momento debido, debe al prestamista los daños y perjuicios consiguientes (ver nota 12).

1110/2083

2083. COMPARACIÓN CON OTROS CONTRATOS.— a) Con el comodato. Dijimos ya que la diferencia esencial reside en la naturaleza de la cosa prestada: en el mutuo la cosa es necesariamente consumible o fungible; en el comodato debe ser no consumible y no fungible. De esta diferencia esencial surgen las siguientes: 1) en el mutuo, hay transferencia de la propiedad de la cosa; en el comodato no; 2) los riesgos de la cosa, puesto que están a cargo del propietario, recaen en el mutuo en el que recibió el préstamo y en el comodato en el que lo hizo.

Puede además anotarse otras diferencias menos sustanciales: 1) el mutuo puede ser gratuito u oneroso, en tanto que el comodato es siempre gratuito (art. 2255 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2255); desde que se paga algo por el uso de la cosa, el contrato se convierte en locación; 2) en el mutuo, el cumplimiento del plazo está sujeto a reglas más rigurosas que en el comodato, en el cual el prestamista tiene derecho a pedir la restitución de la cosa aun antes del plazo si le sobreviene alguna necesidad imprevista y urgente (art. 2284 1 - Art_2284).

1110/2084

2084. b) Con la locación.— Si el mutuo es gratuito, toda confusión es imposible, ya que la locación es siempre onerosa; si el mutuo es oneroso, la significación económica de ambos contratos tiende a aproximarse, porque en el espíritu de las partes cualquiera de ellos se presenta como compromiso de entregar una cosa con facultad de usarla a cambio de un precio en dinero que por lo general se paga periódicamente. La diferencia esencial reside en la naturaleza de la cosa sobre la cual recae el contrato: las cosas fungibles o consumibles no pueden ser dadas en locación (art. 1499 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_36.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1499), en tanto que el mutuo sólo puede recaer sobre ellas. De donde se sigue que el prestamista transfiere la propiedad de la cosa, en tanto que el locador la conserva; y que los riesgos de la cosa originados en un acontecimiento de fuerza mayor son sufridos por el mutuario mientras que en la locación pesan sobre el locador. Finalmente el mutuo es un contrato real y la locación consensual.

1110/2085

2085. c) Con la sociedad.— La posibilidad de confusión entre ambos contratos, tan disímiles por su naturaleza, se presenta cuando una persona facilita dinero a otra con destino a un negocio social. ¿Hay aporte a la sociedad o préstamo a los socios? El elemento de juicio que permite hacer la distinción es el siguiente: si el que entrega el dinero no participa de las pérdidas y se le asegura el reintegro de su capital contra todo evento, hay préstamo y no sociedad (ver nota 13). La solución no varía porque se estipule un interés relacionado con las ganancias y aun porque el prestamista se asegure alguna participación en la dirección del negocio (ver nota 14), lo que debe entenderse más bien como una garantía del préstamo que como un contrato de sociedad propiamente dicho.

1110/2086

2086. d) Con la compraventa.— El punto de contacto entre ambos contratos se presenta en la venta con pacto de retroventa, cuestión que hemos tratado en el número 327.

Hay también una estrecha vinculación entre ambas figuras en el llamado contrato de mohatra, que es aquel en el cual una de las partes da a otra una cosa a vender, autorizándola a retener el precio a título de préstamo (ver nota 15). Se ha discutido que esto sea un mutuo, en primer lugar porque el dueño entrega una cosa distinta de aquella que se le ha de devolver y, en segundo lugar, porque el que la recibe no tiene un derecho de libre disposición sobre la cosa sino que está obligado a venderla por cuenta del dueño. En verdad, se trata de un contrato complejo, constituido en su primera etapa por un mandato de venta y en la segunda por un mutuo. Nada se opone, en efecto, a que una persona que ha recibido una suma de dinero por un título distinto al mutuo (en nuestro caso, como precio de venta de una cosa del mandante) la conserve en carácter de préstamo si hay acuerdo de voluntades en tal sentido (véase nº 2019) (ver nota 16).

1110/2087

2087. e) Con el depósito irregular; remisión.— Hemos tratado el punto en el número 2013, al que remitimos.

1110/2088

2088. PRÉSTAMO CIVIL Y COMERCIAL.— El préstamo es comercial cuando la cosa prestada puede ser considerada de género comercial, esté destinada a uso comercial y cuando por lo menos el deudor sea comerciante (ver nota 17); no basta con que el prestamista lo sea para considerarlo tal (ver nota 18). Se ha declarado que no es comercial el mutuo cuando el deudor, de profesión martillero, dedica el dinero a la construcción de un inmueble de su propiedad (ver nota 19); que para reconocer al mutuo garantizado con hipoteca carácter comercial es necesario que la afectación del dinero al giro de los negocios del deudor resulte del acto constitutivo de la obligación, sea de la escritura pública o de otros elementos que acrediten inequívocamente esa circunstancia (ver nota 20).

La diferencia es importante sobre todo desde el punto de vista de los intereses: el mutuo civil se presume gratuito (art. 2248 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2248), por lo cual no devenga intereses, salvo estipulación en contrario; el comercial se presume oneroso (arts. 558 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_2637_8.HTM&iid=AR_LA001 - Art_558y 218 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_2637_4.HTM&iid=AR_LA001 - Art_218, inc. 5º). Además, el mutuo civil es un contrato real, en tanto que el comercial es simplemente consensual (art. 559 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_2637_8.HTM&iid=AR_LA001 - Art_559, que permite al mutuario exigir la entrega del capital y no solamente los daños y perjuicios. Finalmente, la distinción tiene interés en lo que atañe a la competencia de los tribunales que han de intervenir en las acciones promovidas entre las partes.

1110/2089

2089. FORMA Y PRUEBA.— El mutuo no requiere formalidad alguna; puede ser contratado incluso verbalmente (art. 2246 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2246). Si se ha celebrado por escrito, no se requiere doble ejemplar, ya que esta formalidad no es exigida cuando una de las partes llenare todas sus obligaciones en el momento de celebrar el contrato (art. 1191 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_30.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1191), que es precisamente lo que ocurre en el mutuo, en el que el mutuante entrega en dicho momento el capital.

En lo que atañe a la prueba, dispone el art. 2246 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2246(ref. por la ley 17940) que el mutuo no podrá probarse sino por instrumento público o por instrumento privado de fecha cierta si el empréstito pasa del valor de diez mil pesos. Es obvio que esta disposición sólo se aplica en las relaciones con terceros (ver nota 21). Entre las partes rigen los principios generales de los arts. 1191 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_30.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1191y 1193 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_30.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1193.

La confesión del demandado de que ha recibido el dinero no prueba el mutuo si él alega que lo recibió por otra causa; corresponde al actor la prueba de que se trata de un mutuo (ver nota 22), para lo cual puede valerse de cualquier medio, incluso testigos y presunciones. Más aún, la sola entrega del dinero es por sí sola una presunción importante, aunque no bastante.

Si la prueba de la entrega del dinero está enderezada a probar también el contrato, no podrá

hacerse solamente por testigos (ver nota 23); pero si el contrato está acreditado por otros medios, la prueba de la entrega puede hacerse por testigos, porque se trata de un simple hecho.

1110/2090

2090.— Los gastos del contrato son a cargo del mutuario si el préstamo fuera gratuito; pero siendo oneroso, deben correr por cuenta de ambas partes, salvo pacto en contrario (ver nota 24).

(nota 1) PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 300.

(nota 2) De acuerdo: PUIG BRUTAU, loc. cit. en nota anterior; CARRESI, Il mutuo, núms. 8 y sigs.

(nota 3) BIBLIOGRAFÍA: SALVAT, Contratos, t. 3, núms. 2473 y sigs.; MACHADO, t. 6, ps. 94 y sigs.; IRIONDO, Mutuo o préstamo de consumo, t. 11, p. 274; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, núms. 1127 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la societé du prét, du dépót, 3ª ed., París, 1907; GUILLOUARD, Traités du prêt, et du dépót, París, 1893; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 299; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, ps. 150 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, ps. 426 y sigs.; CARRESI, El mutuo, Torino, 1957; MESSINEO, t. 6, § 158; LARENZ, Obligaciones; t. 2, 47; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 139 y sigs. Véase asimismo, reseña de jurisprudencia en L.L., t. 152.

(nota 4) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 139, IV.

(nota 5) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 139, IV.

(nota 6) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 139, II.

(nota 7) PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 150.

(nota 8) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2476 y su anotador ACUÑA ANZORENA; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1137; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 711; PONT, t. 1, nº 144; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, p. 427; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 153; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 302; ENNECCERUS-

LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 139 y sus anotadores PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER.

(nota 9) JOSSERAND, t. 2, nº 1342; AUBRY y RAU, t. 6, § 394.

(nota 10) En la doctrina alemana moderna es general el concepto de que el mutuo (y particularmente si es oneroso) es bilateral; LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 47, p. 269, quien cita a SIBER, AFROITER, KOHLER, LÜBBERT, GENSMER, HEEK, ESSER y STANDINGER. En igual sentido: CARRESI, Il mutuo, nº 13.

(nota 11) Ésta es en nuestro Derecho, la solución del Código de Comercio (art. 559 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_2637_8.HTM&iid=AR_LA001 - Art_559) y la del Cód. Civil alemán (art. 610), italiano (art. 1822) y suizo (art. 316).

(nota 12) C. Civil Cap., Sala D, 27/11/1959, L.L., t. 99, p. 29.

(nota 13) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1139; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 693.

(nota 14) C. Com. Cap., 24/8/1949, J.A., 1949-IV, p. 636 (aunque en este caso no se trataba propiamente de la intervención en la dirección del negocio sino de una facultad de vigilar la gestión del prestatario); PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1139.

(nota 15) Sobre este contrato véase CARRESI, Il mutuo, nº 29; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, ps. 330 y sigs. Aunque el concepto actual de contrato de mohatra es el que expresamos en el texto, parece que originariamente designaba una operación distinta, destinada a disimular la usura cuando ésta era duramente perseguida: A, vendía una copa a B por 100, pactándose el aplazamiento del pago del precio por cierto tiempo (por ej., un año); en el mismo acto, B revendía a A la cosa por ochenta, pagándose el precio al contado. Lo real de esta operación era que una persona recibía ochenta y se comprometía a devolver cien al cabo de cierto tiempo. En este sentido SCHULZ, citado por PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 335.

(nota 16) De acuerdo: CARRESI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala D, 21/11/1962, causa 1829, inédita; en sentido semejante: C. Civil Cap., Sala B, 9/6/1964, E.D., t. 9, p. 794; Sala C, 6/4/1955, L.L., t. 79, p. 641. Puede verse un prolijo tratamiento del tema con acopio doctrinario y jurisprudencial en IRIONDO, Mutuo o préstamo de consumo, E.D., t. 11, p. 274.

(nota 18) C. Civil y Com. de la Capital en pleno, 26/4/1920, L.L., t. 8, p. 726, nota.

(nota 19) C. Com. Cap., Sala B, 14/9/1960, J.A., 1961-IV, p. 633.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala B, 27/7/1959, L.L., t. 99, p. 808, 5153-S.

(nota 21) C. Civil 2ª Cap., 13/8/1943, G.F., t. 169, p. 157; Sup. Corte Buenos Aires, 27/6/1944, J.A., 1944-III, p. 674; SALVAT, Contratos, t. 3, núms. 2488 y 2489; MACHADO, t. 6, p. 108; SEGOVIA, t. 1, nota 13 al art. 2248 de su numeración.

(nota 22) C. Civil 1ª Cap., 4/5/1932, J.A., t. 38, p. 138; C. Civil 2ª Cap., 21/4/1926, J.A., t. 19, p. 879; Sup. Corte Buenos Aires, 1/6/1926, J.A., t. 20, p. 1011.

(nota 23) Sup. Corte Buenos Aires, 16/10/1951, J.A., 1952, I, p. 413.

(nota 24) Algunos autores franceses sostienen que el mutuario paga siempre los gastos del contrato, sin distinguir entre el mutuo gratuito y el oneroso (PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1143; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 800; GUILLOUARD, Contrats aléatoires, nº 87), pero esto deriva de disposiciones propias del derecho galo. A falta de texto expreso, no se concibe que en un contrato hecho en interés de ambas partes (como es el préstamo oneroso), sólo una de ellas cargue con los gastos. Discrepamos, pues, con la opinión de SALVAT, que sigue a los autores franceses sin advertir las diferencias existentes en las normas positivas de ambas legislaciones (véase Contratos, t. III, nº 2513).

§ 2.— Efectos

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014980
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111014980

1110/14980

A.— OBLIGACIONES DEL MUTUANTE O PRESTAMISTA

1110/2091

2091. ENTREGA DE LA COSA.— La primera y esencial obligación del mutuante es entregar la cosa prometida; ella se cumple simultáneamente con la celebración del acto en el contrato real de mutuo; se cumple después en la promesa de empréstito. Consecuencia de esta primera obligación, es la de respetar el derecho del mutuario de retener la cosa consigo durante todo el término fijado en el contrato.

La entrega puede ser real o ficta; esta última ocurre cuando la cosa está ya, por otro título, en poder del mutuario; toda deuda de dinero, cualquiera sea su origen, puede ser convertida en mutuo por simple convenio de las partes (ver nota 1). La entrega de la cosa significa la transferencia del dominio (art. 2245 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2245).

1110/2092

2092. RESPONSABILIDAD POR MALA CALIDAD O DEFECTOS OCULTOS DE LA COSA.— Según el art. 2247 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2247el mutuante es responsable de los perjuicios que sufra el mutuario por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada; tales como si el dinero fuera falso o si el vino estaba agriado o los granos en malas condiciones.

En el préstamo gratuito, el mutuante sólo es responsable cuando ha habido mala fe, es decir, cuando conociendo los defectos o vicios de la cosa, los ocultó al mutuario; pero si es oneroso responde también de los vicios ocultos cuya existencia ignoraba (ver nota 2). Es la solución que se desprende de los arts. 2165 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2165y 2173 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_49.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2173.

(nota 1) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 139, III; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 149.

(nota 2) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 46 al nº 2516; MACHADO, t. 6, p. 101; SEGOVIA, t. 1, nota 15 al art. 2249 de su numeración; LLERENA, t. 6, p. 427; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1144; PONT, t. 1, nº 173; AUBRY y RAU, § 395. Es la solución del art. 1821, Cód. Civil italiano. En cambio, sostienen que la responsabilidad del mutuante es igual sea el préstamo gratuito u oneroso, y sólo existe en caso de mala fe de su parte: SALVAT, loc. cit.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 746; GUILLOUARD, Contrats aléatoires, nº 101.

B.— OBLIGACIONES DEL MUTUARIO

1110/2093

2093. OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN.— El mutuario debe devolver al prestamista en el término convenido una cantidad igual de cosas de la misma especie y calidad que las prestadas (art. 2250 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2250). No puede eximirse de hacerlo so pretexto de que la cosa se ha perdido por fuerza mayor, pues habiéndosele transmitido su propiedad, para él corren los riesgos: res perit domine (art. 2245 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2245). Aunque en rigor eran innecesarias, el codificador agregó con su habitual prolijidad otras sub-directivas: a) Si la restitución que debe hacer el mutuario consistiese en el pago de una suma de dinero, sus obligaciones se regirán por las disposiciones del Capítulo IV del Título "De las obligaciones de dar" (art. 2252 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2252), que se refiere precisamente a las obligaciones de dar sumas de dinero. b) Si la restitución consistiese en la entrega de cantidades que no sean dinero, sus obligaciones se regirán por las disposiciones del Capítulo III de dicho Título (art. 2253 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2253), que se refiere a las obligaciones de dar cantidades de cosas. c) Si la restitución consistiere en la entrega de cosas no consumibles prestadas como fungibles, las obligaciones del mutuario serán regidas por las disposiciones del Capítulo II del mismo Título (art. 2254 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2254), que alude a las obligaciones de dar cosas inciertas.

1110/2094

2094.— Cuando no sea posible restituir otro tanto de la misma especie y calidad, el mutuario deberá pagar el precio de la cosa o cantidad recibida, calculado por el que la cosa tenía en el lugar y fecha de su restitución (art. 2251 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2251).

La ley se refiere a la fecha fijada en el contrato; si la restitución se hace posteriormente y la cosa ha aumentado de precio, esa diferencia debe ser pagada al mutuante a título de daños y perjuicios; si la cosa ha disminuido de precio, debe siempre pagarse el que tenía en el momento fijado en el contrato para la devolución, pues la mora del mutuario no debe perjudicar al mutuante.

La imposibilidad de la que la ley habla, debe ser juzgada prudentemente por los jueces; no será indispensable que tenga carácter absoluto, bastando con que las dificultades sean notables (ver nota 1). De cualquier modo, el interés del prestamista queda plenamente satisfecho con el pago de una suma de dinero equivalente al precio de la cosa en la fecha y

lugar de entrega.

Nada se opone a que en el contrato se estipule que el mutuario devolverá una cantidad menor o mayor que la recibida: en el primer caso, el contrato se juzgará de mutuo hasta la concurrencia de la cantidad que debe devolverse y de donación en lo restante; en el segundo la diferencia se reputará como compensación debida por el uso de la cosa (ver nota 2).

1110/2095

2095. FECHA DE LA RESTITUCIÓN.— La restitución debe hacerse en el plazo convenido (art. 2250 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2250). En el mutuo oneroso el plazo se reputa acordado en beneficio de ambas partes (art. 570 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_17.HTM&iid=AR_LA001 - Art_570), salvo pacto en contrario. En cambio, si el préstamo es gratuito, se presume pactado en beneficio del mutuario quien podrá restituir el capital antes de su vencimiento (arg. art. 570 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_17.HTM&iid=AR_LA001 - Art_570).

Si el contrato no contiene fecha de restitución, el plazo es indeterminado; el mutuante puede demandar en cualquier momento la restitución y el juez debe fijar el plazo (arts. 620 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_18.HTM&iid=AR_LA001 - Art_620y 752 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_21.HTM&iid=AR_LA001 - Art_752).

Sobre el significado de las cláusulas por las cuales el mutuario se compromete a hacer la devolución cuando mejore de fortuna, lo más pronto posible, cuando el deudor o el acreedor quieran, véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, nº 1104.

Importa concesión tácita de plazo recibir intereses adelantados en los préstamos de dinero; el plazo se entiende entonces prorrogado durante todo el período cubierto por los intereses (ver nota 3).

1110/2096

2096-2103. PRÉSTAMO DE DINERO CON INTERESES.— La forma típica y más frecuente del mutuo es el préstamo de dinero. Pueden o no pactarse intereses, pero si el contrato guarda silencio, se lo presume gratuito (art. 2248 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2248). Sin embargo, no es indispensable una cláusula expresa; basta con que el acuerdo sobre el punto sea claro. Así, por ejemplo, si se presta dinero por dos años y el

contrato dice que durante el primer año no se cobrarán intereses, debe entenderse que ellos corren durante el resto del plazo (ver nota 4).

En cuanto a los problemas suscitados por la deuda de intereses, remitimos a nuestro Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, 7ª ed., t. I, núms. 485 y siguientes.

1110/2104

2104. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE MUTUO.— Se ha declarado que si las cláusulas del contrato son ambiguas se las debe interpretar en el sentido más favorable al deudor (ver nota 5). Pensamos que esta solución sólo puede aplicarse en el mutuo oneroso y aun así cuidando de no lesionar la equidad en la convención. En cambio el préstamo gratuito debe interpretarse más bien en favor del prestamista, autor de una liberalidad (ver nota 6).

(nota 1) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2497; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 794; GUILLOUARD, Contrats aléatoires, nº 95; HUC, t. 11, nº 176. Es la solución expresa del art. 1818, Cód. Civil italiano.

(nota 2) CARRESI, Il mutuo, nº 23; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 139, IV.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 30/12/1958, causa 51.624 (inédita); íd., 16/12/1959, causa 60.031 (inédita); Sala B, 10/5/1957, L.L., t. 89, p. 4; Sala C, 17/11/1952, J.A., 1953-I, p. 314; Sala F, 27/10/1959, causa 60.418 (inédita); Sup. Corte de Buenos Aires, 1/6/1943, J.A., 1943-III, p. 9.

(nota 4) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2505; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1150 y jurisprudencia citada en nota 6; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 904.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala C, 22/6/1955, causa 27.346 (inédita).

(nota 6) CARRESI, Il mutuo, nº 5. Este autor no duda que el préstamo oneroso debe interpretarse en el sentido en que mejor se realiza la equidad de las contraprestaciones, conforme al principio del art. 1371, Cód. Civil italiano. Cabe decir, sin embargo, que la naturaleza peculiar del préstamo a interés, la tradicional simpatía con que es mirada la situación del deudor, autoriza en este caso, a nuestro juicio, a resolver las dudas en su favor, no obstante tratarse de un contrato oneroso.

II. COMODATO O PRÉSTAMO DE USO (ver nota 1)

(nota 1) En esta materia es capital la obra de CARRESI, Il comodato, Torino, 1957; véase, además, SALVAT, Contratos, t. 3, núms. 2517 y sigs.; MACHADO, t. 6, ps. 110 y sigs.; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, núms. 1127 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, du dépót; GUILLOUARD, Traités du prêt et du depót, París, 1893; MESSINEO, t. 6, § 158; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, ps. 261 y sigs.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, ps. 304 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, t. 4, ps. 420 y sigs.; LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 46; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 137 y sigs. Véase también reseña de jurisprudencia en L.L., t. 152.

§ 1.— Nociones generales

1110/2105

2105. CONCEPTO.— Habrá comodato cuando una persona entrega gratuitamente a otra, cosa inmueble o mueble no fungible ni consumible para que ésta la use devolviéndole luego la misma cosa.

A diferencia del préstamo de consumo, no hay aquí transferencia de la propiedad; el prestatario sólo adquiere un derecho personal de uso de la cosa. Además, el uso debe ser gratuito; desde el momento en que se paga algo por él, deja de ser comodato para convertirse en locación.

1110/2106

2106. CARACTERES DEL CONTRATO.— El comodato tiene los siguientes caracteres:

a) Es un contrato real, que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa (art. 2256 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2256); la promesa de hacer un empréstito de uso no da acción alguna contra el promitente (art. citado). Ya volveremos en seguida sobre este tema (nº 2107).

b) Es un contrato gratuito (art. 2255 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2255). Que el comodante no pueda recibir retribución sin desnaturalizar el contrato, no significa que deba necesariamente carecer de todo interés en él. Así, por ejemplo, quien presta su casa durante un viaje a Europa a unos amigos, puede tener interés en que se la vigilen, impidiendo daños o robos; quien presta un caballo durante cierto tiempo, puede contar con la ventaja de no gastar en alimentación (ver nota 1).

En cambio, no hay comodato si el que recibe el uso de la cosa se compromete a prestar determinados servicios que tienen el carácter de retribución (ver nota 2).

c) Es un contrato celebrado intuitu personae.

d) Se discute si es unilateral, bilateral imperfecto o bilateral (ver nota 3). Por nuestra parte adherimos a la última opinión, puesto que ambas partes resultan obligadas: el comodante a permitir el uso de la cosa por el tiempo pactado; el comodatario o cuidarla y devolverla en su momento.

1110/2107

2107. PROMESA DE COMODATO.— ¿Qué valor tiene la promesa de comodato? La cuestión ha sido resuelta en nuestro derecho por un texto expreso: la promesa de hacer un empréstito de uso no da acción alguna contra el promitente (art. 2256 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2256). La mayor parte de los autores critican esta solución, apoyándose en el principio de la autonomía de la voluntad. Si la causa es lícita, ¿por qué negar fuerza obligatoria a una convención libremente pactada? (ver nota 4) Aunque el argumento es poderoso, creemos que la solución de nuestra ley se justifica por la naturaleza peculiar del comodato. No sólo se trata de un contrato gratuito; es más que eso, una prestación de cortesía (ver nota 5). En su esencia económico-social hay un espíritu de complacencia, un servicio de amistad, un acto de buena voluntad y solidaridad humana. Basta pensar en los comodatos más frecuentes (préstamo de un libro, de un automóvil, etc.), para advertirlo así (ver nota 6). Resulta duro, por lo tanto, obligar a quien prometió un servicio de esta naturaleza a cumplirlo como quien levanta un pagaré. Distinta es la situación cuando ya la cosa se ha entregado. En este caso el interés del comodatario es más digno de respeto y protección jurídica, pues es justo que una vez hecha efectiva la entrega, él pueda contar con que se respetara la promesa de permitirle el uso durante el tiempo fijado. Todas estas razones nos inducen a preferir la solución del Código, sin desconocer por ello las importantes motivaciones del punto de vista opuesto.

¿Puede el comodante exigir el cumplimiento de un precontrato de comodato? La hipótesis sólo se concibe cuando él tiene algún interés en el contrato, lo que ocurre sólo en supuestos de excepción (véase nº 2106, b). Nos parece que la solución negativa se impone en primer lugar, porque si bien es verdad que el comodante puede tener interés en el contrato, lo cierto es que el interés especialmente tutelado por la ley es el del comodatario; en la raíz del acuerdo de voluntades está la intención de beneficiar al comodatario y no puede obligarse a éste a recibir un beneficio cuando ya no lo quiere; en segundo término, porque de esta manera se brinda a ambas partes un tratamiento igualitario. Esta solución es, por último, congruente con el derecho del comodatario de restituir la cosa en cualquier momento, aun antes de vencido el plazo (véase nº 2143).

1110/2108

2108-2109. COMPARACIÓN CON OTROS CONTRATOS Y CON EL USUFRUCTO.— Anteriormente nos hemos ocupado de sus diferencias con el mutuo (núms. 2077 y 2083) y

con el depósito gratuito (nº 2012). Veamos ahora sus diferencias con la locación. En ambos se entrega una cosa inmueble o mueble no fungible para que la use el que la recibe; pero la locación es onerosa, en tanto que el comodato es gratuito. De esta diferencia esencial surgen otras muy importantes que se traducen en general en reconocerle al locatario mayor derechos que al comodatario.

También es clara la diferencia con el usufructo. El derecho del usufructuario tiene carácter real, en tanto que el del comodatario es personal; el usufructo puede ser gratuito u oneroso, el comodato es necesariamente gratuito; aquél se adquiere por contrato, por testamento, por disposición de la ley o por prescripción, en tanto que el comodato sólo se constituye por contrato; el usufructuario adquiere los frutos, no así el comodatario.

(nota 1) C. 1ª Apel. La Plata, 4/5/1948, J.A., 1948-II, p. 45; CARRESI, Il comodato, nº 10.

(nota 2) Sup. Corte Buenos Aires, 3/3/1950, L.L., t. 50, p. 515; C. Apel. Bahía Blanca, 15/5/1953, L.L., t. 70, p. 646.

(nota 3) En el sentido de que es unilateral, porque entregada la cosa al celebrar el contrato, sólo quedan obligaciones a cargo del comodatario: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2521 y su anotador ACUÑA ANZORENA; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 605; GUILLOUARD, Contrats aléatoires, nº 10. CARRESI, Il comodato, nº 9, también sostiene que es unilateral aunque por muy diversa razón: a su juicio el único obligado es el comodante, puesto que lo está al permitir el uso de la cosa por el comodatario; y agrega que si bien es cierto que por su parte el comodatario está obligado a cuidar la cosa y a devolverla, lo que constituye la nota esencial y típica de este contrato es su derecho a usar de la cosa; quien pusiera el acento sobre sus obligaciones y no sobre este derecho, terminaría por no ponerse en condiciones de distinguir el comodato del depósito.
En el sentido de que es unilateral imperfecto: PONT, t. 1, nº 28; AUBRY y RAU, § 391; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, t. 2, vol. 2, p. 306; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 137 y sus anotadores PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER.
En el sentido de que es bilateral: TOULLIER, t. 6, nº 19; LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 46.

(nota 4) En este sentido: MACHADO, t. 6, p. 113; ACUÑA ANZORENA en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 13 a), al nº 2522; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1126; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 597; GUILLOUARD, nº 8.

(nota 5) En este sentido, CARRESI, Il comodato, núms. 6 y sigs.; MESSINEO, t. 6, § 158, nº 2.

(nota 6) Dice agudamente CARRESI, que no hay motivo para tratar en un plano diferente dos servicios amistosos tan frecuentes como los siguientes: prestar a un amigo el automóvil para hacer un viaje o bien llevarlo personalmente en el automóvil. ¿Habrán de recibir distinto tratamiento legal las promesas hechas en un sentido u otro? (Il comodato, nº 6).

§ 2.— Formación del contrato

1110/2110

2110. QUIÉNES PUEDEN SER COMODANTES.— No es indispensable ser propietario de la cosa que se da en comodato; basta tener sobre ella un derecho real o personal de uso y goce (ver nota 1). Por consiguiente, pueden dar en comodato el usufructuario o usuario y el locatario (ver nota 2). Pero si el contrato de locación prohíbe subalquilarla, debe entenderse que no se puede darla en comodato (ver nota 3). Dudoso es si el comodatario puede prestar la cosa que recibió por ese mismo título. El Código italiano no lo permite, a menos que estuviera autorizado expresa o tácitamente en el contrato (art. 1804 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_42.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1804). Es la solución que mejor se adecua a la naturaleza del contrato, que es un servicio de complacencia, prestado intuitu personae; parece abusivo que el prestatario preste a su vez la misma cosa (ver nota 4).

El nudo propietario no puede prestar la cosa, puesto que se ha desprendido de su uso y goce (ver nota 5). Tampoco pueden hacerlo las personas que se encuentran en posesión de una cosa con derecho de usarla, cuando la posesión les ha sido entregada no con la finalidad de que la gocen sino con otra distinta; tal es el caso del comprador en la venta a prueba, del empresario de una obra, del mandatario, administrador, etcétera (ver nota 6) (conf. art. 2262 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2262).

En principio, no se puede dar en comodato una cosa a su propio dueño, porque éste tiene sobre ella el máximo de atribuciones, comprensivas por cierto del uso y goce; empero, no se ve inconveniente en que el nudo propietario y aun el locador pueda recibir la cosa prestada del usufructuario y locatario (ver nota 7).

1110/2111

2111. CAPACIDAD.— Se discute si para dar una cosa en comodato se requiere capacidad para disponer de los bienes o basta con la de administrarlos. En favor de la primera opinión se hace notar que se trata de un acto gratuito, cuyo significado económico puede ser a veces muy importante (ver nota 8); en favor de la segunda, que el préstamo es esencialmente un acto de cortesía y complacencia, que no empobrece al comodante, quien siempre conserva la propiedad de las cosas (ver nota 9).

Hagamos notar que, en nuestro Derecho, este problema tiene interés en lo que atañe a los menores emancipados y los cónyuges. Los emancipados no pueden disponer de los bienes

recibidos a título gratuito (art. 135 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_3.HTM&iid=AR_LA001 - Art_135). Los cónyuges no pueden disponer de los inmuebles o muebles registrables de carácter ganancial sin autorización del cónyuge o la supletoria del juez (art. 1277 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_32.HTM&iid=AR_LA00 1 - Art_1277).

Es obvio que en ambos casos, lo que se ha querido impedir es la enajenación de los bienes; que en ambos, el principio de libre administración debe interpretarse con amplitud. Por lo tanto, no cabe duda de que los menores emancipados y los cónyuges tienen capacidad para dar sus bienes en comodato sin depender de ninguna autorización.

1110/2112

2112.— Los tutores y curadores no pueden prestar las cosas de sus pupilos (art. 2262 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA00 1 - Art_2262). La prohibición debe entenderse referida a préstamos de cosas importantes o que supongan perjuicios o riesgos de alguna relevancia para el menor; pero los que sólo signifiquen pequeños servicios usuales deben ser permitidos por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 450 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_15.HTM&iid=AR_LA00 1 - Art_450, inc. 5º. También está prohibido a los administradores de bienes ajenos, públicos o privados, dar en comodato los bienes que estén confiados a su administración, a menos que fueran autorizados a hacerlo con poderes especiales (art. 2262 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA00 1 - Art_2262).

1110/2113

2113.— Si el comodante era incapaz para contratar o estaba bajo una incapacidad accidental, puede demandar al comodatario —sea éste capaz o incapaz— por la nulidad del contrato y exigir la restitución de la cosa antes del tiempo convenido; pero el comodatario capaz no puede oponerle la nulidad del contrato (art. 2257 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA00 1 - Art_2257). El comodante capaz no puede demandar la nulidad del contrato al comodatario incapaz; mas el comodatario incapaz puede oponer la nulidad al comodante capaz o incapaz (art. 2258 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA00 1 - Art_2258). Son meras aplicaciones de la regla general contenida en el art. 1049 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_27.HTM&iid=AR_LA00 1 - Art_1049, según la cual la persona capaz no puede pedir la nulidad del acto fundado en la incapacidad de la otra.

Agrega el art. 2259 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA00

1 - Art_2259una excepción al principio de que el incapaz puede alegar la nulidad del contrato: carece de ese derecho el incapaz no menor impúber que hubiere inducido con dolo a la otra parte a contratar. En tal caso, él está obligado a respetar el contrato, salvo el derecho de la otra parte a pedir la nulidad fundada en el dolo y a reclamar la devolución de la cosa prestada (art. citado). ¿Qué debe entenderse por incapaz no menor impúber, según la expresión no muy feliz de nuestro Código? Sin duda alguna, ella es equivalente a otra, tampoco feliz, usada por el art. 2228 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_50.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2228, que habla de las personas adultas incapaces por derecho. Remitimos, pues, a lo dicho con referencia a éstas (véase nº 2068, a).

1110/2114

2114. OBJETO.— El comodato debe tener por objeto una cosa inmueble o una mueble no fungible o no consumible (arts. 2255 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2255y 2260 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2260). Sin embargo, puede haber comodato si la cosa consumible se presta como no fungible (art. 2260 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2260) (ver nota 10); tal es el caso del vino de vieja cosecha e inhallable en el comercio, que puede ser objeto de comodato si se presta para ser exhibido y devuelto; sólo que entonces el préstamo no tiene por finalidad el uso de la cosa conforme a su naturaleza (que es beberlo).

1110/2115

2115.— ¿Pueden prestarse los derechos? Algunos autores han sostenido la opinión afirmativa, en cuyo apoyo brindan como ejemplos los siguientes derechos que podrían darse en comodato: el derecho personal de caza (ver nota 11), el abono a un teatro o para viajar en ciertos medios de transporte (ver nota 12). En nuestra legislación sólo las cosas pueden ser objeto de comodato (art. 2255 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2255); la solución nos parece correcta, porque el llamado préstamo de un derecho no es otra que su cesión gratuita; hablar en ese supuesto de comodato, es confundir ambos contratos sin ventaja alguna.

1110/2116

2116.— ¿Puede una persona ser objeto de comodato? La idea está presente en el derecho romano, en el que la res prestada podía ser un esclavo (ver nota 13). Desaparecida la esclavitud, cabe preguntarse si no hay comodato en situaciones como la siguientes: el préstamo de un automóvil con chófer, o bien el préstamo de un sirviente, lo que es usual

entre amigos o parientes. La respuesta negativa no admite dudas (ver nota 14). El comodato debe tener por objeto una cosa y el hombre no lo es; pero la evidente semejanza de tales servicios domésticos indica que las relaciones entre quienes se realizó el "préstamo" deben regirse por analogía, por las reglas del comodato (ver nota 15); sólo que se trata de un complejo de relaciones jurídicas de la que es sujeto también el servidor cedido, de cuyo consentimiento no se puede prescindir y frente a quien el cesionario adquiere responsabilidades y obligaciones.

1110/2117

2117.— Como todo contrato, el comodato debe tener un objeto lícito. Según el art. 2261 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2261, es prohibido prestar cualquier cosa para un uso contrario a las leyes o buenas costumbres o prestar cosas que están fuera del comercio por nocivas al bien público.

El Código dice bien para un uso contrario a las buenas costumbres. Porque las cosas no son en sí mismas inmorales; inmoral es el acto humano (ver nota 16). Así, por ejemplo, sería perfectamente lícito el préstamo de una fotografía obscena o de una novela pornográfica, hecha a un crítico de arte o a un criminólogo con fines de estudio; en cambio, es inmoral si se presta a un adolescente. Lo inmoral no es propiamente el objeto sino la causa del acto (ver nota 17).

1110/2118

2118.— El comodato de objeto o causa inmoral es nulo; el comodante no puede reclamar la cosa por acción nacida del contrato; porque ello implicaría accionar en base a su propia torpeza; puede en cambio reclamar la restitución por vía de acción reivindicatoria o posesoria si es dueño o usufructuario de la cosa (ver nota 18).

1110/2119

2119.— En cuanto al comodato de cosas ajenas, véase número 2110.

1110/2120

2120. FORMA Y PRUEBA.— El comodato no requiere forma alguna; basta con el mero consentimiento aun verbal (art. 2263 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2263).

En cuanto a la prueba, el art. 2263 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2263admite cualquier medio aunque la cosa prestada valga más que la tasa de la

ley, es decir, aunque exceda de diez mil pesos; lo que tratándose de un contrato real en que la cosa se supone entregada al celebrarlo, se conforma con la regla general del art. 1192 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_30.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1192, según el cual son admisibles todos los medios de prueba cuando una de las partes hubiese recibido alguna prestación.

Y el art. 2264 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2264agrega que son aplicables a la prueba del comodato las disposiciones sobre la prueba de la locación, lo que carece de sentido porque no hay disposiciones sobre la prueba de la locación.

(nota 1) C. Civil Cap., 3/5/1968, L.L., t. 133, p. 12; C. Apel. Mercedes, 18/4/1968, L.L., t. 130, p. 681; C. Apel. Santa Fe, 20/9/1967, Rep. L.L., t. 29, p. 196, sum. 17.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala E, 15/3/1963, L.L., t. 110, p. 594; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1129; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 616; GUILLOUARD, nº 12; POTHIER, nº 19; CARRESI, Il comodato, nº 15; MESSINEO, t. 6, § 158, nº 2.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala E, 25/3/1963, L.L., t. 110, p. 594; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, CARRESI y MESSINEO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 4) En contra, PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1129.

(nota 5) CARRESI y MESSINEO, loc. cit. en nota 3386.

(nota 6) CARRESI, Il comodato, nº 15.

(nota 7) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 617; GUILLOUARD, nº 12; MESSINEO, t. 6, § 158, nº 2.

(nota 8) En este sentido: ACUÑA ANZORENA, nota 19 a), al nº 2526 de SALVAT, Contratos, t. 3; GUILLOUARD, nº 20; HUC, t. 11, nº 154; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1129 (quienes, sin embargo, expresan su opinión en forma vacilante).

(nota 9) En este sentido, véase principalmente CARRESI, Il comodato, nº 13; igualmente;

MACHADO, t. 6, p. 115; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 615; AUBRY y RAU, § 391; PONT, t. 1, nº 55 y 56.

(nota 10) En la nota al art. 2260 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2260. VÉLEZ pone un ejemplo que nos parece infortunado: el del dinero que se presta para ser exhibido a otro y devolverlo. En verdad, al prestamista no le interesa en lo más mínimo que se le devuelvan exactamente los billetes que facilitó u otros equivalentes; y la mayor parte de las veces ni siquiera tendrá ninguna posibilidad de saber si son o no los mismos. El préstamo de dinero es siempre mutuo. Distinta es la hipótesis de monedas antiguas; pero éstas dejan ya de ser cosas fungibles.

(nota 11) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1128.

(nota 12) CARRESI, Il comodato, nº 21. En contra de la idea que los derechos puedan ser objeto de comodato, ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 137, nota 2.

(nota 13) Numerosos textos romanos hacen aplicación de esta idea: ULPIANO, D. 13, comm. vel. contra, 6, 5, § 6, 7 y 13; POMPONIO, D. 13, comm. vel. contra, 6, 13, § 2; GAYO, D. 13, comm. vel. contra, 6, 13, § 2; PAULO, D. 13, comm. vel. contra, 6, 22, (cit. por CARRESI, Il comodato, nº 22, nota 1).

(nota 14) CARRESI, Il comodato, nº 22; MESSINEO, t. 6, § 158, nº 2. En sentido de que es comodato: FRAGALI, Il comodato, ps. 177 y sigs.

(nota 15) CARRESI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 16) CARRESI, Il comodato, nº 20.

(nota 17) CARRESI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 18) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2351; MACHADO, t. 6, p. 119; SEGOVIA, t. 1, nota 12 al art. 2263 de su numeración; LLERENA, t. 6, p. 522; CARRESI, Il comodato, nº 20; nota al art. 2261 del Código Civil.

§ 3.— Efectos

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ

26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015040 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ 26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015040

1110/15040

A.— OBLIGACIONES DEL COMODANTE

1110/2121

2121. OBLIGACIÓN DE PERMITIR EL USO DE LA COSA DURANTE EL TIEMPO CONVENIDO.— Hemos dicho anteriormente que el contrato de comodato tiene carácter real; se supone entonces la entrega de la cosa en el momento de la celebración. La omisión de la entrega convierte al acuerdo de voluntades en una simple promesa de comodato, que en nuestro Derecho no tiene fuerza vinculante (art. 2256 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2256; véase nº 2107).

Supuesto que la cosa haya sido entregada, el comodante tiene la obligación de dejar al comodatario en el uso de la cosa prestada durante todo el tiempo convenido (art. 2283 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2283). Se trata de una obligación de no hacer, cuya violación genera una acción de daños nacida ex contractu.

Según la opinión prevaleciente en la doctrina clásica (ver nota 1), no se estaría aquí, en rigor, en presencia de una obligación del comodante sino simplemente en una falta de derecho de exigir la restitución de la cosa antes de su debido tiempo. Pero es que el uso es la finalidad del contrato; en eso consiste la prestación prometida por el comodante. Decir que no está obligado a permitir el uso, carece de sentido y de realidad. Véase, vinculado con este punto, el número 2127.

1110/2122

2122. RESPONSABILIDAD POR VICIOS O DEFECTOS OCULTOS DE LA COSA.— El comodante es responsable de los daños y perjuicios ocasionados al comodatario por los vicios o defectos ocultos de la cosa de los cuales tenía conocimiento, si no lo avisó de su existencia (art. 2286 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2286). Se discute en nuestra doctrina si para responsabilizar al comodante es necesario que haya procedido con dolo o si basta con su culpa (ver nota 2). A nuestro entender, es una discusión ociosa frente a la claridad del texto legal. No se trata de saber si el comodante, en conocimiento del vicio lo calló por mera inadvertencia o con la intención de provocar un daño. Lo que ha estado en la intimidad de la conciencia del comodante escapa al conocimiento de quienes han de juzgar el caso. Basta, según lo dice la ley, con que se pruebe que conocía el vicio y no avisó al comodatario de su existencia (art. 2286

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2286). Por consiguiente, es indispensable el conocimiento del vicio por parte del comodante; su ignorancia lo exime de responsabilidad aunque ella provenga de culpa grave (ver nota 3). Pero desde que se prueba que lo conocía, es responsable, haya o no tenido intención de perjudicar al comodatario. De los vicios aparentes no responde nunca, porque se supone que el comodatario debió advertirlos.

1110/2123

2123.— La misma solución hay que aplicar al supuesto de que el comodatario sea privado de la cosa por acción de un tercero: el comodante sólo responde cuando en conocimiento del riesgo que se cernía sobre el derecho cedido, lo ocultó al comodatario (ver nota 4). La evidente analogía impone una misma solución.

1110/2124

2124. OBLIGACIÓN DE PAGAR LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS.— Dispone el art. 2287 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2287que el comodante debe pagar las expensas extraordinarias causadas durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlas, salvo que fuesen tan urgentes que no pueda anticipar el aviso sin grave peligro. La interpretación de este texto exige algunas aclaraciones.

Ante todo, la ley alude sólo a los gastos extraordinarios, porque los ordinarios realizados por el comodatario para servirse de la cosa, son a su cargo (art. 2282 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2282). Sobre el concepto de gastos ordinarios, véase número 2129.

1110/2125

2125.— No sólo los gastos deben ser extraordinarios; el Código exige otros requisitos muy rigurosos para que proceda la acción de reintegro: que se trate de gastos de conservación y que se dé aviso al comodante de que se propone llevarlos a cabo, a menos que fueren tan urgentes que no se pueda anticipar el aviso sin grave peligro.

Esta disposición ha sido objeto de vivas críticas; apenas se concibe que el comodatario pueda ser tratado con mayor rigor que el poseedor de mala fe, que tiene derecho a repetir las mejoras útiles que hayan aumentado el valor de la cosa hasta la concurrencia del mayor valor existente (ver nota 5). Pero como observa CARRESI, con razón, esta disposición sólo alude a las relaciones entre comodante y comodatario; y parece justo que el comodante, que ha entendido hacer un servicio de complacencia, no cargue sino con los gastos de conservación que de todos modos él hubiera tenido que afrontar. Esto no excluye que el comodatario tenga contra el propietario (que puede ser el comodante o un tercero) las

acciones derivadas del art. 2441 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_55.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2441en su carácter de poseedor de mala fe (ver nota 6).

Por consiguiente, el comodante, en cuanto tal no responde por las mejoras útiles ni menos por las voluntarias, aunque el comodatario no haya podido obtener ninguna ventaja de ellas a causa de haber tenido que devolver la cosa antes del tiempo fijado en el contrato (ver nota 7).

1110/2126

2126. NO HAY DERECHO DE RETENCIÓN.— El comodatario carece de derecho de retener la cosa en garantía de lo que le deba el comodante por razón de gastos hechos en la cosa (art. 2278 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2278). La solución es razonable porque se trata de un servicio de complacencia prestado por el comodante, cuya situación no es justo tratar con rigor. Igual solución es aplicable a las deudas nacidas por daños derivados de los vicios ocultos de la cosa (ver nota 8).

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015050 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015050

1110/15050

B.— DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL COMODATARIO

1.— Derechos

1110/2127

2127. DERECHO DE USO; FRUTOS Y ACRECIMIENTOS.— A la inversa de la doctrina clásica que colocaba en un primer plano las obligaciones del comodatario (a punto de considerar al comodato como contrato unilateral, precisamente porque aquél era el único obligado, véase nota 3380), es claro, por el contrario, que la médula del negocio está en el derecho de uso que se le concede. Dice CARRESI que quien subestimase este elemento del contrato poniendo el acento sobre las obligaciones de custodia, conservación o restitución, terminaría por no poder ya distinguir el comodato del depósito (ver nota 9). En el fondo, las obligaciones del comodatario no son otra cosa que limitaciones al derecho que se le concede, ya sea en cuanto a su extensión y alcance (obligación de cuidar la cosa y usarla conforme a lo pactado o su naturaleza), ya sea en cuanto a su duración (obligación de restitución).

¿Cuáles son los límites del derecho de uso? El comodatario debe ajustarse, desde luego, a los términos del contrato; y si éste no lo previera, debe usar la cosa conforme a su naturaleza y su destino, teniendo en cuenta las costumbres del lugar (art. 2268 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2268).

1110/2128

2128.— El comodatario no tiene derecho a apropiarse de los frutos y menos de los aumentos sobrevenidos a la cosa (art. 2265 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2265). Nada se opone, claro está, a que las partes dispongan lo contrario y en tal caso habrá, además de comodato, una donación de frutos (nota al art. 2255 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2255). La autorización al comodatario para conservar para sí los frutos, puede resultar inclusive tácitamente de la circunstancia de que la cosa dada en comodato no pueda usarse, conforme con su naturaleza, sino aprovechando de sus frutos; así, por ejemplo, el comodato de una vaca lechera supone la autorización para aprovechar la leche (ver nota 10). En concordancia con este criterio, se ha declarado que el comodato de cosas que, como los animales, son de producción natural y continua, supone el reconocimiento tácito del derecho del comodatario, a apropiarse de sus frutos (ver nota 11).

1110/2129

2129.— Los gastos hechos por el comodatario para servirse de la cosa prestada son a su cargo (art. 2282 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2282); deben considerarse tales los de la nafta, aceite, cambios de gomas de un automóvil prestado (ver nota 12); los de reparación de una casilla y alambrados de un inmueble realizados por el comodatario a fin de entrar a usarlo (ver nota 13); los gastos comunes (calefacción, agua caliente, servicio de portería, etc.), de una propiedad horizontal (ver nota 14). Pero si el inquilino “presta” su departamento siendo a cargo del nuevo ocupante el alquiler, no hay comodato sino cesión de la locación (ver nota 15).

2.— Obligación de conservar y cuidar la cosa prestada

1110/2130

2130. DETERIOROS Y PÉRDIDA DE LA COSA.— El comodatario está obligado a ser diligente en el cuidado y conservación de la cosa y es responsble de todo deterioro que ella sufra por su culpa (art. 2266 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2266). Va de suyo que no responde por los daños originados por caso fortuito o fuerza mayor (art. 2269

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2269) ya que las cosas perecen para su dueño y el comodatario no ostenta la propiedad.

1110/2131

2131.— Sin embargo, el comodatario responde aun por la fuerza mayor en los siguientes casos:

a) Si la cosa prestada ha perecido por caso fortuito, sólo porque se la empleó para otro uso que el que correspondía (art. 2269 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2269); no basta con que el comodatario la haya empleado para un uso distinto del previsto en el contrato; es preciso, además, que de no ser por ello, la cosa no hubiere perecido. Al comodatario le basta con demostrar que la cosa hubiera sufrido igual daño de habérsela usado correctamente para eximirse de responsabilidad (ver nota 16).

b) Si ha perecido porque la empleó por un tiempo más largo que el designado en el contrato (art. 2269 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2269); pero siempre será necesario el requerimiento de la cosa por el comodante porque sin él no hay culpa en la demora (ver nota 17). Naturalmente, el comodatario podrá eximirse de responsabilidad probando que la cosa hubiera perecido igualmente en poder del comodante (art. 892 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_24.HTM&iid=AR_LA001 - Art_892). Tanto en este caso como en el anterior, lo que interesa es que el comodatario pueda demostrar que el daño se hubiera producido lo mismo sin su conducta culpable.

c) Si pudiendo evitar el daño a la cosa prestada usando las propias, no lo ha hecho así (art. 2269 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2269), salvo, claro está, que del contrato resulte expresa o tácitamente que el comodatario estaba autorizado a usar alternativamente las cosas propias y las prestadas (ver nota 18). Así, por ejemplo, si se presta un caballo de silla a quien tiene otro, es obvio que se lo autoriza a usarlos indistintamente; si el caballo prestado muere, alcanzado por un rayo durante un paseo, no hay responsabilidad del comodatario.

d) Si no pudiendo conservar las dos cosas, una prestada y otra propia, ha preferido conservar la suya (art. 2269 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2269); tal es el caso del naufragio en que el comodatario salva sus cosas dejando perecer las prestadas. La conducta del comodatario debe considerarse culpable únicamente cuando la opción era más o menos indiferente; en cambio, si salvar la cosa ajena resultaba, aunque posible, más peligroso (por ej., por su tamaño o peso o por el lugar en que se encontraba), no hay responsabilidad de su parte (ver nota 19). Cuándo ese mayor peligro o dificultad libera al comodatario, es cuestión que queda librada a la apreciación judicial. En

cambio, no es eximente de responsabilidad la circunstancia de que la cosa propia sea de mayor valor que la prestada; porque si bien es lógico y humano que en tal caso prefiera salvar la de mayor valor, también lo es que indemnice al comodante de la pérdida sufrida (ver nota 20).

e) Si el comodatario ha tomado a su cargo el caso fortuito en el contrato (art. 513 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_16.HTM&iid=AR_LA001 - Art_513).

1110/2132

2132.— El comodatario no responde de los daños sufridos por la cosa como consecuencia del solo uso de ella conforme a su destino y naturaleza (art. 2270 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2270). Pero debe tratarse de un uso cuidadoso y diligente, porque quien recibe el beneficio de un préstamo, debe ser especialmente escrupuloso en el cuidado de la cosa. Así, por ejemplo, el comodatario será responsable de la pintura del departamento cuyas paredes se ensuciaron por falta de cuidados.

Tampoco será responsable si el deterioro se origina en la calidad, vicio o defecto de la cosa (art. 2270 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2270).

1110/2133

2133. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL COMODATARIO.— Los deterioros sufridos por la cosa por culpa del comodatario obligan a éste a resarcir al dueño todos los daños y perjuicios sufridos. Ordinariamente el comodatario cumplirá devolviendo la cosa y pagando además la indemnización correspondiente. Pero si los deterioros fueran tales que la cosa no sea ya susceptible de emplearse en su uso ordinario podrá el comodante exigir el valor anterior de ella, abandonando su propiedad al comodatario (art. 2267 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2267). De más está decir que esta facultad sólo la tiene el comodante propietario.

La disposición que comentamos habla del valor anterior de la cosa; alude, claro está, al que la cosa tenía antes del deterioro; pero ello no significa que dicho valor de restitución deba calcularse en el momento en que se produjo el deterioro, sino en el de la devolución, sólo que la cosa se valuará como si estuviera sana. Solamente así se repara adecuadamente el daño sufrido.

3.— Obligación de restituir la cosa

1110/2134

2134. ESTADO EN QUE DEBE RESTITUIRSE.— Concluido el comodato, el comodante debe restituir la cosa, con todos sus frutos y accesiones (art. 2271 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2271). Sobre los frutos véase número 2128. La cosa debe ser restituida en el estado en que se halle (art. citado), además de la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios. Se presume que el comodatario recibió la cosa en buen estado, salvo prueba en contrario (art. 2271 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2271). Como todo deudor de cuerpo cierto, el comodatario es responsable de los deterioros o pérdida de la cosa, a menos que pruebe que ocurrieron por caso fortuito o como consecuencia del uso natural.

El artículo que comentamos agrega que la cosa debe ser restituida en las condiciones antedichas, aunque la cosa hubiere sido estimada en el contrato. Para comprender el sentido de este agregado, es preciso saber que en el Código Napoleón, que VÉLEZ ha tenido presente en todo este articulado, la circunstancia de que en el contrato se haga la estimación de la cosa, pone a cargo del comodatario la pérdida de la cosa, aun por caso fortuito (art. 1881 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_43.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1881) (ver nota 21). El codificador se apartó de esa solución, y en nuestro artículo declara irrelevante la estimación de la cosa, sea para hacer responsable al comodatario por el caso fortuito, sea para fundar la pretensión de éste de negarse a restituir la cosa pagando su precio. La estimación contractual no tiene otro objeto que fijar de antemano el valor para calcular los daños de pérdida o deterioro (ver nota 22).

1110/2135

2135. TIEMPO DE LA RESTITUCIÓN.— Si el contrato estableciera plazo, la cosa debe devolverse al tiempo fijado (art. 2271 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2271). El plazo puede ser expreso o tácito. Supuesto muy importante de este último, es que la cosa se haya prestado para determinado servicio, en cuyo caso debe devolverse cuando termina dicho servicio (art. 2271 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2271). Ejemplos: un automóvil prestado para realizar un viaje; un tractor para arar un potrero; etcétera.

1110/2136

2136. a) Caducidad del plazo contractual; necesidad imprevista y urgente del comodante.— Aun antes de vencido el plazo, el comodante tiene derecho a exigir la restitución si le sobreviene necesidad urgente e imprevista de la cosa (art. 2284 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2284). No basta que la necesidad sea urgente; es también indispensable que sea

imprevista. Los jueces deberán apreciar prudentemente si se ha producido o no el supuesto legal. Pero si tal evento ha ocurrido, el comodante no está ya obligado por el plazo contractual; es justo que así sea, porque no hay que olvidar que se trata de un servicio gratuito y que no es razonable exigir demasiados sacrificios a quien lo presta.

1110/2137

2137. b) Fallecimiento del comodatario.— También tiene derecho a exigir la restitución antes del término en caso de fallecimiento del comodatario cuando resulte que el préstamo sólo ha sido en consideración a éste, o que sólo el comodatario por su profesión podía usar la cosa prestada (art. 2283 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2283). Ahora bien: como el comodato es un contrato celebrado siempre intuitu personae, la persona del comodatario se presume determinante del consentimiento. Corre por cuenta de los herederos interesados en continuar con el comodato, la prueba de lo contrario (ver nota 23). Tal podría ser el departamento que se presta para que habite el comodatario con su familia; los herederos que vivían con él podrán sostener su derecho a conservarlo hasta el vencimiento del plazo.

Bien entendido que la muerte del comodatario no provoca una extinción ipso iure del contrato, sino que da derecho al comodante a reclamar la restitución; por consiguiente, mientras ello no se produzca, los herederos tienen el derecho de usar la cosa y la obligación de cuidarla (ver nota 24).

1110/2138

2138. c) Incapacidad del comodatario.— ¿La incapacidad sobrevenida al comodatario da derecho al comodante a reclamar la restitución de la cosa? Nos parece necesario formular una distinción: si la cosa puede seguir siendo usada por el incapaz, ninguna duda cabe de que el comodato continúa; como ocurriría con el préstamo de un departamento que no se extingue por la circunstancia de que el comodatario haya enloquecido; pero si la incapacidad es tal que no permite el uso de la cosa, no cabe duda de que el término fijado en el contrato caduca, como ocurriría si se ha prestado un automóvil por un año a una persona que luego es condenada a prisión de cinco años (ver nota 25).

1110/2139

2139.— En cambio, la falencia del comodatario no da derecho al comodante a reclamar anticipadamente la cosa, puesto que él conserva la propiedad y, por tanto, no existe riesgo de perderla (ver nota 26).

1110/2140

2140. d) Falta de cuidados o uso abusivo de la cosa.— El comodante puede reclamar la cosa antes del vencimiento del término si el comodatario la usa para un destino distinto de aquel que se estipuló en el contrato o, en su defecto, del que surgía de su naturaleza o de la costumbre del país (art. 2268 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2268). También puede hacerlo si el comodatario no presta los debidos cuidados a la cosa (ver nota 27). Aunque el punto no ha sido expresamente contemplado en la ley, es evidentemente procedente la aplicación analógica del art. 2268 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2268, porque en el fondo no se trata sino de dos supuestos de uso abusivo y es natural que la sanción sea la misma. De lo contrario, el comodante debería asistir impasible al deterioro paulatino de la cosa prestada, sin más recurso que el de reclamar la indemnización de daños al tiempo de la terminación del contrato, cuando quizás esa acción ya sea estéril, como ocurriría si el comodatario cae en insolvencia; sin contar con que debe suponerse que el interés del comodante es el reintegro de la cosa y no su equivalente en dinero.

1110/2141

2141. CASO DE QUE EL CONTRATO NO ESTIPULE PLAZO.— Si el contrato no contiene plazo expreso ni implícito, y éste no resultare determinado por la costumbre del pueblo, el comodante puede pedir la cosa cuando quisiere (art. 2285 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2285). Ni siquiera tiene que pedir la fijación por el juez como ocurre en las obligaciones de plazo indeterminado; él se limita a reclamar directamente la cosa (ver nota 28).

Una sola limitación tiene este derecho: que la demanda no sea intempestiva o maliciosa, porque el derecho no puede amparar la mala fe ni siquiera cuando se trata de una relación nacida de un acto de complacencia como es el comodato (ver nota 29).

1110/2142

2142. DUDA SOBRE LA EXISTENCIA DEL PLAZO.— Como el comodato es por lo común verbal, frecuentemente surgirá la duda de si había plazo pactado. La ley supone que no lo hay hasta tanto el comodatario pruebe lo contrario (art. 2285 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2285). Es la solución más favorable al autor de la liberalidad.

1110/2143

2143. DERECHO DE RESTITUCIÓN DEL COMODATARIO.— Tenga o no plazo el contrato, el comodatario tiene derecho a restituir la cosa cuando le plazca (ver nota 30), porque el término se supone pactado en su beneficio, a menos que expresamente se hubiera

acordado que el comodatario no podría restituirla antes del plazo fijado. Pero la restitución no debe ser intempestiva ni maliciosa, ni en momento que ocasione perjuicio al comodante (ver nota 31); así ocurriría si el comodatario pretende devolver la cosa cuando el comodante está ausente y no se encuentra en condiciones de proveer a su cuidado.

1110/2144

2144. LUGAR DE LA RESTITUCIÓN.— A falta de reglas especiales sobre el punto, hay que admitir que el comodatario está obligado a restituir la cosa en el lugar convenido y, a falta de él, en el que se encontraba la cosa al tiempo de contraerse la obligación, puesto que se trata de la deuda de un cuerpo cierto (art. 747 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_21.HTM&iid=AR_LA001 - Art_747).

1110/2145

2145. A QUIÉN DEBE HACERSE LA RESTITUCIÓN.— La cosa debe ser restituida al comodante; y el comodatario no podrá negarse alegando que la cosa no pertenece a aquél (art. 2277 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2277); solución lógica, puesto que no se requiere ser propietario para dar en comodato. Una excepción tiene esta regla: que el comodatario se anoticie de que se trata de una cosa robada a su dueño o perdida. En ese caso, está obligado a denunciar la tenencia de la cosa a su dueño, dándole un plazo razonable para que la reclame (art. 2279 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2279). La reclamación del dueño debe dirigirse contra el comodante y no contra el comodatario; el comodatario puede consignar la cosa a las resultantes del juicio o bien retenerla en su poder hasta que se le ordene judicialmente la entrega (art. 2279 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2279).

Sobre lo que debe entenderse por plazo razonable, es aplicable lo dicho en materia de depósito (nº 2049).

1110/2146

2146.— Si la cosa ha sido prestada por un incapaz que la usaba con permiso de su representante legal, será válida la restitución hecha al incapaz (art. 2276 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2276); la autorización para usarla debe presumirse de la misma circunstancia de que se encontraba en posesión de ella. Pero si el comodatario llega a saber que carecía de autorización del representante, debe devolverla a éste (ver nota 32).

1110/2147

2147. RESTITUCIÓN DE ARMAS OFENSIVAS.— El comodatario está obligado a suspender la restitución de toda clase de armas ofensivas y de toda otra cosa de que se sepa se trata de hacer un uso criminal, pero deberá ponerla a disposición del juez (art. 2280 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2280). No basta, pues, con que se trate de armas ofensivas; es preciso, además, que el comodatario tenga conocimiento de que se piensa hacer con ellas un uso criminal. Sólo así se justifica el procedimiento de la consignación judicial.

1110/15330

2147 bis. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE RESTITUCIÓN POR EL COMODATARIO.— El comodatario deberá pagar los daños y perjuicios provenientes de la falta de restitución siempre que haya culpa de su parte o de sus dependientes. Según el art. 2274 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2274, pagará el valor de la cosa; esta disposición debe entenderse sin perjuicio de los restantes daños que resulten al comodante de la pérdida (ver nota 33).

Se trata de una responsabilidad contractual (ver nota 34); la acción correspondiente prescribe por el término común de 10 años (art. 4023 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_87.HTM&iid=AR_LA001 - Art_4023).

Si no la restituyese por haberla destruido intencionalmente o disipado, además de la obligación de indemnizar los daños incurrirá en delito de abuso de confianza y podrá ser acusado criminalmente antes o después de la acción civil (art. 2274 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2274).

Si la cosa se restituye tardíamente, el comodatario debe pagar los daños y perjuicios resultantes de la demora, incluso el valor locativo desde que se encuentre en mora (ver nota 35).

1110/2148

2148. RECUPERACIÓN DE LA COSA PERDIDA.— Si después de haber pagado el precio de la cosa la recuperase el comodatario, no podrá obligar al comodante a recibirla devolviéndole su valor (art. 2275 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2275); pero el comodante tendrá el derecho a exigir la cosa poniendo a disposición del comodatario el precio recibido de él (art. citado).

¿Qué ocurre si es el comodante el que recupera la cosa? Hay que hacer una distinción: si la

recupera por acción seguida contra el que la detenta, debe optar entre restituirla al comodatario, conservando el valor recibido de éste, o bien conservar la cosa restituyendo su valor (con deducción de los gastos originados en la recuperación), pues no sería admisible que se quedara con la cosa y el precio (ver nota 36); pero si la recupera por compra, permuta, donación o sucesión mortis causa de quien ha adquirido legítimamente la propiedad de ella, nada debe al comodatario.

1110/2149

2149. RESTITUCIÓN POR LOS HEREDEROS DEL COMODATARIO.— Puede ocurrir que los herederos, ignorando que la cosa era prestada y creyendo de buena fe que pertenecía al causante, la hubieran enajenado; en tal caso su responsabilidad se limita al precio recibido (art. 2272 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2272), sea mayor o menor que el valor real de la cosa. La solución es la misma que para el supuesto análogo del depósito; por las razones que diéramos entonces, opinamos que si la enajenación ha sido por título gratuito, los herederos deben el valor de la cosa (véase nº 2045). También puede exigir el comodante que los herederos le cedan las acciones que les competen en virtud de la enajenación (art. citado); puede ocurrir, en efecto, que los herederos sean insolventes y al comodante le convenga dirigirse contra el comprador por el pago del saldo de precio.

El comodante propietario conserva además la acción reivindicatoria contra los terceros que han adquirido la cosa; acción que puede ejercer independientemente de las que tiene contra el comodatario. Es claro que la mayor parte de las veces el comodante de cosas muebles verá repelida su acción reivindicatoria por la excepción del art. 2412 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_54.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2412. Pero si recupera la cosa y había ya recibido el precio de los herederos, debe optar entre devolverles la cosa o el precio, deducción hecha de los gastos del juicio que haya debido afrontar (véase nº 2148).

1110/2150

2150.— Si los herederos la enajenaron de mala fe, es decir, sabiendo que la cosa era prestada, deberán pagar al comodante el valor de la cosa y los restantes daños y perjuicios y podrán ser perseguidos criminalmente por abuso de confianza (art. 2273 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2273).

1110/2151

2151. PLURALIDAD DE COMODATARIOS.— Cuando varias personas han tomado en comodato una cosa, responden solidariamente por todos los daños y perjuicios que resulten al comodante de la falta de restitución o de los deterioros de la cosa (art. 2281

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_51.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2281).

La solidaridad rige únicamente respecto de los comodatarios que han celebrado el contrato; sus herederos sólo responden mancomunadamente (ver nota 37).

1110/2152

2152. ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE COSAS INMUEBLES: PROCEDIMIENTO.— La restitución de inmuebles dados en comodato puede intentarse por acción de desalojo (ver nota 38), por aplicación analógica de las reglas de la locación.

(nota 1) En este sentido: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2567 y su anotador ACUÑA ANZORENA; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 663; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1133.

(nota 2) De acuerdo: CARRESI, Il comodato, nº 33; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 138, 1; LARENZ, Obligaciones, t. 2.

(nota 3) ACUÑA ANZORENA critica la opinión de quienes piensan que es indispensable el dolo para que proceda la acción contra el comitente, sosteniendo que conocido el vicio por él, es indiferente que lo haya callado por culpa o dolo (en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 65 a), al nº 2568; opinión coincidente del autor anotado). Pero cuando se afirma que es necesaria la existencia del dolo para hacer responsable al comodante, sólo se quiere significar que no hay responsabilidad sin conocimiento del vicio. No se trata de saber si el comodante ha querido perjudicar al comodatario, porque esta intención escapará casi siempre a la posibilidad de prueba. En este caso la conducta dolosa consiste en callar el vicio que se conoce; pero la ignorancia del vicio originada en una culpa, aunque sea grave, no genera responsabilidad. Este concepto de dolo y culpa está claramente expresado en CARRESI, Il comodato, nº 34; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1133. En el derecho alemán, en cambio, el comodante responde también de su ignorancia originada en una culpa grave (art. 599).

(nota 4) De acuerdo: CARRESI, Il comodato, nº 35.

(nota 5) En este sentido: SALVAT, Contratos, t. 3, núms. 2571 y 2572 y su anotador ACUÑA ANZORENA; MACHADO, t. 6, p. 147; SEGOVIA, t. 1, nota 63 al art. 2289 de su numeración; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 664; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1133.

(nota 6) CARRESI, Il comodato, nº 36.

(nota 7) CARRESI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 8) CARRESI, Il comodato, nº 34; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 1217; POTHIER, Prêt á usage, nº 44.

(nota 9) CARRESI, Il comodato, nº 9.

(nota 10) CARRESI, Il comodato, nº 33.

(nota 11) C. Fed. Cap., 16/3/1960, causa 8514 (inédita).

(nota 12) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2547.

(nota 13) Sup. Corte Buenos Aires, 23/3/1943, L.L., t. 30, p. 78 y J.A., 1943-I, p. 944.

(nota 14) C. Paz Cap., 22/7/1969, L.L., fallo 64.374.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala E, 28/4/1961, causa 72.255 (inédita).

(nota 16) En la nota al art. 2269, VÉLEZ SARSFIELD reproduce un oscuro pasaje de AUBRY y RAU del que parece desprenderse la siguiente distinción: si la cosa perece luego de la mora y sin culpa del comodatario, éste tiene derecho a excepcionarse, demostrando que la cosa hubiera perecido también en poder del comodante; pero si a la mora se agrega la culpa del comodatario, consistente en un uso distinto, tal excepción no procede y el comodatario es siempre responsable (de acuerdo: PONT, t. 1, nº 73). Esta doctrina hoy está abandonada porque desde el momento que la conducta del comodatario, cualquiera que sea, no ha originado el daño, no se ve por qué habría de hacérselo responsable (véase especialmente BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 644; además, GUILLOUARD, nº 30; HUC, t. 11, nº 158; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, nº 1131; SEGOVIA, t. 1, nota 24 al art. 2271 de su numeración; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 37 a], al nº 2541).

(nota 17) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2541; MACHADO, t. 6, p. 127.

(nota 18) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2541; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 640; GUILLOUARD, nº 37; PONT, t. 1, nº 93.

(nota 19) SALVAT, loc. cit. en nota anterior; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 642; GUILLOUARD, nº 39; CARRESI, Il comodato, nº 40.

(nota 20) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 38 a), al nº 2541; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 643; GUILLOUARD, nº 39; PONT, t. 1, nº 95; CARRESI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 21) Es también la solución del derecho italiano (art. 1806).

(nota 22) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2549.

(nota 23) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2576; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 678; GUILLOUARD, nº 13.

(nota 24) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 138, IV, 3.

(nota 25) CARRESI, Il comodato, nº 49.

(nota 26) PLANIOL-RIPERT-S AVATIER, t. 11, nº 1134; en contra, CARRESI, Il comodato, loc. cit. en nota anterior.

(nota 27) CARRESI, Il comodato, nº 49; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 138, IV, 3; LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 47, p. 266 in fine.

(nota 28) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2553. La Suprema Corte de Buenos Aires, resolvió empero, que tratándose de un comodato cuyo destino era la vivienda del comodatario, corresponde acordarle un término prudencial, atento las dificultades derivadas de la crisis de vivienda: 12/4/1955, L.L., t. 79, p. 66; en el mismo sentido: C. Apel. Bahía Blanca, 20/8/1954, L.L., t. 77, p. 485. Se trata, como se ve, de una solución circunstancial, influida de manera preponderante por las especiales características de hecho que rodeaban el caso.

(nota 29) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2553 y su anotador ACUÑA ANZORENA.

(nota 30) CARRESI, Il comodato, nº 48; MESSINEO, t. 6, § 158, nº 5.

(nota 31) CARRESI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 32) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2556; MACHADO, t. 6, p. 133.

(nota 33) SALVAT, Contratos, t. 3, nº 259 y su anotador ACUÑA ANZORENA; SEGOVIA, t. 1, nota 41 al art. 2276 de su numeración; LLERENA, t. 6, p. 534.

(nota 34) SALVAT, loc. cit. en nota anterior.

(nota 35) C. Apel. Santiago del Estero, 29/8/1961, J.A., 1963-I, p. 540.

(nota 36) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 56 a), al 2559; MACHADO, t. 6, p. 131; LLERENA, t. 6, p. 535; SEGOVIA, t. 1, nota 46 al art. 2277 de su numeración.

(nota 37) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 3, nº 2565; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, nº 662; GUILLOUARD, nº 44; PONT, t. 1, nº 106.

(nota 38) C. Paz Let. Cap., Sala III, 1/7/1943, J.A., 1943-III, p. 408.

§ 4.— Fin del comodato

1110/2153

2153. DIVERSAS CAUSAS.— El comodato termina:

a) Por pérdida de la cosa.

b) Por vencimiento del plazo, expreso o tácito.

c) Por voluntad unilateral del comodatario (véase nº 2143).

d) Por voluntad unilateral del comodante en los siguientes casos: 1) si no hay término fijado (véase nº 2141); 2) si el comodatario falleció o cae en una incapacidad que le impide usar la cosa (véase núms. 2137 y sigs.); 3) si le sobreviene al comodante una necesidad urgente e imprevista de la cosa (véase nº 2136); 4) si el comodatario usa la cosa abusivamente o no cumple con su obligación de cuidarla (véase nº 2140).

FIDEICOMISO

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015080
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015080

1110/15080

CAPÍTULO XXXIV - FIDEICOMISO

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015090
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015090

1110/15090

I. CONTRATO DE FIDEICOMISO (ver nota 1)

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015100
/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015100

1110/15100

§ 1.— Nociones generales

1110/2154

2154. CONCEPTO.— El fideicomiso tuvo su origen en el derecho romano, pero se enriqueció y asumió distintas modalidades en el common law. Su nombre deriva de fiducia, que significa fe, confianza. En esencia, el contrato de fideicomiso es un convenio por el cual una persona transmite a otra la propiedad de ciertos bienes, obligándose el que los recibe a administrarlos bien y fielmente por cierto tiempo, al cabo del cual debe entregarlos a la persona indicada en el contrato que puede ser el primer transmitente o un tercero. En las páginas siguientes ampliaremos y precisaremos esta idea central.

Nuestro Código previó el fideicomiso en el art. 2662

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_59.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2662, pero no lo reglamentó. El fiduciario no tenía autorización para dar en usufructo los bienes fideicomitidos (art. 2841 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_62.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2841) y, por tanto, tampoco para disponer de ellos, a diferencia del creado por la ley 24441 , que expresamente le concede esos derechos, lo que marca una diferencia sustancial.

La falta de reglamentación precisa y la incertidumbre acerca de los efectos del fideicomiso fue la razón por la cual la institución no cobró vida en nuestro derecho. Recién en 1995, la ley 24441 legisló sobre él prolijamente.

1110/2155

2155. LAS PARTES.— Las partes en el contrato de fideicomiso son las siguientes:

a) El fiduciante que es la parte que transfiere a otra bienes determinados.

Tiene que poseer el pleno dominio de los bienes dados en fideicomiso. Si se trata de bienes gananciales, deberá contar con el asentimiento del cónyuge, sin el cual no puede disponer de ellos (art. 1277 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_32.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1277, Cód. Civ.); también se necesitará el consentimiento del cónyuge si se trata de disponer del inmueble propio, cuando está radicado allí el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces (art. 1277 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_32.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1277, 2do. párr.) (ver nota 2).

b) El fiduciario, que es la parte a quien se transfieren los bienes y que está obligada a administrarlos con la prudencia y diligencia propias del buen hombre de negocios, que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art. 6º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_6, ley 24441). Puede ser cualquier persona física o jurídica, pero nadie puede ofrecerse a actuar como fiduciario a menos que se trate de entidades financieras autorizadas a funcionar como tales o las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores, la que establecerá los requisitos que deban cumplir (art. 5º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_5).

c) El beneficiario que es la persona en cuyo beneficio se ha instituido el fideicomiso, sin ser el destinatario final de los bienes. Ejemplo: se transfieren bienes al fiduciario para que éste los administre y pague con sus rentas los gastos de educación de un pariente menor de edad del fiduciante.

Beneficiarios pueden ser una o varias personas físicas o jurídicas; inclusive, pueden ser personas que no existan en el momento de celebrarse el contrato, siempre que consten los datos que permitan su individualización futura (art. 2º

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2). Este último caso es una hipótesis excepcional que, sin embargo, puede darse. Así ocurre si el fideicomiso instituye un premio para que se entregue todos los años al alumno que obtenga el mejor promedio de su promoción en determinada carrera.

En caso de que existan varios beneficiarios, todos se benefician por igual, salvo disposición en contrario al constituirse el fideicomiso; asimismo, pueden designarse beneficiarios sustitutos para el caso de que el primer designado no acepte o renuncie al beneficio o muera (art. 2º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2, 2do. párr.).

Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegare a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante (art. 2º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2, 3er. párr.).

Como principio, el derecho al beneficio puede transmitirse por actos entre vivos o de última voluntad, salvo que el fiduciante haya dispuesto lo contrario en el contrato (art. 2º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2, 4to. párr.).

d) El fideicomisario que es el destinatario final de los bienes. Normalmente, el beneficiario y el fideicomisario son una misma persona; ocurre, por ejemplo, en el caso de que se constituye un fideicomiso en favor de un menor, disponiéndose que con las rentas se paguen sus gastos de alimentación y educación hasta llegar a la mayoría de edad; y que cumplida ésta, se le entreguen los bienes en dominio pleno. Pero puede ocurrir que no sea la misma persona. Ejemplo: se establece que con las rentas de los bienes se paguen los gastos de un menor hasta llegar a la mayoría de edad; y que, cumplida ésta, se entregue el pleno dominio de los bienes a una tercera persona.

El fideicomisario puede ser inclusive el propio fiduciante. Ejemplo: una persona que posee un cuantioso patrimonio y que se encuentra enfermo o fatigado de atender sus negocios, da en fideicomiso a una persona de su confianza, determinados bienes para que los administre y le entregue sus rentas y al final del plazo convenido, le devuelva el pleno dominio.

1110/2156

2156. DISTINTOS TIPOS DE FIDEICOMISO.— Fundamentalmente los tipos de fideicomiso son los siguientes:

a) El fideicomiso de administración: el fiduciante entrega determinados bienes al fiduciario para que éste los administre en beneficio de terceros o del propio fiduciante. Puede decirse que es el fideicomiso clásico o típico.

b) El fideicomiso de garantía: tiene como presupuesto necesario la existencia de una deuda del fiduciante al fiduciario; para garantizar su cumplimiento, el deudor (fiduciante) le entrega determinados bienes al acreedor (fiduciario), para que éste se cobre su crédito con las rentas que ellos produzcan o bien los enajene al cumplimiento del plazo y se cobre con el importe de la venta, devolviéndole el saldo al fiduciante.

c) El fideicomiso financiero: del que nos ocupamos más adelante (núms. 2170 y sigs.).

d) El fideicomiso testamentario: cuyo estudio corresponde al derecho de sucesiones y que debe constituirse por algunas de las formas previstas en el Código Civil para los testamentos (art. 3º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_3, ley 24441).

1110/2157

2157. REQUISITOS DEL CONTRATO.— Conforme con el art. 4º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_4, el contrato debe contener los siguientes requisitos:

a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no ser posible tal determinación a la fecha de la celebración del contrato, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir (inc. a). La exigencia de la individualización significa que las cosas fungibles no pueden ser objeto de este contrato, salvo que determinadas cosas fungibles estén físicamente individualizadas como, por ejemplo, serían las monedas de oro que se encuentran en una caja fuerte (ver nota 3); también pueden serlo los derechos intelectuales. Pero un patrimonio o una parte de él, no pueden serlo (ver nota 4).

b) La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso (inc. b). Por ejemplo, los frutos que produzcan los bienes fideicomitidos.

c) El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad (inc. c).

El plazo máximo de treinta años se justifica, porque un desdoblamiento indefinido en el tiempo de las atribuciones propias del derecho de dominio (por una parte, un dominio perpetuo, por la otra, un dominio fiduciario; véase nº 2160), conduciría a admitir un nuevo derecho real que sólo crearía inseguridad.

Cuando esta disposición alude a la condición, se refiere no sólo a una condición resolutoria (por ej., el fideicomiso durará mientras el fiduciario viva en la provincia de Córdoba) sino también a que el contrato puede imponer algunas limitaciones a los derechos del fiduciario, siempre que no desvirtúen la naturaleza de la institución. Así, el contrato puede establecer que el fiduciario no puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos sin consentimiento

del fiduciante (art. 17 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_17).

d) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso (art. 4º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_4, inc. d).

e) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare (art. 4º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_4, inc. e). Esta disposición tiene más bien el sentido de un consejo que de un requisito, pues si el contrato nada dijera sobre tales derechos y obligaciones, no se afecta la validez del contrato, puesto que ellos están ya dispuestos en la ley.

f) Conforme con el art. 2º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2, se requiere también la designación del beneficiario.

1110/2158

2158. FORMA.— La ley no establece ninguna exigencia formal para este contrato. Empero, creemos indispensable la forma escrita sea por acto público o privado, dado que sin ella no es posible su registración, condición fundamental para poder oponer el fideicomiso a terceros. Desde luego que si el registro respectivo exige la escritura pública, el contrato debe tener esta forma.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ 26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015110 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ 26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015110

1110/15110

§ 2.— Efectos del fideicomiso

1110/2159

2159. CONSTITUCIÓN DE UN PATRIMONIO SEPARADO.— El efecto esencial del fideicomiso es la constitución de un patrimonio separado, tanto del patrimonio del fiduciante como del fiduciario (art. 14 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_14). Como consecuencia de ello, se producen importantes efectos, no sólo respecto de las partes, sino también de terceros, de lo que nos ocuparemos a continuación.

2160. DERECHOS DEL FIDUCIARIO.— El fiduciario adquiere sobre los bienes un dominio imperfecto y goza de todos los derechos y acciones propias del dominio pleno; pero se diferencia de éste en que no es perpetuo, ya que fenece una vez cumplida la condición resolutoria o el plazo que no pueden exceder de treinta años (art. 4º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_4, inc. c) y en que el contrato puede poner ciertos límites a su derecho de disponer o gravar los bienes (art. 17 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_17).

Hecha esta salvedad reiteramos que el fiduciario tiene todos los derechos propios del dominio pleno, inclusive la facultad de gravar y enajenar los bienes fideicomitidos; es verdad que el art. 17 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_17dispone que tales facultades pueden ser ejercidas cuando lo requieran los fines del fideicomiso, pero es indudable que esta reserva sólo alude a las relaciones entre el fiduciante y el fiduciario. Porque el tercero a quien se enajena un bien, ignora si la venta tiene por objeto facilitar el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso o si la venta hubiera podido evitarse. Muchas veces, ésta será una cuestión de criterio o de prudencia; y no es posible que un tercero de buena fe y que ha pagado el precio, se vea eventualmente privado de los bienes legítimamente adquiridos, debido a una causa o razón que él no pudo razonablemente prever (ver nota 5). En suma, el acto de disposición realizado por el fiduciario cuando no lo requería el cumplimiento de la finalidad del contrato, sólo puede tener como efecto su remoción a pedido del fiduciante o del beneficiario (art. 9º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_9, inc. a) y la consiguiente acción de daños y perjuicios.

Esta facultad del fiduciario, titular de un dominio imperfecto, de transmitir al adquirente un dominio pleno, resulta contrario al principio elemental de que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso del que se goza (art. 3270 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_71.HTM&iid=AR_LA001 - Art_3270, Cód. Civ.); pero la ley 24441 agregó al art.2670 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_59.HTM&iid=AR_LA001 - Art_2670, Código Civil, un párrafo que dispone que la revocación de un dominio imperfecto no afecta los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto por la ley especial, es decir, la propia ley 24441 . Esta excepción al principio general del art. 3270 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_71.HTM&iid=AR_LA001 - Art_3270se justifica por una razón de interés público, que es la de dar pleno vigor a la institución del fideicomiso. De lo contrario, sería muy difícil el ejercicio eficiente por parte del fiduciario, del encargo recibido, porque muchas veces la buena administración exigirá la enajenación de algún bien y es muy difícil, sino imposible encontrar comprador de un dominio imperfecto.

El fiduciario puede ejercer todas las acciones que corresponden al dominio pleno, inclusive

la reivindicatoria, y puede ejercerlas no sólo contra terceros, sino también contra el mismo beneficiario (art. 18 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_18). ¿Puede ejercerlas también contra el fiduciante? la cuestión es dudosa. Creemos que es improcedente la acción reivindicatoria, pero parece prudente admitir el derecho de impedir los actos del fiduciante que perturben el ejercicio del fideicomiso.

Cuando el fiduciario sea moroso en el ejercicio de las acciones que correspondan a la debida defensa de los bienes fideicomitidos, el juez puede autorizar al fiduciante o al beneficiario para ejercerlas (art. 18 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_18), sin perjuicio del derecho de ellos de pedir su remoción si se tratare de una negligencia grave que mereciera esta sanción (art. 9º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_9, inc. a). Adviértase que, constituido el usufructo, los bienes han salido ya del patrimonio del fiduciante y todavía no han entrado en el del beneficiario, lo que los privaría de las acciones posesorias o petitorias correspondientes, no obstante lo cual la ley los faculta, previa autorización judicial, a ejercerlas a nombre propio.

En cuanto a sus relaciones con las demás partes del contrato de fideicomiso, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución, salvo disposición en contrario establecida en el contrato. Si éste no hubiere fijado su monto, lo hará el juez teniendo en cuenta la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir (art. 6º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_6). Es decir, el fideicomiso se presume oneroso, salvo estipulación expresa en contrario.

1110/2161

2161. OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.— Las obligaciones del fiduciario son las siguientes:

a) Está obligado a cumplir con las obligaciones que la ley y el contrato le imponen, con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art. 8º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_8), para lograr la finalidad perseguida por el fiduciante.

b) Está obligado a rendir cuentas de su gestión y no podrá ser dispensado de tal obligación (art. 7º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_7), por lo que será nula toda cláusula en contrario. Tampoco puede ser dispensado del dolo o culpa en que pudiera incurrir él o sus dependientes, ni podrá adquirir para sí los bienes fideicomitidos (art. 7º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001

- Art_7). Esta última disposición se justifica para evitar que el fiduciario aproveche de su atribución de disponer de los bienes fideicomitidos, para sacar alguna ventaja comprándolos.

Las cuentas deben rendirse con una periodicidad no mayor de un año (art. 7º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_7, últ. párr.).

La ley atribuye la facultad de pedir rendición de cuentas al beneficiario (disposición citada); es obvio que si el fideicomisario fuere una persona distinta del beneficiario, también él tiene derecho a exigirla. La palabra beneficiario se ha utilizado en esta disposición en su sentido amplio, dado que el destinatario final de los bienes es también un beneficiario.

c) El fiduciario responde por los daños ocasionados por las cosas viciosas o riesgosas, puesto que es el guardián de ellas (art. 1113 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_28.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1113), pero su responsabilidad se limita al valor de la cosa, si no pudo razonablemente asegurarla (art. 14 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_14). Esta situación de imposibilidad podría darse si la cosa no es asegurable. Si pudo asegurarla y no lo hizo, es responsable personalmente por todo el daño causado.

En cuanto al fiduciante, carece de la responsabilidad surgida del art. 1113 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_28.HTM&iid=AR_LA001 - Art_1113, puesto que no es dueño (ya que transfirió su dominio) ni guardián, puesto que lo es el fiduciario.

1110/2162

2162. EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS.— Ya dijimos que el efecto fundamental del fideicomiso es la constitución de un patrimonio separado tanto del patrimonio del fiduciante como del fiduciario. De allí deriva esta consecuencia fundamental: que los acreedores de uno y otro no pueden agredir dichos bienes, es decir, no pueden embargarlos ni ejecutarlos (arts. 14 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_14y 15). La ley deja a salvo el fraude cometido por el fiduciante, en cuyo caso sus acreedores podrían ejecutarlos. Y aunque la disposición citada habla de fraude, es claro que no se trata de la acción pauliana o revocatoria, porque para que ésta proceda es necesario el consilium fraudis y no es razonable en este caso probar que el fiduciario se haya confabulado con el fiduciante para defraudar a los acreedores de éste como, en cambio, es necesario probarlo para que proceda la acción pauliana (ver nota 6). Es claro a nuestro juicio, que si los acreedores prueban que la constitución del fideicomiso ha tenido por objeto burlar sus derechos, pueden ejecutar los bienes fideicomitidos siempre que el restante patrimonio del fiduciante no alcanzara a cubrir sus acreencias.

De igual modo, es claro que si la constitución del fideicomiso significa afectar la porción legítima de los herederos forzosos, éstos tienen a su disposición la acción de reducción, puesto que la legítima es de orden público.

Pero si los acreedores del fiduciante o del fiduciario no pueden agredir el fideicomiso, sí pueden hacerlo los acreedores del beneficiario, quienes pueden ejercer sus derechos solamente sobre los frutos de dichos bienes y subrogarse en sus derechos (art. 15 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_15).

1110/2163

2163.— Cuando se trata de obligaciones contraídas por el fiduciario en ejercicio de la administración de los bienes fideicomitidos, los acreedores pueden ejecutarlos. El fiduciario responde solamente con dichos bienes y no con su propio patrimonio (art. 16 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_16).

Puede ocurrir que los bienes fideicomitidos no alcancen a cubrir dichas obligaciones; en tal supuesto, y a menos que el fiduciante o el beneficiario aporten bienes para cubrirlas, el fiduciario procederá a la enajenación de los bienes, entregando su producido a los acreedores, conforme con el orden de privilegios previstos para la quiebra; esta liquidación por el fiduciario hace innecesaria la declaración de la quiebra (art. 16 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_16).

1110/2164

2164.— Para que el fideicomiso produzca efectos respecto de terceros es indispensable su registro y los tendrá sólo desde el momento de la registración (arts. 12 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_12y 13). Si se trata de bienes inmuebles, deberá hacerse en el Registro de la Propiedad Inmueble; si de automóviles, en el Registro del Automotor; si de aeronaves, en el Registro Nacional de Aeronaves; si de derechos intelectuales, en el Registro de la Propiedad Intelectual; y si se tratare de bienes muebles no registrables, consideramos aplicable por analogía, lo dispuesto por la misma ley 24441 respecto del contrato de leasing, que dispone que deberá inscribirse en el Registro de Créditos Prendarios del lugar en que se encuentren los bienes (art. 30 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_30).

1110/2165

2165. CESACIÓN DE LA GESTIÓN DEL FIDUCIARIO.— Conforme con el art. 9º

/lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_9, el fiduciario cesará como tal en los siguientes casos:

1) Por remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones y a pedido del fiduciante o del beneficiario; en este último caso, el juez citará también al fiduciante (inc. a).

2) Por muerte del fiduciario o por su incapacidad judicialmente declarada, si fuera persona física (inc. b).

Por incapacidad no debe entenderse tan sólo la demencia, sino también toda otra razón que inhabilite al fiduciario para desempeñar sus funciones, como puede ser la inhabilitación prevista en el art. 152 bis /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_340_3.HTM&iid=AR_LA001 - Art_152_BIS, Código Civil; o bien una inhabilidad moral: el fiduciario que después de haber entrado en posesión de los bienes comete un delito doloso no puede seguir desempeñando una tarea que exige en él una conducta que merezca la confianza que se le ha depositado.

3) Por disolución si fuere una persona jurídica (inc. c).

4) Por quiebra o liquidación (inc. d).

Este inciso es confuso. Consideramos indudable que se ha querido referir a la quiebra del fideicomiso; pero el art. 16 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_16establece que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos no puede dar lugar a la quiebra del fideicomiso, sino a su liquidación. Ante esta contradicción, cabe preguntarse si la quiebra a que se refiere la norma es la personal del fiduciario. La cuestión es dudosa y pensamos que debe resolverse a la luz de las circunstancias del caso. Si la quiebra del fiduciario se debe a un manejo desaprensivo de sus bienes, ello hace temer que no sea capaz de administrar el fideicomiso con la prudencia y diligencia propias de un buen hombre de negocios, en cuyo caso sería aplicable el inc. a, de este artículo. Pero si ella se debe a circunstancias externas no imputables al fiduciario, su quiebra no tiene por qué afectar el contrato de fideicomiso.

5) Por renuncia si en el contrato se hubiere autorizado expresamente esta causa. La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto (inc. e).

Cabe preguntarse cuál es el significado de esta cláusula que sólo permite la renuncia en el caso de que se la hubiera autorizado expresamente en el contrato. Supuesto que no se la hubiere previsto, es claro que el fiduciante no puede ser obligado a seguir desempeñando la administración de los bienes en contra de su voluntad; muchas pueden ser las razones que lo induzcan a renunciar: una enfermedad, una incapacidad física, el cansancio mismo. Obligarlo a seguir desempeñando un cargo que no puede o no quiere seguir desempeñando, es irrazonable y, desde luego, perjudicial para el propio interés del beneficiario. Por ello, pensamos que esta disposición significa solamente que en caso de renuncia no prevista en

el contrato, el fiduciante debe responder por los daños y perjuicios que su conducta ocasione al beneficiario; indemnización que no sería procedente si el contrato lo autoriza expresamente a renunciar.

1110/2166

2166.— Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo con el procedimiento previsto por él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades designadas de acuerdo con lo previsto en el art. 19 (art. 10).

Creemos que esta última disposición sólo es aplicable al fideicomiso de administración, en el caso de que el fiduciante hubiera muerto o hubiera caído en un estado de incapacidad, porque si vive y conserva su plena capacidad sólo él puede designar un fiduciario sustituto. Pero, la disposición que comentamos es plenamente aplicable al fideicomiso financiero.

En cualquier caso, los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario, cumpliendo con las disposiciones de los arts. 11 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_11, 12 y 13.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ 26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015120 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ 26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015120

1110/15120

§ 3.— Extinción del fideicomiso

1110/2167

2167. CAUSALES.— En primer término es necesario precisar la diferencia entre la cesación de los derechos y obligaciones del fiduciario (de la que nos hemos ocupado en los números anteriores) de la extinción del fideicomiso. En el primer caso, el fideicomiso no se extingue, sino que continúa en la persona del sustituto. En el segundo, el fideicomiso concluye definitivamente.

Conforme con el art. 25 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_25, el fideicomiso se extingue:

1) Por el cumplimiento del plazo o condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo legal máximo (inc. a), que es de treinta años (art. 4º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001

- Art_4, inc. c).

2) Por la revocación del fiduciante, si se hubiera reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efectos retroactivos (inc. b). Que no tiene efectos retroactivos significa que el fiduciante debe respetar los contratos celebrados por el fiduciario en el ejercicio de sus funciones, aunque se prolonguen más allá del momento de la revocación. Así, por ejemplo, los contratos de locación seguirán vigentes hasta la conclusión del término pactado.

Para que tenga efectos respecto de terceros, la revocación deberá inscribirse en el registro respectivo.

3) Cualquier otra causal prevista en el contrato (inc. c).

4) Por la extinción total de los bienes fideicomitidos, ya que el fideicomiso queda sin objeto.

La muerte del fiduciante no extingue el fideicomiso, puesto que éste se ha constituido en beneficio de terceros; tampoco la del fiduciario, que será reemplazado por el sustituto. Pero si el fideicomisario ha muerto sin dejar herederos, parece de toda evidencia que el fideicomiso se extingue y los bienes deben retornar al fiduciante o sus herederos.

1110/2168

2168. EFECTOS.— Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan (art. 26 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_26).

No creemos que la revocación hecha por el fiduciante, en el caso del art. 25 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_25, inc. b, haga inevitable la entrega de los bienes al fideicomisario. Parece lógico admitir que ellos retornen al fiduciante, porque en el transcurso del tiempo de duración del contrato pueden haber ocurrido hechos que demuestren una ingratitud del fideicomisario y que justifiquen la decisión del fiduciario de dejar sin efecto el beneficio.

/lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ 26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015130 /lpbin/mb_lpext.dll/@fZ3didZ5bdocumentZ2ehtmZ5dZ26idZ3dDTZ253ArZ253A1a1c9bZ 26iidZ3dARZ5fDA001 - JD_V_111015130

1110/15130

II. FIDEICOMISO FINANCIERO (ver nota 7)

1110/2169

2169. NOCIÓN GENERAL.— El fideicomiso financiero es una operación propia del complejo mundo de las finanzas y, como tal, escapa a un estudio de derecho civil. Nos limitaremos, por tanto, a dar una breve noción de su papel económico y financiero.

El esquema de esta operación es el siguiente: un banco u otra entidad financiera (el fiduciante), que es titular de una masa de créditos (por ej., otorgados con garantía hipotecaria) los cede a otra entidad financiera (que es la fiduciaria), la que a su vez emite certificados de participación (llamados también título valores), que importan un fraccionamiento del capital y que son ofrecidos al público. Se trata de títulos divisibles y negociables, que pueden ser al portador o nominativos. Esto es lo que se llama la securitización o titulización del capital originario.

Es un recurso financiero técnicamente complejo, nuevo y en evolución. Empezó hace unos veinte años en Estados Unidos, con la afectación de créditos hipotecarios (ver nota 8) y se aplica hoy en todo el mundo desarrollado. Es en efecto, un instrumento importantísimo para la acumulación de capitales y el emprendimiento de grandes obras de interés social. En nuestro país está regulado por las leyes 23576 (ref. por ley 23962), 24441 y la resolución general de la Comisión Nacional de Valores 271 del 29/8/1995 .

1110/2170

2170. LAS PARTES.— Las partes en el fideicomiso financiero, son las siguientes:

a) El fiduciante es el banco u otra entidad financiera que posee una masa de créditos, algunos otorgados con garantía hipotecaria, que es lo típico, o prendaria, o bien créditos de otro origen.

b) El fiduciario que es quien administra el fideicomiso y emite los certificados de participación. Debe ser necesariamente una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como tal (art. 19 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_19, ley 24441). Dicha Comisión, que es la autoridad de aplicación de la ley (art. 9º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_9), ha autorizado a actuar como fiduciario a las entidades inscriptas en el Registro Público de Comercio (las cuales tienen que ajustarse a la resolución 271) y al representante de los obligacionistas (art. 13 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_23576.HTM&iid=AR_LA001 - Art_13, ley 23576, ref. por ley 23962 y resolución general citada).

c) Los beneficiarios, que son los poseedores de los títulos que, ya se ha dicho, pueden ser al portador o nominativos. Dicha posesión les da derecho a percibir los intereses en el momento pactado y a disponer de ellos en cualquier momento, con lo cual pueden recuperar el precio pagado por su compra.

1110/2171

2171. CONTENIDOS MÍNIMOS DE LOS TÍTULOS VALORES.— Conforme con el art. 9º /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_RS_271_C24.HTM&iid=AR_LA001 - Art_9, de la resolución 271 de la Comisión Nacional de Valores, en los títulos valores debe constar:

1) Denominación social, domicilio y firma del representante legal del emisor o de su apoderado.

2) Identificación del fideicomiso al que corresponden.

3) Monto de la emisión y cantidad de los títulos de deuda emitidos.

4) Clase, número de serie y orden de cada título.

5) Si hubiere garantías u otros beneficios otorgados por terceros, mención de ellas.

6) Fecha y número de la resolución de la Comisión Nacional de Valores que autorice su oferta pública.

7) Plazo de vigencia del fideicomiso.

8) También debe dejarse constancia de que los fiduciarios no responderán con sus propios bienes por las obligaciones contraídas en el fideicomiso, sino sólo con los bienes fideicomitidos.

Finalmente, deberá dejarse constancia de la calificación del riesgo que importa el fideicomiso para los inversores. Esta calificación debe ser hecha por dos sociedades calificadoras de riesgos, independientes entre sí y que deben estar inscriptas en el Registro de Sociedades Calificadoras de Riesgos, organizado por la Comisión Nacional de Valores (decreto 656/1992 y resolución general 271, art. 15 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_RS_271_C24.HTM&iid=AR_LA001 - Art_15).

Esta calificación del riesgo de la inversión es muy importante para que el adquirente de los títulos valores pueda optar entre uno con algo más de riesgo, pero mejores intereses u otro más seguro, aunque el interés sea algo menor.

Pueden emitirse diversas clases de certificados de participación con derechos diferentes; pero dentro de cada clase deben otorgarse los mismos derechos (art. 22 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_22, ley 24441).

1110/2172

2172. VENTAJAS DE LA SECURITIZACIÓN.— La securitización juega un papel muy importante en el mercado financiero.

Para el inversor significa que puede invertir en un negocio que tiene una seguridad similar a la que brinda una hipoteca, sin necesidad de cumplir con las formalidades legales de ésta y sin tener que esperar los plazos fijados en el contrato para recuperar su capital, puesto que los títulos valores pueden ser enajenados en cualquier momento, lo que puede ser muy importante, sobre todo cuando se presenta la necesidad de afrontar un gasto no previsto. Además, las personas de escasos recursos, pero que tienen la posibilidad de invertir pequeñas cantidades, no tienen posibilidad de prestarlas con garantía hipotecaria, pero sí de adquirir títulos valores. Con estas pequeñas inversiones puede formarse una masa de capital que permita afrontar importantes obras de interés social.

A su vez, el fiduciario, una vez emitidos y colocados los títulos, puede recuperar lo invertido en su carácter de cesionario del crédito original, y volcar nuevamente ese capital, con lo que se agiliza el giro del dinero, generando nuevas inversiones.

Se comprende así que la securitización no tiene interés sólo del punto de vista del inversor o del fiduciario, sino que responde a un verdadero interés social. En nuestro país, la ley 24441 ha tenido muy en mira impulsar la construcción de viviendas, como lo demuestra su título "Financiación de la vivienda y la construcción" aunque, desde luego, los capitales reunidos pueden tener otra finalidad.

1110/2173

2173. REQUISITOS PARA LA OFERTA PÚBLICA.— La oferta pública de títulos valores debe estar precedida de un prospecto que será dado a conocer a la Comisión Nacional de Valores, sin el cual ésta no la autorizará. Ese prospecto debe contener sustancialmente, las mismas enunciaciones de los títulos valores, que hemos visto en el número 2170 (resolución 271 y anexo). Este prospecto permite a los inversores analizar cuidadosamente si la adquisición de los títulos valores les conviene o no.

1110/2174

2174. OBJETO DEL FIDEICOMISO.— El objeto del fideicomiso puede ser cualquier crédito que ofrezca garantías estimadas suficientes; así, por ejemplo, créditos hipotecarios, prendarios, facturas conformadas, leasing financiero, etcétera. La garantía que ofrezcan dichos créditos, debe ser objeto de la calificación de riesgo antes mencionada (nº 2171).

1110/2175

2175. INSUFICIENCIA DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.— En caso de insuficiencia del capital fideicomitido y salvo que hubiere una previsión contractual distinta, el fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda, la que se notificará mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario; la asamblea se celebrará dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la última publicación, a fin de que resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio (art. 23 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_23, ley 24441).

Las normas a las que se refiere el artículo citado, podrán prever: a) La transferencia del patrimonio fideicomitido como unidad a otra sociedad de igual giro. b) Las modificaciones del contrato de emisión, las que podrán comprender la remisión de parte de las deudas o la modificación de los plazos, modos o condiciones iniciales. c) La continuación de la administración de los bienes fideicomitidos hasta la extinción del fideicomiso. d) La forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicomitido. e) La designación de quien tendrá a su cargo la enajenación del patrimonio como unidad o de los activos que lo conforman. f) Cualquier otra materia que determine la asamblea relativa a la administración o liquidación del patrimonio separado (art. 24 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_24, 1er. párr.).

Los acuerdos deberán adoptarse por el voto favorable de tenedores de títulos que representen a lo menos, la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación, salvo en las materias indicadas en el inc. b) del primer párrafo, en cuyo caso será de las dos terceras partes de dichos títulos (art. cit. 3er. párr.).

Si no hubiese quórum en la primera citación se deberá citar a una nueva asamblea, la cual deberá celebrarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha fijada para la asamblea no efectuada; ésta se considerará válida con los tenedores que se encuentren presentes; pero los acuerdos deberán adoptarse con el voto favorable de títulos que representen a lo menos la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación (art. 24 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_24, últ. párr., ley 24441).

En caso de no lograrse las mayorías indicadas en estas normas, el fiduciario continuará con la administración de los bienes fideicomitidos hasta su total extinción (art. 24 /lpbin/mb_lpext.dll/@f=id[document.htm]&id=L_NAC_LY_24441.HTM&iid=AR_LA001 - Art_24, inc. c).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: HIGHTON-MOSSET ITURRASPE-PAOLANTONIO-RIVERA, La ley 24441, Santa Fe, 1995; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, Buenos Aires, 1996; MAGRI y ZITO FONTÁN, Reflexiones sobre el fideicomiso en la ley 24441, en Revista Notarial, 1994, nº 921; TAIANA DE BRANDI y LLORENS, El fideicomiso y la relación jurídica subyacente,

L.L., diario del 26/2/1996; ORELLE, El fideicomiso en la ley 24441, L.L., 1995-B, p. 874; GUASTAVINO, Fideicomisos, leasings, letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24441, L.L., 1995-B, p. 1061; GREGORINI CLUSELLAS, Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas, L.L., diario del 5/12/1995.

(nota 2) TAIANA DE BRANDI y LLORENS, op. cit. en nota anterior.

(nota 3) GUASTAVINO, op. cit., nº 8.

(nota 4) GUASTAVINO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 5) ORELLE, op. cit., ap. IV.

(nota 6) Sostienen, en cambio, que se trata de la acción pauliana o revocatoria, HIGHTON-MOSSET ITURRASPE-PAOLANTONIO-RIVERA, La ley 24441, Santa Fe, 1995, p. 53.

(nota 7) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 3440, véase MANTILLA, El fideicomiso financiero, L.L., 1995-D, p. 1103; HAYZUS, Fideicomisos financieros, E.D., t. 158, p. 1089.

(nota 8) MANTILLA, op. cit. en nota anterior, L.L., 1995-D, p. 1104.