



Universidad
Católica del
Uruguay

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho con
énfasis en Derecho Civil Contractual

Receso unilateral de contrato en tiempos de buena fe contractual

Paula María Collazzi Pristker

Tutor académico: Mgter. Fernando Gómez Pardo

Montevideo, diciembre 2020

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
II. PREVIO: BREVES NOCIONES SOBRE EL CONTRATO DE DURACIÓN	8
II.1. Diferencia con los contratos de cumplimiento instantáneo	8
II.2. Plazo determinado o indeterminado. Prórrogas y opción de no prorrogar	10
III. DESISTIMIENTO UNILATERAL DE CONTRATO	11
III.1. Concepto	11
III.2. Naturaleza	13
III.3. Fuentes	14
III.4. Caracteres del instituto	15
IV. PRINCIPIOS EN PUGNA: LIBERTAD, IGUALDAD, Y BUENA FE	18
IV.1. Libertad en la contratación. Principio de la autonomía de la voluntad	18
IV.2. Igualdad jurídica de los contratantes. Art. 1253 del CCU	20
IV.3. Tesis de CAFFERA: Concepto de libertad material	24
IV.4. Art. 1291 del CCU: Principio de fuerza vinculante del contrato. Pacta sunt servanda. La buena fe como principio cardinal	25
V. INTERPRETACIÓN	28
V.1. Reglas interpretativas del contrato	28
V.2. Sigue: Método objetivo vs. método subjetivo. Teoría de CAFFERA	31
V.3. Análisis de un caso concreto de suministro	31
V.4. Neoconstitucionalismo y Positivismo rígido. Hacia un “camino del medio”	33
VI. DESISTIMIENTO UNILATERAL EN LOS CONTRATOS SUJETOS A PLAZO	37
VI.1. Previsión legal	37
VI.2. Previsión contractual	40
VI.2.1. Previo: plazo del contrato y concepto de eficacia	40

VI.2.2. Validez del pacto de receso unilateral en contratos de duración con plazo determinado cuando se estipulan justas causas y/o circunstancias de hecho objetivas o pago de una pena a efectos de desistir del mismo. Nulidad de la cláusula que prevé el receso <i>ad nutum</i> (sin expresión de causa) en cualquier momento del plazo original	41
VI.2.3. Receso ad nutum pactado a favor de ambos contrayentes	50
VI.2.4. Reflexiones finales sobre la cláusula ad nutum inserta en los contratos de duración sujetos a plazo	53
VI.3. Concepto de “justa causa”. Licitud del receso. Incidencia de la tercera fuente: aplicación de los principios generales	54
VI.4. Justa causa vs. incumplimiento de contrato	56
VI.5. Diferencias entre prórroga y renovación de contrato	59
VI.6. Sobre la posibilidad de rescindir el contrato durante la prórroga, luego de vencido el plazo inicial.	59
VI.7. Relevancia de la conducta de las partes para determinar si es lícita o abusiva la opción de no renovar un contrato	65
VI.8. Desistimiento unilateral y operación económica	68
VII. RECESO EN LOS CONTRATOS DE DURACIÓN SIN PLAZO DETERMINADO	73
VII.1. Primeras reflexiones sobre los contratos sin plazo	73
VII.2. Principio de libertad	75
VII.3. Breves nociones sobre el receso abusivo. Incidencia del principio general de buena fe	77
VII.4. Justa causa y/o necesidad del preaviso	81
VII.4.1. Discusión doctrinaria	81
VII.4.2. Recepción jurisprudencial	86
VII.5. Preaviso. Concepto y alcance. Admisibilidad del preaviso tácito	88
VII.6. Carga de la prueba	94
VII.7. Aproximaciones a un “modelo” de preaviso razonable	95
VII.8. Daño indemnizable por desistimiento abusivo	98

VII.9. Conclusiones de criterios doctrinarios y jurisprudenciales para determinar si hubo abusividad en el receso y su indemnización	101
VIII. CONTRATOS EN PARTICULAR	102
VIII.1. RECESO UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO	102
VIII.1.1. Introducción	102
VIII.1.2. Sobre el contrato administrativo y los poderes exorbitantes de la Administración: mito o realidad	103
VIII.1.3. En particular: sobre el receso unilateral por parte de la Administración	106
VIII.1.4. Panorama en la jurisprudencia	109
VIII.2. REVOCACIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN POR PARTE DEL COMITENTE	113
VIII.2.1. Previo	113
VIII.2.2. Análisis del artículo 1847 CCU	114
VIII.2.3. Nulidad del pacto que admite la revocación sin la correlativa indemnización. Fundamento: principio de igualdad de los contratantes y obligatoriedad del vínculo contractual	116
VIII.2.4. Breve repaso por los daños frente a la terminación anticipada de la obra	120
VIII.3. ALGO MÁS SOBRE EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN	125
VIII.3.1. El contrato de distribución en el siglo XXI	125
VIII.3.2. El abuso en la terminación del contrato de distribución que no está sujeto a plazo. Una mirada diferente de CAFFERA	127
VIII.3.3. Un fallo jurisprudencial de interés	129
IX. CONCLUSIONES	132
APÉNDICE: SOBRE EL COVID-19 Y SUS EFECTOS EN LOS CONTRATOS	139
BIBLIOGRAFÍA	144

I. INTRODUCCIÓN

Pacta sunt servanda: los contratos se celebran para cumplirse. Esta es una máxima en derecho contractual que refiere a la fuerza vinculante del contrato. Dicho principio aparece consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en el Art. 1291 inciso primero del Código Civil Uruguayo (en adelante CCU): “*los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma*”.

Conceder a uno de los contratantes la posibilidad de que lo rescinda unilateralmente en cualquier momento, parece *a priori* una suerte de contraprinzipio contractual. Uno de los objetivos de este trabajo será analizar las hipótesis en que dicha facultad es lícita y los casos en que su pacto deviene nulo o abusivo por incumplir normas o principios generales.

El receso unilateral ofrece contornos diferenciados según se trate de contratos de duración sujetos a plazo o, si por el contrario, el plazo es indeterminado, donde en principio existe un derecho de receso unilateral *ad nutum*. En la investigación a desarrollar se procurará demostrar que el derecho potestativo, aún en los contratos con plazo indeterminado, no es irrestricto.

“*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes*”, reza el artículo 1253 del CCU. Esto significa que, *prima facie*, nadie puede desvincularse por su sola voluntad de un contrato.

Esta norma nos brinda una primera pauta sobre las dificultades que tendrá el contratante para rescindir unilateralmente un contrato donde se haya estipulado un plazo. Se partirá de la premisa de que es nula toda cláusula que habilite a uno de los contrayentes a rescindir el contrato por su sola voluntad durante el plazo original, aunque la doctrina no es unánime al respecto pese a los claros términos normativos. Surge la interrogante si la autonomía de la voluntad puede primar frente a principios de tanto peso como los consagrados en los Arts. 1253 y 1291 del CCU. También entra en juego el concepto de “*justa causa*” para determinar si resulta admisible el receso en forma previa al vencimiento de un contrato.

En los contratos de duración indeterminada, en cambio, rigen los principios de libertad y de temporalidad del vínculo obligacional, por lo cual su ejercicio es legítimo. No obstante, según las particularidades de la relación contractual, podrá ser necesario un preaviso

que tenga por finalidad evitar las consecuencias de un receso abusivo. Hay quienes priorizan el principio de libertad y por tanto defienden fervorosamente que la carencia de plazo habilita a rescindir el contrato en cualquier circunstancia sin ningún tipo de responsabilidad. A lo sumo admiten una reparación en forma excepcional cuando se verifica un ejercicio de esta facultad con absoluta y manifiesta mala fe. En el presente estudio se postulará que derecho potestativo no puede ser sinónimo de derecho arbitrario o discrecional.

La variedad de situaciones fácticas obliga a hilar fino y a distinguir los múltiples supuestos. Algunas de las interrogantes que se nos plantean son las siguientes: ¿es siempre nula la cláusula que habilite el receso unilateral de un contrato sujeto a plazo?, ¿en qué hipótesis podría ser válida?, ¿cuál es el concepto de justa causa para rescindir un contrato con plazo vigente?, ¿qué se entiende por ejercicio abusivo del derecho de receso?, ¿en qué casos se requiere del preaviso cuando se trata de rescindir un contrato con plazo indeterminado?, ¿qué naturaleza tiene y cuál es la consecuencia de la falta de preaviso?, y finalmente, ¿qué papel juega el deber de mitigar el daño?

El tema elegido será ahondado en el marco de la buena fe contractual como principio orientador a los efectos de examinar la casuística. Se indagará de qué manera repercuten los principios generales de derecho, pues sobre este punto existen posiciones contrapuestas. Precisamente el título se vincula a la cuestión de determinar cuánto pesan en los hechos para nuestros jueces los principios generales, especialmente el de buena fe. ¿Realmente son tiempos de buena fe contractual?

Agotado ese panorama general, se estudiarán casos específicos, a saber: las facultades de la Administración para rescindir contratos administrativos, ¿en qué casos es válido el receso? ¿existe un poder exorbitante de *ius variandi* que habilite a rescindir el contrato en forma unilateral? Participamos de la tesis que rechaza los poderes exorbitantes de la Administración como justificación para rescindir el contrato administrativo sin justa causa.

También nos despierta particular interés la revocación del contrato de construcción por parte del comitente una vez iniciada la construcción de la obra. Mediante un análisis pormenorizado del Artículo 1847 del Código Civil se estudiará la indemnización que le corresponde a la contratista frente al receso de su co-contratante.

Finalmente, el contrato “vedette” en esta materia es el de distribución. Resulta habitual que no esté sujeto a plazo, lo que lleva implícita la potestad de un receso. Sin embargo, ciertos vínculos comerciales de larga data obligan al intérprete a analizar la

extinción del contrato desde una óptica más justa o si se quiere, más razonable o realista. Considerar que, por ejemplo, se puede rescindir un contrato de distribución que transcurrió durante más de tres décadas en forma intempestiva, sería privilegiar un principio en desmedro de otros. Frente a un ejercicio abusivo del derecho de receso, nace la obligación de reparar el daño derivado de esa conducta antijurídica. En este sentido, se entenderá el abuso de derecho como referencia o límite al ejercicio del desistimiento unilateral.

Haciendo un paralelismo con el terreno audiovisual, buscamos proyectar una especie de documental. Allí se narran hechos seguidos de interpretaciones de los mismos. Salvando las distancias por tratarse de una obra escrita, lo que se pretende es introducir los desarrollos teóricos con un enfoque crítico, y seguidamente comentar cada tema abordando una o más sentencias para ilustrar al lector acerca de la casuística y la realidad en nuestros tribunales.

II. PREVIO: BREVES NOCIONES SOBRE EL CONTRATO DE DURACIÓN

II.1. Diferencia con los contratos de cumplimiento instantáneo

Como en todo, conviene comenzar por el principio. Lanzarse a una definición de receso unilateral sin antes repasar la clasificación entre contratos de cumplimiento instantáneo y de duración parece, al menos, un tanto pretencioso. Por este motivo, comenzaremos nuestro análisis brindando una breve noción de los contratos de duración, también conocidos como de “tracto sucesivo” o de “cumplimiento continuado”, ya que sobre éstos se abordará el estudio acerca del receso.

La diferencia con los contratos de ejecución instantánea se verifica en el período de cumplimiento del contrato. Esto es, luego de perfeccionado el contrato, el mismo podrá cumplirse mediante un solo acto o mediante varios actos o prestaciones que perduran en el tiempo. El ejemplo típico en el primer caso es la compraventa o permuta, en el cual se entrega la cosa o se paga el precio. En estos contratos el cumplimiento se agota con un único acto, de allí que se los califique como contratos de ejecución “instantánea”. En cambio, en el arrendamiento de cosas o de servicios, hay una serie de prestaciones continuas (el cumplimiento es continuado), y es necesario que transcurra ese tiempo de ejecución para satisfacer las necesidades del acreedor.

En palabras de CAFFERA la clave para distinguir un caso del otro es observar de qué manera se satisface el interés del acreedor. El centro de la clasificación está en cómo se produce la utilidad esperada por el acreedor, lo que en el fondo descansa en el concepto de objeto de la obligación como utilidad.¹

Tal como lo sostienen FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y LARRAÑAGA, existen obligaciones consistentes en la prestación de energía o de una actividad humana que se desenvuelven en el tiempo en forma duradera.² Allí el tiempo no es un elemento accidental ni una modalidad accesoria de la obligación, sino que forma parte de su contenido esencial.

Como señala la jurisprudencia nacional: *“En el contrato de cumplimiento continuado el cumplimiento dura o se prolonga necesariamente en el tiempo donde no es concebible el cumplimiento instantáneo, ya que se extiende continuamente la actividad del deudor*

¹ CAFFERA, Gerardo, Obligaciones, FCU, Montevideo, 2018, p. 153.

² FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gabriel, LARRAÑAGA, Luis, “Límites al receso unilateral”, ADCU, t. XXX, FCU, Montevideo, 1999, p. 572.

*manteniendo, en manera estable, una situación jurídica en beneficio del acreedor, por ello es que la circunstancia de que el cumplimiento se prolongue por una cierta duración es necesaria para que el contrato produzca el efecto querido por las partes y satisfaga las necesidades que impulsaron a estos a contratar”.*³

Al decir de GAMARRA, no creo que haya nada mejor para marcar la diferencia entre una y otra situación (entre el contrato de ejecución instantánea y el contrato de ejecución continuada o periódica) que la comparación con el punto y la línea.⁴

Ahora bien, en el caso de la locación de obra, *a priori* parecería que se encuentra en una situación intermedia entre ambas categorías, pues debe mediar una fracción temporal entre el momento de la celebración del contrato y su cumplimiento, pero sin embargo la obligación a cargo del constructor se cumple en un solo acto cuando entrega la obra terminada.

RUBINO, refiriéndose al “appalto” italiano afirma que la locación de obra constituye una categoría intermedia - un *tertium genus* - entre los contratos de ejecución instantánea y de ejecución periódica.⁵

Aun reconociendo lo opinable de la cuestión y que se trata de un contrato peculiar, nos adherimos a la posición de GAMARRA, quien cataloga el arrendamiento de obra como un contrato de ejecución instantánea, pues éste se cumple con la obtención del resultado, esto es, la entrega de la obra y no con la mera actividad laborativa. Precisamente, es la ejecución la que presenta un carácter prolongado, pero no el cumplimiento, que tiene naturaleza instantánea.⁶ Esto resulta compatible ya que la actividad que realiza el locador no satisface ningún interés del acreedor *per se*. Sólo cuando la obra esté terminada y pueda ser entregada es que se puede hablar genuinamente de cumplimiento, y de utilidad para el acreedor.

³ TAC 1, Sentencia N 193/2007, 22/08/2007, VÁZQUEZ CRUZ (Red.), SALVO LÓPEZ DE ALDA, CASTRO RIVERA, publicada en BJA.

⁴ GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. IX, FCU, Montevideo, 2010, p. 253.

⁵ RUBINO, Domanico, Dell' Appalto, Commentario del Codice Civile, Libro IV - Delle Obligazioni, Bologna, 1962, p. 72 y ss: “l'appalto non é un contratto istantaneo né e un contratto di durata, ma é un contratto de esecuzione prolungata cha representa un tertium genus”.

⁶ GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. IX, FCU, Montevideo, 2010, p. 261.

II.2. Plazo determinado o indeterminado. Prórrogas y opción de no prorrogar

En lo que refiere al plazo, si bien es común que se estipule un plazo de vigencia, lo cierto es que muchos contratos de duración, especialmente los de distribución, no están sujetos a plazo.

También es usual que en los contratos de ejecución continuada se estipulen plazos cortos, incluyendo una cláusula de prórroga automática pero con opción de cualquiera de los contrayentes de no renovar el contrato una vez vencido el mismo.

Una de las cuestiones que será objeto de discusión es si se puede pactar un plazo mínimo de duración de contrato y a la vez conferir a una o ambas partes la posibilidad de rescindir el contrato en cualquier momento del plazo contractual vigente, pues *a priori*, ello atenta contra principios fundamentales como el de igualdad y fuerza vinculante del contrato, como se verá en los capítulos siguientes.

III. DESISTIMIENTO UNILATERAL DE CONTRATO

III.1. Concepto

El receso unilateral de contrato tiene particular relevancia pues de él deriva la extinción del vínculo contractual existente entre las partes.

La doctrina italiana define el desistimiento unilateral del contrato como el ejercicio del derecho de receso, atribuido a uno o ambos sujetos de la relación, para que mediante su iniciativa y por su sola voluntad, extrajudicialmente, determinen la cesación del vínculo obligacional o contractual.⁷

En palabras de nuestros jueces: *“Hay receso unilateral cuando una de las partes de la relación contractual, habilitada por el contrato, por la ley o por los principios generales, decide la extinción del vínculo”*.⁸

Generalmente se habla indistintamente de receso y de desistimiento unilateral para referir a la potestad que tiene uno de los contrayentes para poner fin al vínculo contractual. De hecho, los efectos de una y otra situación son esencialmente los mismos. No obstante, hay quienes son más rigurosos en la definición y realizan una distinción de estas figuras. Es el caso de BERGSTEIN, quién distingue el desistimiento unilateral que procede de principio, aún en ausencia de disposición contractual en los contratos de distribución de plazo indeterminado, y el ejercicio del derecho a la no renovación que presupone la existencia de un contrato de plazo determinado, a cuyo vencimiento una de las partes opta por no continuar la relación.⁹

El desistimiento unilateral vendría a ser una causa interna de la cesación de eficacia del contrato, en tanto en el derecho a no renovar el contrato, la extinción de la eficacia se produce por la llegada del plazo final del mismo sin que se requiera ninguna actividad positiva de los contratantes, más allá de la comunicación a la otra parte a los efectos de evitar la renovación del contrato.

⁷ LAVAGGI, Giuseppe, Osservazioni sul recesso unilaterale del contratto, Il Foro Italiano, 1950, citado por CARNELLI, Santiago, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XIV, FCU, Montevideo, 2009, p. 233.

⁸ TAC 1, Sentencia N 7/2007, 14/02/2007, CASTRO RIVERA (Red.), SALVO LÓPEZ DE ALDA, VÁZQUEZ CRUZ, publicada en ADCU, t. XXXVIII, FCU, Montevideo, 2007, c.368, p. 179.

⁹ BERGSTEIN, Jonás, “La extinción del contrato de duración: Trece años después”, ADCU, t. XXXIX, FCU, Montevideo, 2008, p. 813-824.

El derecho potestativo a la no renovación del contrato encuentra su fundamento en los siguientes principios: la autonomía privada, la temporalidad del vínculo obligacional, pero sobre todo la fuerza vinculante del contrato y vigencia del *pacta sunt servanda*, ya que las partes fueron las que libremente dispusieron el plazo inicial así como la opción de no renovarlo. Ejercer esta opción en ningún sentido podría catalogarse como una conducta ilegítima o arbitraria.

Esta distinción también ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia.¹⁰ En el caso citado los contrayentes celebraron un contrato con un plazo de duración de noventa días, que se entendía prorrogado automáticamente por períodos de treinta días, si hasta diez días antes del vencimiento del plazo respectivo algunas de las partes no comunica a la otra su decisión de hacer cesar la relación mediante telegrama colacionado, quedando las partes plenamente liberadas respecto de cualquier obligación emergente del contrato. El tribunal actuante concluyó: *“la referida cláusula no estipuló - como se indicó por la actora en su recurso - el desistimiento unilateral, sino el derecho potestativo a no prorrogar el plazo del contrato lo cual no configura ilicitud ameritante de responsabilidad”*.

Sin perjuicio de lo expuesto, y de que consideramos acertada la sutileza referida, en el presente trabajo se emplearán los términos “receso”, “rescisión” y “desistimiento unilateral” en forma indistinta para referirnos a la extinción del vínculo contractual derivado de la expresión de voluntad de uno de los contrayentes. Cuando haya que referirse al derecho a no renovar o no prorrogar un contrato con plazo contractual vencido, se planteará en esos términos.

Finalmente en lo que se refiere al concepto en sí mismo de rescisión de contrato, no podemos dejar de referirnos a las diferencias que presenta con la resolución, por su disímil operatividad. Al tratarse de contratos de duración, la rescisión, a diferencia de la resolución, no tiene efectos retroactivos, sino que opera *ex nunc*. Esta locución latina significa *“desde ahora”*, es decir, que produce efectos para el futuro. La explicación de esta regla se atribuye a que el decurso del tiempo va produciendo la satisfacción - el cumplimiento continuado - de los intereses contractuales, de modo tal que la rescisión encuentra ya cumplida la obligación

¹⁰ TAC 1, Sentencia N 123/2009, 14/10/2009, VÁZQUEZ CRUZ (Red.), SALVO LÓPEZ DE ALDA, CASTRO RIVERA, publicada en ADCU, t. XL, FCU, Montevideo, 2009, c.330, p. 238.

durante el tiempo transcurrido. Por tanto respecto de esa parte en la cual el cumplimiento ya se ha verificado, la retroactividad no puede operar.¹¹

GAMARRA aclara que el término resolución, empleado en un sentido amplio - lato sensu - comprende toda disolución del contrato. Pero en un significado estricto, que es el que habitualmente se le asigna, se refiere sólo a aquella acción que aniquila retroactivamente (ex tunc) el contrato, mientras que la rescisión comprende solamente aquellos casos de resolución que operan hacia el futuro (ex nunc). En este sentido, la resolución es el género, la rescisión, la especie.¹²

III.2. Naturaleza

Como su nombre lo indica, es un negocio unilateral, pues emana de la iniciativa y voluntad de una sola de las partes.

Autores como CARNELLI califican el desistimiento unilateral de contrato como un poder normativo extintivo. En razón de que se ubica en una relación jurídica, es una prerrogativa que tiene un sujeto respecto de otro, expresando como consecuencia, una situación de desigualdad entre su titular y el otro sujeto de la misma. El orden jurídico admite una causa de preferencia que justifica la prerrogativa, es decir, el poder de un sujeto en relación a otro que se identifica como derecho potestativo.¹³

ORDOQUI también considera que implica un derecho potestativo (conferido por la ley o por acuerdo de partes) a través de una declaración de voluntad recepticia por la que se decide unilateralmente dar por extinguida una relación obligacional contractual. El centro del concepto para el referido autor está en el ejercicio de un derecho contractual o legal y sobre todo la forma cómo éste puede y debe ser ejercido.¹⁴

Entendemos que el recesso unilateral es un derecho potestativo porque tiene la capacidad de poder cambiar la situación jurídica del otro sujeto sin necesidad de recurrir a los estrados, por lo cual además es una actividad extrajudicial. Siempre que su ejercicio sea

¹¹ GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. IX, FCU, Montevideo, 2010, p. 267.

¹² GAMARRA, Jorge, "La resolución del contrato por incumplimiento" en Tratado Jurisprudencial y Doctrinario - Incumplimiento de Contrato, Tomo III, DE CORES, Carlos, GAMARRA, Raúl, VENTURINI, Beatriz, La Ley Uruguay, 2013, p. 697.

¹³ CARNELLI, Santiago, "Licitud del ejercicio del recesso unilateral", Revista Jurídica Regional Norte, UDELAR, N° 2, 2008.

¹⁴ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, Lecciones de derechos de las obligaciones, t. III, Vol. 1, Del Foro S.R.L, Montevideo, 1999, p. 61 y ss.

legítimo, la otra parte no puede evitar que se produzca el efecto extintivo del desistimiento, quedando en una especie de estado de sujeción frente a quién lo ejerce.

III.3. Fuentes

Las fuentes del derecho de receso son los principios generales de derecho, la ley y el contrato. La validación por parte de una u otra fuente variará, básicamente, en función de si se trata de un contrato de duración con o sin plazo, ya que cambia sustancialmente en uno u otro caso. Esto es importante aclararlo desde el inicio, ya que a nuestro entender no corresponde efectuar un análisis unitario del ejercicio del receso, soslayando las diferencias entre ambas hipótesis.

No obstante, la doctrina no es unánime en relación a las fuentes. Existe en nuestro medio una voz disonante a este respecto. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y LARRAÑAGA sostienen que *“a diferencia de la doctrina que considera que son tres las fuentes de producción del derecho de receso, en nuestra opinión existe una fuente exclusiva consistente en los principios generales de temporalidad y libertad. Sin embargo, entendemos que pueden coordinarse los ámbitos de aplicación de los principios generales del derecho, de las disposiciones legales y de las estipulaciones convencionales”*.¹⁵

Esto se explica teniendo en cuenta que para los autores referidos el derecho de receso se plantea solamente en el ámbito de los contratos de duración sin plazo determinado. En su posición el pacto de finalización negocial (plazo resolutorio) impide el ejercicio del receso, pues se impone a ambas partes que deben respetarlo sin más, y ni se cuestionan las hipótesis de desistimiento unilateral de contrato cuando se pactó un plazo.

CHALAR y MANTERO critican esta posición solitaria y en cambio opinan que no es correcto sostener la existencia de una sola fuente¹⁶, coincidiendo con CARNELLI, quien señala que el derecho de receso es atribuido por la ley o el contrato o puede derivar de un principio general del ordenamiento jurídico.¹⁷

Cuando está previsto en una cláusula del contrato, se le denomina receso convencional. En este caso son las partes quienes regulan mediante el contrato sus propios

¹⁵ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gabriel, LARRAÑAGA, Luis, “Límites al receso unilateral”, ADCU, t. XXX, FCU, Montevideo, 1999, p. 573.

¹⁶ CHALAR, Laura, MANTERO, Elías, “Reflexiones en torno al receso unilateral en los contratos de ejecución continuada. Crítica a una tesis novedosa”, ADCU, t. XXXII, FCU, Montevideo, 2001, p.760-761.

¹⁷ CARNELLI, Santiago, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XIV, FCU, Montevideo, 2009, p. 233.

intereses, determinando las modalidades a que deberá someterse el ejercicio del derecho de receso así como determinar las consecuencias de su inobservancia.

El receso también puede estar previsto por una norma específica. Es el caso del mandato y el depósito. En estos supuestos es ley la que autoriza el predominio del interés de uno de los contrayentes y la inaplicabilidad del principio de igualdad jurídica de los contratantes.

Finalmente este derecho puede derivar de un principio general de derecho. Esto se ve claramente plasmado en los contratos con plazo indeterminado, donde rige el principio de libertad y la posibilidad de poner fin al contrato, para salvaguardar otro principio del ordenamiento jurídico que es el principio de la temporalidad del vínculo obligacional.

Finalmente, vale destacar la puntualización que realiza ORDOQUI en cuanto a las fuentes, pues *“independientemente de cual sea la fuente, en cualquiera de estas situaciones puede ocurrir que el derecho de receso sea ejercido abusivamente o sin justa causa”*¹⁸. Esto quiere decir, que aun cuando se prevea que una de las partes está facultada para rescindir unilateralmente, habrá que analizar la forma en que se ejerce el derecho para determinar su legitimidad y eficacia.

III.4. Caracteres del instituto

Reiteramos, un aspecto muy importante a tener en cuenta a los efectos de analizar los caracteres del receso, es si el contrato está sujeto o no a plazo, pues será muy diferente la forma de ejercer este derecho.

Si se trata de un contrato de ejecución periódica o continuada sin un plazo fijado, cualquiera de las partes podrá ejercer el derecho de receso y no tendrá responsabilidad, siempre que no lo haga con abuso. Es esencial a la categoría de contratos que se prolongan en el tiempo que pueda ejercerse válidamente el receso unilateral, en tanto las partes no pueden quedar ligadas a perpetuidad. Como señala la jurisprudencia *“Cabe partir de la premisa de que los contratos de ejecución continuada sin plazo llevan implícita la posibilidad de receso unilateral”*.¹⁹

¹⁸ ORDOQUI, Gustavo, “Daño producido por el abuso en el ejercicio del derecho de rescisión unilateral sin causa del contrato de suministro”, extraído de: <http://www.guantor.com/assets/derecho-de-receso-y-abuso-en-el-contrato-de-suministro-de-abuso-de-derecho.pdf>

¹⁹ TAC 6, Sentencia N 137/2014, 30/07/2014, KLETT FERNÁNDEZ (Red.), MARTÍNEZ ROSSO, HOUNIE SÁNCHEZ, publicada en DJDC, t. III, año III, FCU, Montevideo, 2015, c434, p. 604.

En cambio si efectivamente se previó un plazo el planteo es otro, ya que habrá que analizar en qué términos fue pactado el derecho y en definitiva si dicha cláusula es válida y no contraviene el principio general de que la suerte de los contratos no puede quedar al arbitrio de sus contrayentes (Art. 1253 del CCU).

Sin perjuicio de ello, y con carácter general, siempre que sea legítimo, para hacer valer este poder es suficiente con la actuación unilateral de su titular para producir el efecto buscado, no siendo necesaria la aceptación por la otra parte, ni en caso de resistencia de ésta, la coacción estatal porque los demás interesados en el acto de desistimiento se encuentran en un estado de sujeción. Carece de relevancia la eventual oposición de los interesados en el ejercicio del mismo, siempre que sea válido su ejercicio por parte del recedente.

Puede ser libre, ya que no está previsto en la norma o en el contrato la forma de ejercitarlo. Por ejemplo en un contrato de plazo indeterminado en que no se pacte un preaviso, y que teniendo en cuenta las características de la relación no sea necesario comunicar el receso con antelación. También puede acordarse que esté vinculado a:

i) una condición necesaria, como la presencia de motivos graves o justas causas o un tiempo útil para ejercerlo.

ii) un procedimiento para su ejercicio, como el preaviso, esto es la comunicación anticipada a los interesados de la voluntad de desistir el contrato.

iii) formas especiales de exteriorización o de comunicación como el telegrama.

iv) el pago de una pena, como compensación a quién sufre la extinción del contrato.

CARNELLI por su parte destaca los siguientes caracteres²⁰:

- es un negocio unilateral, en cuanto emana de la voluntad y de la iniciativa de una sola parte, perfeccionándose por el solo hecho de la declaración.

- es un negocio recepticio, en cuanto tal declaración debe ser dirigida a todos los interesados en la misma.

- es un negocio extintivo, ya que la declaración de voluntad tiene como efecto esencial la cesación del vínculo jurídico.

- es un negocio con eficacia ex nunc, dado que la voluntad creadora de la situación jurídica, no produce efectos sino desde el conocimiento por los destinatarios de la misma, sin afectar los actos ya cumplidos o en curso de cumplimiento.

²⁰ CARNELLI, Santiago, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XIV, FCU, Montevideo, 2009, p. 234-235.

- es un negocio interpartes, en cuanto los efectos sólo alcanzan a los destinatarios de la declaración recepticia.

Como viene de verse, la normativa legal o contractual puede limitar el ejercicio del derecho de receso estableciendo formas o modalidades para exteriorizar el poder de receso cuya inobservancia puede aparejar dos consecuencias: que no se produzca el decaimiento de la relación jurídica hasta que no se cumpla la forma prevista; o si bien se extingue la relación obligacional pero el recedente, en cuanto transgresor de una obligación, deberá resarcir los daños y perjuicios.²¹

²¹ CARNELLI, Santiago, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XIV, FCU, Montevideo, 2009, p. 234.

IV. PRINCIPIOS EN PUGNA: LIBERTAD, IGUALDAD, Y BUENA FE

Los principios generales de derecho son la causa y base de nuestro ordenamiento jurídico; constituyen pilares fundamentales de todo el sistema. Los principios son orientadores; a través de su interpretación se puede lograr una labor extensiva, y a su vez cumplen una función integradora frente a la carencia de normas que rigen una determinada cuestión.

En el análisis del desistimiento unilateral de contrato hay tres principios que serán claves a la hora de interpretar la casuística, por lo que estimamos conveniente adentrarnos en su estudio, definir conceptos, y plasmar cómo se interrelacionan, pues ello será de utilidad para los desarrollos posteriores.

Remontándonos a nuestro orígenes, el Código Civil Uruguayo, como muchos otros de occidente, tiene como antecedente el Código Napoleónico y los tres postulados esenciales sobre los que se erigió la Revolución Francesa: libertad, igualdad y fraternidad.

IV.1. Libertad en la contratación. Principio de la autonomía de la voluntad

El principio de libertad es una piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico. La autonomía privada como expresión de libertad del ciudadano supone la facultad de disponer de los propios intereses mediante múltiples manifestaciones de voluntad.

Señala CAUMONT que la “libertad contractual” es especificación jurídica de la Libertad, *“a través de la cual se garantiza a los ciudadanos el ejercicio de su señorío volitivo en la dimensión negocial mientras su libre albedrío para la autorregulación de sus intereses económicos y patrimoniales no sean causa de perjuicio al interés y a los derechos de los terceros”*.²²

Por otro lado, el sujeto que deliberadamente decide obligarse por un contrato genera un instrumento al que debe adecuar luego su conducta, pues el ordenamiento jurídico lo obliga a respetar lo convenido, al tiempo que concede efectos jurídicos al contenido libremente acordado. En ello consiste la fuerza vinculante del contrato.

²² CAUMONT, Arturo, “Un ensayo de reflexión sobre tres pilares del derecho contractual uruguayo provenientes de la revolución francesa y secundados por la constitución de la República”, ADCU, t. XLVII, FCU, Montevideo, 2016, p. 847.

Es decir que por un lado el sujeto es libre de obligarse a determinado contenido pero luego que decide, voluntariamente, quedar ligado a ese contenido, debe respetar lo que fue negociado y pactado en forma irrestricta.

Las partes celebran un contrato esperando un cumplimiento fiel y efectivo de las convenciones pactadas libremente. Dicha regla de cumplimiento acabado y oportuno fue rescatada por el aforismo latino *pacta sunt servanda*, verdadera muralla inviolable de los ordenamientos latinos, que trasunta la idea que los contratantes son “*siervos de la palabra empeñada*”.²³

Al comenzar su estudio sobre la fuerza obligatoria del contrato, BENÍTEZ CAORSI con mucha elocuencia recuerda un pasaje de la obra de SHAKESPEARE “El Mercader de Venecia”: “*Me niego a escuchar nada, exijo el cumplimiento del contrato, no he de prestar oído a tus palabras, mi contrato habrá de cumplirse, contra mi contrato ni una palabra aunque pretendas justicia*”.²⁴

Esta visión clásica partía de la regla moral indiscutible de que el contrato es creado para ser respetado, pues si los sujetos contratan entre sí a través de la autonomía de la voluntad, es con la esperanza de que cumplan sus promesas.

Desde otra óptica, de carácter netamente comercial, la seguridad jurídica y el respeto a la voluntad libremente expresada resulta fundamental en una economía de intercambio, pues favorece la circulación de bienes y servicios. Nadie contrataría si no existiera obligatoriedad de cumplir con lo acordado. Es la intangibilidad contractual la que permite a las partes alcanzar sus objetivos que se materializan en el ejercicio de los derechos y obligaciones que emergen del contrato.

No obstante, bajo el nombre de “vicisitudes del contrato” se recogen aquellas situaciones coetáneas o sobrevenidas que influyen en el desenvolvimiento del contrato o que sellan su suerte futura.²⁵

Se mencionan como ejemplos de vicisitudes extintivas la resolución del contrato por incumplimiento, la nulidad del contrato y también la facultad de receso unilateral del contrato.

²³ FREYTES, Alejandro, “La rescisión unilateral y los contratos de duración”, Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 2, Nro. 2, 2011, p. 142.

²⁴ BENÍTEZ CAORSI, Juan, La revisión del contrato, AMF, Montevideo, 2008, p. 11.

²⁵ MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, t. IV, Buenos Aires, 1979, p. 516.

En el caso particular de receso unilateral de contrato sin plazo, la prioridad del principio de libertad se manifiesta en otro sentido, no como autonomía para obligarse a un determinado contrato, sino para desligarse del mismo. Como sostiene CARNELLI, en el caso de contratos con plazo indeterminado, sacrificando principios que se estiman de menor jerarquía como el de igualdad, el legislador ha dado prioridad al de libertad, acordando a la autonomía privada la facultad de hacer cesar unilateralmente la relación nacida del contrato.²⁶ Señala la jurisprudencia: “*En todo contrato de ejecución continuada, la carencia de plazo habilita el ejercicio del derecho potestativo de formular receso unilateral, como mecanismo de extinguir las obligaciones, necesariamente admisible para el resguardo de la libertad de los sujetos involucrados, que no genera responsabilidad salvo hipótesis de empleo abusivo o de mala fe, lesivo de derechos de la contraparte y generador de perjuicios*”.²⁷

Es trascendente la aclaración del TAC 5. Si bien prima el principio de libertad, el derecho no es irrestricto. En este sentido, el receso en principio no genera responsabilidad, salvo que se ejercite de mala fe o en forma abusiva.

En igual sentido GAMARRA señala como fundamento del derecho de receso *ad nutum* - el que se ejercita sin necesidad de motivo alguno - el principio de libertad y de temporalidad del vínculo obligacional: “*Un arrendamiento de servicios perpetuo afecta la libertad del individuo y es incompatible con el sistema del Derecho Moderno*”.²⁸

Sin perjuicio de lo expuesto y de la relevancia que tiene el principio de libertad en nuestro ordenamiento jurídico, tanto su lado activo-positivo (libertad para contratar y decidir el contenido negocial) como en su lado pasivo o negativo (libertad para desligarse del mismo en el caso particular de contratos de duración de plazo indeterminado), el derecho civil uruguayo también se erige sobre otros principios fundamentales que son el de igualdad y buena fe.

IV.2. Igualdad jurídica de los contratantes. Art. 1253 del CCU

Con relación al principio de igualdad, la estructura dispuesta por la codificación civil uruguaya a cargo de Narvaja recoge esencialmente el diseño topológico basado en el contrato paritario, vale decir, en el acuerdo contractual dentro del cual los contrayentes deben ser

²⁶ CARNELLI, Santiago, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XIV, FCU, Montevideo, 2009, p. 249.

²⁷ TAC 5, Sentencia N 12/2012, 15/02/2012, SIMÓN OLIVERA (Red.), GRADIN ROMERO, FIORENTINO FERREIRO, publicada en DJDC, t. I, año I, FCU, Montevideo, 2013, c. 278, p. 443.

²⁸ GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. IX, FCU, Montevideo, 2010, p. 269.

considerados iguales y sin que ninguno de ellos posea posición jurídica dominante respecto del otro.²⁹

Esto se ve plasmado en forma expresa en el artículo 1253 del CCU que dispone: “*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes*”.

Señala CAUMONT en la obra citada que el principio de igualdad ha tenido una nueva dimensión como valor en los tiempos que corren. En efecto, se ha convertido en un instrumento por el cual se generan remedios para resolver situaciones de asimetría real que actualmente son comunes, en desmedro de la proclamada simetría como estado de igualdad ideal pero que se agota normalmente en el plano formal.

Por esa vía se ha convertido en un factor de corrección para restaurar el equilibrio entre contrayentes insusceptibles de considerarse iguales en razón, precisamente, de las asimetrías reales que los diferencian económica, patrimonial y jurídicamente.

Esto se logra de dos maneras: la primera a través de normas de protección, como es el caso de la ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 17250), y la segunda refiere a un innovador factor hermenéutico por el cual se establece ante determinada circunstancia el favorecimiento del contratante débil o víctimas en el ámbito general de las responsabilidades por los daños, criterios interpretativos que se denominan *favoris debilis* o *favoris victimae*.³⁰

Hay autores en cambio que han postulado un criterio de igualdad procedimental y no material. CARNELLI y SARLO han manifestado que lo relevante es cómo se acuerda y no lo que se acuerda. No visualizan un criterio sustantivo de igualdad, sino uno formal de igualdad de oportunidades, acorde con la concepción liberal en lo político que sustenta nuestro estado de derecho. En base a este razonamiento, el juez no debería inmiscuirse en el contenido contractual.³¹

Esta teoría ha sido empleada por nuestros jueces por ejemplo cuando una parte solicita que se aplique la teoría de la imprevisión y frente a ello se sostiene: “*Se ha indicado que el control judicial de adecuación del contenido contractual está reducido únicamente a*

²⁹CAUMONT, Arturo, “Un ensayo de reflexión sobre tres pilares del derecho contractual uruguayo provenientes de la revolución francesa y secundados por la constitución de la República”, ADCU, t. XLVII, FCU, Montevideo, 2016, p. 849.

³⁰CAUMONT, Arturo, “Un ensayo de reflexión sobre tres pilares del derecho contractual uruguayo provenientes de la revolución francesa y secundados por la constitución de la República”, ADCU, t. XLVII, FCU, Montevideo, 2016, p. 849-851.

³¹CARNELLI, Santiago, SARLO, Oscar, “El principio de igualdad y la Contratación del Código Civil”, ADCU, t. XXXI, FCU, Montevideo, 2000, p. 604-608.

*lo querido por los contratantes y no a ningún principio externo del contrato (Conf. Santiago Carnelli Oscar Sarlo "El principio de igualdad y la Contratación del Código Civil" en ADCU Tomo XXXI, pág.607)".*³²

En las antípodas de esta interpretación se encuentra BLENGIO, quien ha sostenido que el principio de igualdad ha sido violado, si una relación contractual se presenta irracionalmente favorable a una de ellas por ser expresión de un desequilibrio arbitrario y sin una justificación adecuada, dado que la igualdad en juego no es meramente formal o procedimental, sino sustancial y ligada con la justicia conmutativa y distributiva.³³

En esta línea también BENÍTEZ CAORSI señala que la más autorizada doctrina moderna sostiene que cuando existe una perturbación en la paridad de las partes, como consecuencia de un déficit estructural en el poder negocial, se vuelve necesaria una compensación a través de la introducción de un contenido de justicia. Además pregona por una teoría unitaria de la igualdad: *“Conviene abandonar la teoría estratificada de la igualdad, vale decir, la clásica distinción entre igualdad formal y material, para transitar hacia una teoría unitaria. En efecto, a pesar de que la igualdad sea fácilmente diferenciable en atención al rol que está llamada a desempeñar en la valoración concreta de la situación jurídica sometida a juicio, ello no es óbice para su consideración unitaria. Esta unidad descansa en el hecho que siempre actúa como forma de protección de la persona contra la arbitrariedad, sea por sufrir discriminación, sea por ser excluida o estar sometida a una voluntad ajena”*.³⁴

Nos alineamos con la posición de CAUMONT en cuanto la igualdad no debe ser considerada simplemente como igualdad formal, y coincidimos con los dos mecanismos mencionados para intentar corregir desigualdades: ya sea mediante política legislativa de protección de los más débiles, o mediante la interpretación del contrato.

Por otra parte, no compartimos que el juez pueda modificar los términos contractuales, aunque objetivamente existiera desigualdad entre las prestaciones porque son las partes las que las “miran” como equivalentes (Art. 1250 del CCU)³⁵. Esto, siempre que la

³² TAC 1, Sentencia N 208/2008, 10/09/2008, VÁZQUEZ CRUZ (Red.), SALVO LÓPEZ DE ALDA, CASTRO RIVERA, publicada en BJA.

³³ BLENGIO, Juan, “La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir”, ADCU, t. XXVII, FCU, Montevideo, 1996, p. 411 y ss.

³⁴ BENÍTEZ CAORSI, “Meditaciones sobre la igualdad”, ADCU, t. XLVII, FCU, Montevideo, 2016, p. 876.

³⁵ El art. 1250 del CCU establece que “El contrato oneroso se llama conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer a su vez...”

cláusula no revista nulidad, pero en ese caso el juez no estaría modificado el contenido negocial, sino que de oficio o a pedido de parte procedería a declarar la nulidad de una cláusula contractual.

También nos adherimos a la opinión de BENÍTEZ CAORSI en cuanto niega la falsa oposición entre los principios de libertad e igualdad. Dicho autor considera errónea la irremisible incompatibilidad entre libertad e igualdad, señalando que existe convergencia, una complementariedad, puesto que la libertad, como opuesto a la igualdad, equivale exclusivamente a la libertad de los agraciados económicamente, por lo que no deja de ser una libertad a medias. De modo que cuando se habla de igualdad material, se entiende por ella una misma libertad para todos, no idéntica, ni para los mismos objetivos, pero sí con las mismas posibilidades.³⁶

En este sentido también DE CORES, en su obra sobre la teoría general del contrato expresa que el proceso de constitucionalización del Derecho Privado tiene por consecuencia poner en práctica, en concurso con el principio de libertad que inspira la contratación privada, el principio de igualdad, también contenido en las constituciones. Podría llegar a sostenerse que el ingreso del principio de igualdad en la contratación implicaría la negación de la esencia misma de la relación contractual y la libertad económica. No obstante, la propuesta no va en el sentido de un desplazamiento de un principio por el otro, sino en el de enunciar que estamos en presencia de dos principios de idéntico rango, y que es necesario armonizar sus esferas de actuación.³⁷

Sin perjuicio de lo expuesto, la teoría, en general, suele ser más sencilla de abordar que la práctica. En efecto, estamos de acuerdo en armonizar los principios pero sucede que la práctica nos enfrenta con cuestiones donde hay que tomar partido y “jugarse” por alguno de estos principios. ¿Qué sucede con un contrato donde se fija un plazo, pero asimismo se acuerda que una de las partes lo puede rescindir en cualquier circunstancia sin expresión de causa? Repasando los conceptos estudiados, en principio sería válido por el principio de libertad contractual. En efecto, las partes pueden por la autonomía de la voluntad decidir el contenido negocial. No obstante, es innegable la violación al principio de igualdad dispuesto

³⁶ BENÍTEZ CAORSI, “Meditaciones sobre la igualdad”, ADCU, t. XLVII, FCU, Montevideo, 2016, p. 877.

³⁷ DE CORES, Carlos, Pasado, presente y futuro de la teoría general del contrato, UCU, Montevideo, 2015, p. 493, 577 y ss.

en el Artículo 1253, pues a nuestro entender la suerte del contrato se deja al arbitrio de uno de los contrayentes.

Para utilizar el método de la ponderación DE CORES, siguiendo las enseñanzas de ALEXY, DÍEZ PICAZO y ZAGREBELSKY propone orientaciones muy útiles: buscar la armonización de los derechos en conflicto, salvaguardar el contenido esencial de cada uno de los derechos evitando su desnaturalización, profundizar el caso, evitar visiones parciales, dar prioridad a los Derechos Humanos, tener en cuenta que las respuestas no son absolutas, y en caso de que haya que sacrificar uno de los derechos en conflicto, preguntarse si existe otra alternativa. Si no la hay, debe procederse estrictamente a la ponderación en un procedimiento con tres pasos: definir el grado de satisfacción de un interés, definir la importancia de satisfacción de los intereses en sentido contrario, y ponderar los derechos en sentido estricto.³⁸

En esta línea de pensamiento CASTRO RIVERA sostiene que no basta con un único modelo de razonamiento - el silogismo deductivo - sino que el jurista debe aventurarse a otros modos de razonar que, sin excluir el silogismo, incluya también el razonamiento teleológico y el de ponderación porque ante un conflicto que involucra principios es preciso decidir con la mayor racionalidad posible, cuál es la norma que ha de prevalecer en un caso concreto.³⁹

IV.3. Tesis de CAFFERA: Concepto de libertad material

CAFFERA por su parte introduce una nueva concepción sobre la libertad. El autor refiere a la libertad como un valor de fondo; no una pseudo-libertad cercada por la ausencia de medios para su ejercicio, sino de una libertad material: *“Hay aquí un problema lógico: Igualdad y Libertad son dos postulados que conmueven. Sin embargo, para ser justos, uno sólo de ellos absorbe a ambos: la Libertad entendido en sentido material”*.⁴⁰

Para el autor la igualdad tal como ha sido usada es una idea vacua, es el espejismo de un remedio, promete mucho sin dar nada. Una pregunta por la igualdad es siempre una

³⁸ DE CORES, Carlos, Pasado, presente y futuro de la teoría general del contrato, UCU, Montevideo, 2015, p. 575 y 576.

³⁹ CASTRO RIVERA, Alicia, “A propósito de argumentación, constitucionalismo y postpositivismo. Una discusión impostergable”, en ADCU, tomo XXXIX, FCU, Montevideo, 2008, p. 845.

⁴⁰ CAFFERA, Gerardo, Una teoría del contrato, FCU, Montevideo, 2009, p. 175-176.

pregunta incompleta pues lo que de verdad se requiere es explicitar igualdad de qué. “*Por eso debemos atacarla: para construirla*”.⁴¹

La idea de libertad material, conjuga las aspiraciones libertarias y de justicia social que el contrato encuentra, en primer lugar rodeándolo pero, al mismo tiempo, en su camino. A su juicio la libertad es básicamente una forma de ser de una sociedad o en una sociedad más que una forma de ser del individuo. Siguiendo a RAWLS sostiene que el principio de libertad se formula como “*el derecho de cada persona de tener un derecho igual al más extenso esquema posible de libertades básicas iguales compatible con un esquema similar de libertades para otros*”. También sigue la línea de pensamiento de SARTORI quien expresa que las libertades también son manifestaciones de la igualdad pues la libertad significa cuando existe efectivamente libertad igual, la misma libertad para todos y cada uno.⁴²

Luego de analizar el pensamiento de BLENGIO sobre el principio de igualdad, expresa que tomando dicho trabajo por sus corolarios puede perfectamente releerse como una aplicación concreta del principio de libertad, pues los casos que BLENGIO soluciona por la vía del principio de igualdad son todos casos en que existe desigual poder negocial. Si un sujeto tiene el poder de actuar de forma tal de anular toda posibilidad de discusión o de autodefensa del otro en la configuración de una cláusula contractual, entonces está gozando de una libertad que - contra la definición del principio de libertad material postulada - no es compatible con la de la otra parte.⁴³

Concluye que la idea de libertad material debe aparecer necesariamente asociada en el programa político-jurídico del derecho contractual latinoamericano.

IV.4. Art. 1291 del CCU: Principio de fuerza vinculante del contrato. Pacta sunt servanda. La buena fe como principio cardinal

Finalmente, el tercer postulado de la Revolución Francesa, la Fraternidad, ha sido objeto de especial recepción en el ordenamiento jurídico uruguayo, a través del principio general de buena fe. En el ámbito privado ha tenido particular relevancia; incluso se habla de la buena fe contractual.

⁴¹ CAFFERA, Gerardo, “Principio de igualdad y contrato en el derecho civil uruguayo”, El principio de igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica, FCU, Montevideo, 2012, p. 45.

⁴² CAFFERA, Gerardo, Una teoría del contrato, FCU, Montevideo, 2009, p. 196.

⁴³ CAFFERA, Gerardo, Una teoría del contrato, FCU, Montevideo, 2009, p. 198.

En nuestro derecho está consagrado en el artículo 72 de la Constitución, y específicamente en lo que refiere a la contratación civil, encontramos expresión de este principio en el inciso segundo del artículo 1291 del CCU sobre los contratos: “*Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley*”.

Frente a esta norma, es innegable la función integradora del principio de buena fe en el contrato, ya que se nombra este principio en primer término antes que a la equidad, al uso o la ley.

Según GAMARRA la buena fe no sólo valora los comportamientos (es regla de conducta), sino que también enriquece el contrato con nuevas y ulteriores obligaciones que no fueron previstas por los contratantes ni impuestas por la ley.⁴⁴ Pero la integración judicial con el principio de buena fe es supletoria de lo establecido en el contrato, ya que autoriza a incluir nuevas obligaciones no estipuladas por las partes. El magistrado no tiene poder para enmendar lo pactado. No hay que confundir los conceptos, ya que GAMARRA refiere a una integración supletoria y no correctiva.

Actualmente se ha abandonado el concepto clásico de contrato, basado en una teoría liberal y formal donde solo predomina la autonomía de la libertad, con una visión absolutamente individualista. El derecho moderno, a partir de la codificación tiende a eliminar los contratos de derecho estricto, y cada vez se le da una visión si se quiere más “social” al contrato. Por supuesto, esto tiene gran influencia para el intérprete. La buena fe asciende a la categoría de pauta irrecusable en el trabajo hermenéutico de los contratos, en la medida que le cabe servir de guía al intérprete en la búsqueda de la voluntad de las partes.⁴⁵

La buena fe ha sido definida como una “*regla de conducta*”, que se expresa mediante obligaciones de colaboración, deber de información, entre otros, para que el contrato pueda ejecutarse y cumplir su función económica.

Trasladando estos conceptos al ámbito del recesso unilateral, el principio de buena fe tendrá especial relevancia, ya que servirá como parámetro para determinar si se verificó abuso al rescindir el contrato. Dentro de las hipótesis planteadas en el presente trabajo, nos

⁴⁴ GAMARRA, Jorge, Buena fe contractual, FCU, Montevideo, 2011, p. 8.

⁴⁵ DE CORES, Carlos, Pasado, presente y futuro de la teoría general del contrato, UCU, Montevideo, 2015, p. 486.

propusimos demostrar que aun en los casos de receso *ad nutum*, el derecho potestativo no es irrestricto. En definitiva, y anticipándonos a lo que luego se expondrá más pormenorizadamente, cabe destacar que los casos de receso unilateral estarán sometidos al control de la buena fe.

V. INTERPRETACIÓN

V.1. Reglas interpretativas del contrato

La labor interpretativa del Juez resulta indispensable para la resolución de cualquier contienda. Toma mayor relevancia en cuestiones opinables donde no hay unanimidad de la doctrina. El receso unilateral constituye campo fértil para el análisis de casos, considerando las posiciones dispares en nuestro medio.

El caso Croci/IMM será abordada en detalle *infra* por el minucioso análisis llevado a cabo por el TAC 6 sobre la posibilidad de rescindir un contrato luego de que venció el plazo original y antes de que opere una nueva prórroga del contrato.

Sin perjuicio de ello, vale la pena transcribir algunas consideraciones que resultan de utilidad a la hora de adoptar una visión crítica acerca de la tarea hermenéutica de los Magistrados: *“Como lo ha demostrado la más moderna Teoría del Derecho, ni las normas son entidades con vida propia anteriores a la interpretación, ni los textos normativos tienen un significado propio, independiente de la actividad interpretativa de los usuarios de dichos materiales normativos. Por lo tanto, el significado del texto no puede dissociarse de la recepción y activa participación del receptor.*

*Como enseñaba Viera, en memorables palabras: “las normas no son objetos cerrados, estáticos, puestos de una vez de modo definitivo. Dictada la norma viene luego la labor de decantación de la doctrina y jurisprudencia para adaptarla a la realidad que ella pretende regular, a tal punto que se puede decir que toda norma es lo que resulta del texto legal tal como ha sido hasta ese momento interpretado por la doctrina y la jurisprudencia. (el resaltado pertenece al texto; Viera, L. A., Desajuste entre norma y realidad, Cuadernos de Derecho Jurisprudencial, N° 5, p. 10; véase, también, Bardazano, G., “Literalidad y decisión”, Carlos Alvarez–CSIC, Universidad de la República, Montevideo, 2009, ps. 62 y ss.; Haba, E.P., ob. cit., ps. 82-87)”.*⁴⁶

Seguidamente el Tribunal expresa que esa discrecionalidad a la hora de juzgar no convierte al juez en un ser que pueda actuar arbitrariamente. Por el contrario, como señala VAN ROMPAEY, el magistrado tiene el deber de acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su fuente de legitimidad. (Cf. Van Rompaey, Leslie, “Justicia y sociedad”, La

⁴⁶ TAC 6, Sentencia N 33/2010, 10/03/2010, KLETT FERNÁNDEZ (Red.), HOUNIE SÁNCHEZ, MARTÍNEZ ROSSO, publicada en ADCU, t. XLI, Montevideo, 2010, c. 69, p. 169-170.

Ley, Año 1, N° 1, Octubre 2008, ps. 2 y 3; Libro de Homenaje al Centenario de la Suprema Corte de Justicia, 1907-2007, Presentación, p. 6). Además la Suprema Corte de Justicia tiene una larga y pacífica jurisprudencia de que las reglas de interpretación de los contratos prevista en el Código Civil son verdaderas reglas jurídicas que constriñen al juez y no meros consejos.⁴⁷

Interpretar es buscar el sentido de una cosa, significa comprender, o sea buscar el significado espiritual exteriorizado.⁴⁸ Siendo el contrato un negocio jurídico, su interpretación tendrá como objeto determinar una manifestación de voluntad. Al respecto, la Suprema Corte ha expresado: *“La interpretación tiene por finalidad constatar el significado de la voluntad de los contratantes, saber lo que aquéllos quisieron, y al comprobar lo que las partes acordaron, se sabrá cuáles son los efectos jurídicos (tal la regulación que rige los actuales negocios). En tal sentido, la interpretación del contrato es una actividad ajustada por una serie de preceptos que fijan los criterios que deben presidir dicha labor, y de estos métodos o criterios lógico-jurídicos el Magistrado no puede apartarse”*.⁴⁹

Señala GAMARRA que toda cláusula contractual debe interpretarse dentro del proceso de negociación, procurando establecer la voluntad de las partes resultante de los elementos textuales y extratextuales aprobados; la interpretación de los contratos no puede limitarse a su tenor literal porque su objeto es la manifestación de voluntad de las mismas. Por lo general surge la intención del sentido literal pero no siempre es así y entonces la declaración de voluntad se reconstruye con prescindencia (o corrigiendo) los elementos textuales.⁵⁰

MARIÑO LÓPEZ tiene una posición diferente. A su entender la interpretación es la asignación de significado al texto contractual y no la voluntad de los contratantes. En base al Artículo 1298 del CCU (*“habiendo ambigüedad en las palabras debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de sus términos”*), considera que primero debe asignarse significado al texto contractual aplicando un método objetivo y literal. Si el resultado de dicha interpretación arroja un resultado ambiguo, entonces se pasa a una segunda

⁴⁷ CAFFERA, Gerardo, Obligaciones, FCU, Montevideo, 2018, p. 429.

⁴⁸ TAC 2, Sentencia N 156/2016, FRANCA NEBOT (Red.), SOSA AGUIRRE, PÉREZ BRIGNANI, publicada en ADCU, t. XLVII, Montevideo, 2016, c. 345, p. 346.

⁴⁹ SCJ - Sentencia N 251/2015, 7/10/2015, HOUNIE SÁNCHEZ (Red.), SOSA AGUIRRE, CHEDIAK GONZÁLEZ, LARRIEUX RODRÍGUEZ, PÉREZ MANRIQUE, publicada en DJDC, t. IV, año IV, FCU, Montevideo, 2016, p. 559.

⁵⁰ GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XVIII, FCU, Montevideo, 2006, p. 242-243.

etapa, lo cual consiste en atribuir significado a las expresiones contractuales indagando la intención común de las partes.⁵¹

Por nuestra parte entendemos, en primer lugar, que el juez debe seguir las pautas interpretativas dispuestas por el legislador y que se encuentran previstas de los artículos 1297 al 1307 del CCU. Estas pautas objetivas constituyen una garantía para los justiciables, que evitan posibles arbitrariedades de los magistrados al momento de dictar una resolución. De esta manera, ni las partes ni el juez tienen vía libre para elegir el método para interpretar lo expresado en el contrato. No obstante, nos permitimos discrepar con interpretaciones rígidas sobre el artículo 1298 como la que propone MARIÑO LÓPEZ. Si bien el Código menciona que se debe buscar más la intención común de las partes que el sentido literal cuando hay ambigüedad, ello no implica que cuando la letra es clara no haya que interpretar igual el texto y el contexto. En todo caso, se presume que el texto en principio refleja la voluntad contractual, pero en caso de que una de las partes ponga en duda o cuestione el sentido literal, habrá que analizar todos los elementos textuales y extratextuales. Además como señala GAMARRA el objeto del contrato es la manifestación de voluntad de las partes, por lo cual se debe procurar desentrañar la misma, pese a la claridad del texto.

En este sentido nos adherimos a la posición mayoritaria que ha sido recepcionada por nuestros jueces en cuanto rechaza el adagio *in claris non fit interpretatio*. Así la Suprema Corte de Justicia ha expresado: “*Es notorio que en la moderna teoría del derecho no se sostiene el adagio "in claris non fit interpretatio", el cual cede ante la intelección contextual, armónica, razonable, y principialista del enunciado normativo que contempla con justicia el equilibrio de las partes y la función económica del negocio. Al respecto, esta Corte ha afirmado reiteradamente: "...la no vigencia del aforismo in claris non fit interpretatio", pues todas las normas jurídicas, incluyendo las contractuales, son objeto de interpretación. (...) La interpretación judicial del contrato es una actividad ajustada por una serie de preceptos que fijan los criterios que deben presidir dicha labor, y de estos métodos o criterios lógico-jurídicos el Magistrado no puede apartarse. El Juez, frente al conflicto, presume que la voluntad contractual es la que se refleja en el texto, pero el cuestionamiento mismo de una de las partes que dio vida al negocio le obliga a recabar todos los elementos que confirmarán o no aquella voluntad reflejada en el texto y que indubitablemente le permitirán*

⁵¹ MARIÑO LÓPEZ, “La interpretación judicial del contrato en el estudio uruguayo. Estudio del sistema de reglas hermenéuticas del Código Civil”, ADCU, t. XXVIII, FCU, Montevideo, 1997, p. 605-609.

la interpretación y calificación consecuente de los actos jurídicos realizados por los intervinientes".⁵²

V.2. Sigue: Método objetivo vs. método subjetivo. Teoría de CAFFERA

Como viene de verse en el apartado anterior, los Arts. 1297 y 1298 contraponen el “uso general” de las palabras con la “intención común” de las partes. El primero es el llamado sentido literal del contrato. En otras palabras, las reglas del lenguaje natural. En cambio la intención común de las partes equivaldrá a un sistema de significación particular o peculiar a esas partes. El Art. 1297 representa el método objetivo y el Art. 1298 el método subjetivo. CAFFERA efectúa una crítica a ambas posturas en sus extremos. Por un lado rechaza la doctrina tradicional de PEIRANO FACIO que postulaba la máxima *in claris non fit interpretatio*. Pero también señala que la doctrina actual, al criticar la tradicional sacó una conclusión que en su opinión es excesiva, pues no se presta atención a la secuencia jerarquizada de métodos interpretativos que los Artículos 1297 y 1298 indican: objetivo (uso general) primero y subjetivo (intención común) segundo. Señala que el error de esta doctrina más moderna es emplear todos los métodos simultáneamente y con el único fin de buscar la común intención de las partes.⁵³

A nuestro parecer CAFFERA termina teniendo una posición más similar a la objetiva porque señala que se debe respetar la jerarquía de los métodos interpretativos. Por nuestra parte y como adelantamos anteriormente, el juez tendrá como punto de partida el texto y el uso general de las palabras, pero deberá analizar todos los elementos que rodean el contrato, pues de la interpretación global y armónica del contrato, se desprenderá la común intención de las partes.

V.3. Análisis de un caso concreto de suministro

En lo que refiere específicamente a la interpretación en la temática que nos ocupa, OLVEIRA y DOVAT⁵⁴ analizan las sentencias N 138/2015 dictada por el TAC 2 y N 210/2016 dictada por la SCJ, las cuales resolvieron un caso en el que se discutió si

⁵² SCJ, Sentencia N 127/2009, 20/05/2009, GUTIÉRREZ PROTO (Red.), LARRIEUX RODRÍGUEZ, VAN ROMPAEY SERVILLO, RODRÍGUEZ CAORSI, RUIBAL PINO, publicada en BJN.

⁵³ CAFFERA, Gerardo, “Obligaciones”, FCU, Montevideo, 2018, p. 432 y ss.

⁵⁴ OLVEIRA, FLAVIA y DOVAT, MIGUEL “Interpretación del contrato. Ejercicio del derecho de receso unilateral. Interpretación del supuesto fáctico que lo habilita. Comentario a las sentencias Números 138/2015 del TAC 2 turno y 210/2016 de la SCJ”, DJDC, t. V, año V, FCU, Montevideo, 2017, p. 233-236.

correspondía o no extender una hipótesis fáctica pactada por las partes a efectos de habilitar a una de ellas la posibilidad de rescindir el contrato.

Se trataba de un contrato de concesión privada de servicios gastronómicos, mediante el cual el concedente le confirió a la concesionaria la explotación de servicios de banquetes a realizarse en su Hotel. El concedente rescindió unilateralmente el contrato alegando que un cliente habría contraído salmonella, y que suspendía la vigencia del contrato hasta que se definiera el alcance, la responsabilidad y los perjuicios de la concesionaria. La suspensión generó diversos daños que fueron reclamados. En primera instancia se condenó al concedente a abonar la indemnización prevista en la cláusula cuarta, que disponía los daños y perjuicios en caso de receso por venta del hotel, entendiendo que las partes ya habían fijado los daños en forma anticipada y de común acuerdo. El TAC revocó el fallo en cuanto entendió que *“la extensión que realiza el a quo de dicha cláusula a los efectos del presente debate es inaceptable y vulnera la autonomía de la voluntad, así como la ley misma que supone todo contrato para las partes, al realizar una mutación contractual que las contratantes jamás previeron y por ende, jamás quisieron”*. El tribunal indica que basta con interpretar el artículo 1297 para arribar a dicha conclusión. La Corte en igual sentido entendió que correspondía condenar a la demandada en el lucro cesante resultante de la liquidación judicial y no el relativo a la liquidación convencional pactada en la cláusula cuarta del contrato: *“Se trata de una manifestación de voluntad clara y que se desprende de los propios términos empleados. Para que procediera el pago de la liquidación convencional, debían verificarse dos supuestos: a) que la causa de la rescisión fuera la venta del hotel; b) que se diera un preaviso a FF de 90 días”*.

Los autores citados en comentario a la sentencia expresan: *“La Suprema Corte de justicia analiza no sólo la disposición contractual en cuanto a su redacción literal sino, y con valor agregado relevante, se arriba a la real voluntad de las partes al recurrir a la operación económica contextual contenida detrás del supuesto fáctico habilitante del receso unilateral y comprensivo de la liquidación convencional.”* La Corte tuvo en cuenta no sólo el sentido literal sino también el contexto porque señala que la venta de un hotel de esas características implicaría un largo tiempo de tratativas que daría tiempo a la concesaria a reorganizar su empresa de cara al futuro, y por eso se pactó esa indemnización para ese caso concreto que no era extensible a otros supuestos. Al igual que OLVEIRA y DOVAT

estimamos que son correctas las sentencias comentadas que reafirman el principio de reparación integral del daño.⁵⁵

V.4. Neoconstitucionalismo y Positivismo rígido. Hacia un “camino del medio”

Vinculado a la interpretación del derecho y a la solución de casos, no podemos dejar de mencionar las dos grandes posturas filosóficas que están “en pugna” actualmente que son el neoconstitucionalismo y el positivismo rígido o formal.

Nos interesa detenernos en este punto por dos motivos. El primero, netamente anecdótico. Fue el tema que se tenía pensado tratar como tesis, antes de decidimos por el receso unilateral de contrato. El segundo y por supuesto más trascendente, es que nos parece que es hora de que esta cuestión esté presente en todo análisis de casos complejos.

Frente a dos posturas contrapuestas, en algunas ocasiones tomamos partido por la que más nos convence, pero en otras podemos elegir el “camino del medio”, tomando prestado este término que refiere a la práctica budista del no extremismo.

Repasemos brevemente el contenido de cada postura, y luego ofreceremos nuestra visión al respecto. Por un lado el neoconstitucionalismo adopta una jurisprudencia por principios en oportunidad de aplicar el derecho.⁵⁶ CAFFERA sostiene que los neoconstitucionalistas postulan un rol más activo y creativo del juez a quién desean otorgar argumentos flexibles (principios) para que haga justicia en cada caso concreto. El positivista en cambio, tiene un apego estricto a la ley fundándose en el respeto al legislador democrático y la predictibilidad del derecho.⁵⁷

En resumida síntesis, la dicotomía se presenta entre: la desaplicación de la ley injusta y aplicación directa de la Constitución y sus principios vs. un positivismo rígido que implica un apego estricto de los jueces a la ley (“juez boca de la ley”).

Enseña GAMARRA que el formalismo interpretativo recurre a sus argumentos habituales, el principio de legalidad y certeza: toda decisión judicial debe estar fundada en

⁵⁵ OLVEIRA, FLAVIA y DOVAT, MIGUEL “Interpretación del contrato. Ejercicio del derecho de receso unilateral. Interpretación del supuesto fáctico que lo habilita. Comentario a las sentencias Números 138/2015 del TAC 2 turno y 210/2016 de la SCJ”, DJDC, t. V, año V, FCU, Montevideo, 2017, p. 236.

⁵⁶ GAMARRA, Jorge, Neoconstitucionalismo, Código y ley especial, FCU, Montevideo, 2012.

⁵⁷ CAFFERA, Gerardo, Obligaciones, FCU, Montevideo, 2018, p. 183-184.

una norma jurídica preexistente, que asegure la certeza del derecho.⁵⁸ Los formalistas también se caracterizan por descartar toda indagatoria en los elementos extratextuales.

Como suele decirse - y si se nos permite la expresión -“los extremos nunca son buenos”. Es indudable la loable tarea de algunos juristas de darle un sentido de justicia a las relaciones contractuales, y asimismo el rechazo que produce el apego rígido al texto de la ley, en virtud del cual se rechaza la interpretación del caso concreto. No obstante, a nuestro entender se debe adoptar una solución intermedia, un “camino del medio”.

Recepcionamos con entusiasmo una interpretación desde la Constitución, donde se interpreten las leyes de acuerdo a los principios constitucionales y se revalorice la función judicial. No obstante, entendemos que este tipo de interpretación con una mirada más cercana a los principios, en ningún caso puede servir de excusa para modificar o desaplicar la ley.⁵⁹ Afectar la legalidad sería atacar principios tan fundamentales como el de seguridad jurídica. Cuando hay norma legal es preciso darle un sentido acorde a los principios generales y los valores constitucionales, pero nunca desaplicarla directamente. Así como cuando no existe una norma, poder aplicar directamente la Constitución, pero no por eso desmerecer la ley. En este sentido, nos inclinamos a una posición similar a la de GAMARRA, quien recientemente expresó que si existe vacío legal puede aplicarse la Constitución directamente, pero si no lo hay entonces será la norma legal la aplicable, y no la Constitución indirectamente.⁶⁰

Por su parte CASTRO RIVERA, siguiendo las enseñanzas de FERRAJOLI sostiene: *“la visión constitucionalista del Derecho no exige necesariamente abandonar el positivismo.”*⁶¹ La distinguida magistrada refiere a la necesidad de una teoría de la argumentación y alguna versión de constitucionalismo moderado, sin proclamar la derrota final del positivismo.

Corresponde referir a algunos casos prácticos para comprender cabalmente la cuestión. Nos remitimos al análisis que realiza GAMARRA SANTA CRUZ⁶² sobre el caso “Banco Galicia” y por un lado coincidimos con el autor cuando señala que los principios

⁵⁸ GAMARRA, Jorge, “El pensamiento formalista en la jurisprudencia uruguaya”, en DJDC, t. III, año III, FCU, Montevideo, 2015, p. 134.

⁵⁹ BERDAGUER, Jaime, “Constitución y Derecho civil”, en ADCU, t. XXXIX, FCU, Montevideo, 2008, p. 618.

⁶⁰ GAMARRA, Jorge, “Constitución y ley”, en DJDC, t. VI, año VI, FCU, Montevideo, 2018, p. 121.

⁶¹ CASTRO RIVERA, Alicia, “A propósito de argumentación, constitucionalismo y postpositivismo. Una discusión impostergable”, en ADCU, t. XXXIX, FCU, Montevideo, 2008, p. 843.

⁶² GAMARRA SANTA CRUZ, Raúl, “Derecho a la vida vs. principio de igualdad”, en ADCU, t. XL, FCU, Montevideo, 2009, p. 1029-1041.

constitucionales tiñen todo el ordenamiento jurídico. No obstante, nos permitimos discrepar con su posición en el trabajo citado, por cuanto defiende la resolución del caso “Banco Galicia”, en el cual se desaplica el artículo 55 de la ley concursal - que consagra la “*par conditium creditore*” - para aplicar directamente el principio de protección del derecho a la vida consagrado en el artículo 7 de la Carta Magna. Por parte del juez de primera instancia así como del Tribunal que revisó el fallo del *a quo*, hubo una desaplicación de la ley. Esto se hizo por vía oblicua ya que se argumentó que el artículo 55 no regulaba la cuestión y por eso se aplicaba el principio constitucional. Pero en los hechos a nuestro parecer se dejó de lado un precepto legal para hacer justicia en el caso concreto, solución que no compartimos. En este sentido nos adherimos al minucioso análisis de GAMARRA sobre el caso, que fue posterior al de GAMARRA SANTA CRUZ, en el cual expone las posiciones en pugna y critica el fallo, precisamente, por desaplicar la ley.⁶³

Sin perjuicio de lo expuesto, no descartamos ciertos criterios de flexibilidad. Por el contrario, somos partícipes de admitir una interpretación despojada de rigidez, como aconteció en el caso “Macedo”⁶⁴. En el caso referido el juez Macedo autoriza la donación de una menor (en ese momento de 19 años) que poseía una sólida fortuna y pretendía donar una mínima porción de un inmueble a una escuela pública. En dicha oportunidad se interpretó la ley (artículo 271 del CCU) de acuerdo a la Constitución y los principios generales del derecho que impregnan nuestro ordenamiento jurídico. El juez Macedo consideró que el requisito previsto en el artículo 271 que requiere “causas de necesidad o utilidad evidentes” puede entenderse como elemento de satisfacción moral y espiritual porque la ley no distingue.

Si pudiéramos ejemplificar el camino del medio a través de un caso sería justamente este, donde la decisión se toma teniendo en cuenta la norma pero se interpreta a la luz de los principios, para lograr una genuina justicia en el caso concreto. El camino del medio para nosotros es el juez Macedo; no se aparta de la ley pero no se olvida de los principios. Una interpretación rígida (formalista) hubiese llegado a la conclusión de que no había una verdadera causa de necesidad o utilidad evidente en donar una fracción de campo. Sin embargo, teniendo presente las particularidades del caso concreto, esto es, que la menor

⁶³ GAMARRA, Jorge, “Triunfo del neoconstitucionalismo en la jurisprudencia”, en DJDC, t. V, año V, FCU, Montevideo, 2017, p. 79-91.

⁶⁴ GAMARRA, Jorge, “Argumentación e interpretación judicial estudiadas desde una sentencia de Macedo”, en DJDC, t. IV, año IV, FCU, Montevideo, 2016, p. 105-116.

gozaba de una fortuna y que lo que donaba era ínfimo en relación a su patrimonio, se optó por dejar de lado el formalismo y fallar con un sentido de justicia y razonabilidad.

En definitiva, aplaudimos las nuevas corrientes que proponen una interpretación desde la Constitución, pero ciertamente nos oponemos a la desaplicación de la ley, sin antes promover el correspondiente proceso de declaración de inconstitucionalidad de la misma.

VI. DESISTIMIENTO UNILATERAL EN LOS CONTRATOS SUJETOS A PLAZO

Habiendo introducido algunas herramientas teóricas, corresponde ingresar de lleno en el tema que nos convoca que es el receso - o también conocido como desistimiento - unilateral de contrato.

Podría decirse que, en general, los sujetos no desean obligarse indefinidamente unos con otros. Por este motivo fijan una duración determinada en el contrato, sabiendo que cuando esta se cumpla, pueden renegociar su acuerdo si existiera voluntad de continuar su relación o, de lo contrario, cesar el vínculo.

Fijar un plazo mínimo confiere seguridad, pues otorga certeza de que durante la vigencia del acuerdo, las condiciones pactadas no cambiarán. Esta razón adquiere mayor relevancia cuando una de las partes tiene que hacer una inversión importante para poder prestar un servicio o proveer un producto a la contraparte. En ese caso, la única manera que dicha inversión sea rentable (y pueda recuperarse) es asegurarse la provisión de dicho servicio o producto por un plazo determinado.⁶⁵

El presente capítulo - y sus correspondientes literales - se dedica estrictamente al estudio de los contratos de ejecución continuada sujetos a plazo. En cada apartado se abordarán los aspectos que nos resultan de mayor interés, intercalando las opiniones doctrinarias con la resolución de casos por parte de la jurisprudencia nacional.

VI.1. Previsión legal

Como fuera expresado en capítulos anteriores, es generalmente aceptado que el derecho de desistimiento unilateral de contrato puede tener diversas fuentes. Puede ser atribuido por la ley, el contrato o puede derivar de un principio general del ordenamiento jurídico.

En el CCU encontramos algunas hipótesis en que el derecho de receso está previsto en la propia regulación legal del contrato. En estos casos, aun cuando existe un plazo pactado, la ley concede a una de las partes la potestad de rescindir unilateralmente el contrato previo a la expiración del plazo. A modo de ejemplo, sucede en el contrato de mandato, comodato y

⁶⁵ RAMOS OLANO, Sebastián, “El Derecho de receso y la redacción del contrato”, en Revista de Derecho, UM, N 27, 2015, p. 118.

depósito que analizaremos a continuación, y asimismo en la novedosa normativa sobre relaciones de consumo.

En lo que refiere al mandato, es un contrato basado en la confianza que tiene el mandante respecto a quién elige como su mandatario. En esta clase de vínculos, está justificado que el mandante tenga la aptitud de rescindir el contrato cuando pierde esa confianza.

Es así que el Artículo 2087 del CCU prevé que: *“El mandante puede revocar el mandato cuando le parezca y obligar al mandatario, si fuere necesario, a que le devuelva el instrumento que encierra la prueba del mandato”*. Aun cuando se tratara de un mandato especial y se pactara contractualmente una cláusula de irrevocabilidad, entendemos que el mandante no pierde el derecho potestativo de rescindir el contrato. En este punto cabe recordar las apreciaciones del ilustre catedrático SÁNCHEZ FONTANS: *“El pacto de irrevocabilidad genera un simple vínculo personal, una obligación negativa de no revocar que puede ser violada, no entraña una renuncia a la facultad de revocar es decir una imposibilidad objetiva de revocación del poder. Con respecto a terceros, es decir a la legitimación de extender la renuncia a la revocabilidad es inoperante. Este concepto puede concretarse así: la revocabilidad solo pertenece a la naturaleza del mandato, como relación obligacional, que puede convertirse en irrevocable, si así se estipula, pero el poder de representación es esencialmente revocable”*.⁶⁶

En todo caso, el mandante responderá por los daños y perjuicios causados por incumplir una obligación de no hacer. Cabe aclarar que a nuestro entender sólo habría responsabilidad del mandante si revoca sin expresión de motivos o en forma arbitraria el mandato luego de pactar dicha cláusula de irrevocabilidad. Pues, si hubo justas causas para rescindir el mandato, no habrá responsabilidad para el mandante porque se aplican los principios generales sobre contratos de duración que serán analizados más adelante.

En sede de comodato, el artículo 2234 del CCU expresa que *“si antes de llegado el plazo o de concluirse el uso para el que se prestó la cosa sobreviene al comodante alguna imprevista necesidad de la misma cosa, podrá exigir del comodatario su restitución”*. Comentando esta norma del Código BERDAGUER propone un caso muy ilustrativo para ejemplificar una “imprevista necesidad”: si un sujeto tiene dos casas y da una de ellas en

⁶⁶ SÁNCHEZ FONTANS, José, “El mandato irrevocable”, Revista de la Facultad de Derecho, Jornadas de Derecho Comparado, 1955 p. 386 y ss.

comodato, pero en determinado momento la casa en donde vive es destruida, le surge lógicamente una imperiosa necesidad de vivir en la otra. En la hipótesis analizada la potestad de cesar el vínculo contractual por la sola voluntad del comodante se finca en la gratuidad del vínculo, unido a que se trata de un contrato de duración.⁶⁷

En el contrato de depósito, el artículo 2249 del CCU concede al depositario la facultad de rescindir el contrato por su sola voluntad cuando la cosa depositada le acarrea peligro. Por otra parte, en el artículo 2269 del CCU se prevé una situación más genérica que actúa como justa causa para rescindir. En efecto, en forma más “residual” si se quiere, se dispone que el depositario que tiene *“justos motivos para descargarse de la guarda de la cosa, podrá, aun antes del término designado en el contrato, restituirla al depositante; y si éste lo resiste, podrá obtener del Juez su consignación”*. Se nos ocurre que habría justos motivos cuando por razones ajenas al depositario, el cuidado de la cosa no es posible o implica mayores riesgos. Sucede por ejemplo cuando al concesionario de un depósito aduanero, su depositante le comunica la voluntad de abandonar la mercadería. Según el TAC 4 la situación relatada: *“encarta en la prevista en las normas del C. Civil que regulan la hipótesis de existencia de motivos para que el depositario se descargue de la guarda y existe resistencia del depositante para la que prevé la actuación judicial (art. 2269 C.C.)”*.⁶⁸

En el marco de las relaciones de consumo, el Art. 16 de la ley 17.250 consagra la facultad de rescindir el contrato sin expresión de causa, pero con algunas condiciones en su ejercicio. En efecto, cuando la oferta de productos o servicios se realice fuera del local (y en el caso de servicios en locales acondicionados con la finalidad de ofertar) el consumidor podrá rescindir o resolver “ipso jure” el contrato en el plazo de cinco días hábiles contados desde la formalización del contrato o de la entrega del producto, a su sola opción, sin responsabilidad de su parte. Otro requisito es que lo comunique al proveedor por un medio fehaciente en el plazo indicado. Más adelante se aclara que para el caso de que se trate de un contrato de servicios, donde los mismos fueran parcialmente prestados, el consumidor pagará solamente aquella parte que haya sido ejecutada.⁶⁹

⁶⁷ BERDAGUER, Jaime, “La “Justa Causa” de Receso Unilateral en los Contratos de Duración con Plazo Determinado”, ADCU, t. XXXIII, FCU, Montevideo, 2002, p. 470.

⁶⁸ TAC 4, Sentencia N 305/2010, 15/12/2010, TOBÍA FERNÁNDEZ (Red.), MAGGI SILVA, TURELL ARAQUISTAIN, publicada en BJA.

⁶⁹ Posiblemente la ley de presupuesto del año 2020 excluya algunos contratos de esta norma. En el articulado de la ley de presupuesto ya aprobado en la Cámara de Diputados se incluyó la siguiente norma: Artículo 206.- Agrégase a la Ley No 17.250, de 11 de agosto de 2000, el siguiente artículo: *“ARTÍCULO 16 BIS.- El derecho*

VI.2. Previsión contractual

VI.2.1. Previo: plazo del contrato y concepto de eficacia

Como precisión previa, cabe aclarar que el análisis de este capítulo se reduce a los contratos de duración que están sujetos a plazo, pero que sin embargo las partes han previsto la facultad de rescindir el contrato en forma unilateral previo a que se cumpla dicho plazo. El objetivo propuesto es analizar en qué casos es válida dicha previsión, esto es, si debe revestir uno o más requisitos, o si por el contrario es nulo en todos los casos. Veremos que en nuestro medio no hay una posición unánime al respecto.

Comencemos entonces por una breve introducción en lo que refiere al plazo del contrato y al concepto de eficacia, ya que precisamente mediante el recesso lo que se pretende es extinguir el vínculo obligacional y su eficacia.

Como señala BLENGIO, la doctrina tradicional ha definido el plazo como aquel elemento accidental del negocio jurídico en general y del contrato en particular, que determina el inicio o cesación de sus efectos. Para este autor en cambio, la función del plazo no consiste ni en suspender ni en poner fin a la eficacia del contrato, sino que puede concebirse como aquella modalidad del negocio que establece el momento o período de tiempo en el cual debe tener lugar la satisfacción del interés programado.⁷⁰

En los contratos de duración continuada las necesidades en juego son duraderas y requieren una satisfacción continuada. En estos casos la función que cumple el plazo final es

de rescindir o resolver ipso-jure establecido en el artículo precedente, no será aplicable a los contratos que se refieran a:

A) El suministro de productos confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados.

B) El suministro de productos que puedan deteriorarse o caducar con rapidez.

C) El suministro de productos precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega.

D) El suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido abiertos por el consumidor y usuario después de la entrega.

E) El suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, con la excepción de los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones.

F) Los contratos celebrados mediante subastas públicas.

G) El suministro de servicios de alojamiento para fines distintos al de vivienda, servicios de comida y servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un período de ejecución específicos.

H) El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y usuario con el conocimiento de que pierde su derecho de desistimiento".

⁷⁰ BLENGIO, Juan, "El plazo como elemento del contrato", ADCU, t. X, FCU, Montevideo, 1979, p. 179-181.

la de establecer la extensión de tiempo durante el cual se debe satisfacer ese interés perdurable, o lo que es igual, determinar la dimensión de la prestación. Si dentro del marco temporal se realizan todos los comportamientos programados, se extingue la eficacia negocial. En cambio el decurso inútil del plazo - esto es, la no realización de los comportamientos ejecutivos de las obligaciones convenidas - no trae aparejada la extinción de sus obligaciones. Es decir no basta el mero transcurso del plazo para que se extingan las obligaciones, sino que se requieren que se cumplan dentro de él.⁷¹

Esto significa que dentro del plazo fijado por las partes se deben ejecutar las prestaciones acordadas. Para ejemplificar lo expuesto: de nada sirve que se contrate un software por 12 meses, si durante ese plazo el servidor no funciona. Si transcurrido el plazo se constatare que el programa no se pudo utilizar, no habrá cumplimiento de contrato, por más que expire el plazo contractual.

Con respecto al concepto de eficacia negocial, en palabras de CAFARO y CARNELLI consiste en *“la adquisición, modificación, transmisión o extinción de un derecho real o de crédito preexistente en los negocios dispositivos en sentido estricto o en el surgimiento de una relación obligatoria en los negocios obligacionales. Para lograr la eficacia es menester plena regularidad legal, esto es, la ocurrencia de los presupuestos externos del negocio y la existencia, con las cualidades exigidas, de los requisitos de validez negociales. El negocio obligacional, en cuanto esté dotado de conformidad con el marco normativo, tiene plena e inmediata eficacia, lo que significa que surge la relación obligacional cuyo contenido es el crédito y su correlativo deber.”*⁷²

VI.2.2. Validez del pacto de receso unilateral en contratos de duración con plazo determinado cuando se estipulan justas causas y/o circunstancias de hecho objetivas o pago de una pena a efectos de desistir del mismo. Nulidad de la cláusula que prevé el receso *ad nutum* (sin expresión de causa) en cualquier momento del plazo original

La primera interrogante que se nos plantea es la siguiente: ¿es posible pactar el derecho de receso sin expresión de causa en los contratos de duración sujetos a plazo? En

⁷¹ BLENGIO, Juan, “El plazo como elemento del contrato”, ADCU, t. X, FCU, Montevideo, 1979, p. 181.

⁷² CAFARO, Eugenio, CARNELLI, Santiago, Eficacia contractual, FCU, Montevideo, 2007, p. 133.

otras palabras, lo que nos cuestionamos es la admisibilidad y validez del receso *ad nutum* en contratos con plazo determinado.

En nuestro sentir el contrato de duración con plazo determinado no puede ser rescindido sin expresión de causa. Si así fuera pactado por los contrayentes, dicha cláusula sería nula, pues el ejercicio del receso debe estar sujeto a motivos de hecho externos, ajenos a la voluntad del recedente. En efecto, la facultad rescisoria se debe situar en una situación exógena y verificable, y no en circunstancias netamente subjetivas que dependan del recedente.

El principio que dimana del Artículo 1253 del CCU en cuanto a que la suerte de un contrato - ya sea su validez o cumplimiento - no puede quedar librada al capricho de ninguno de los contratantes se ve menoscabado si se pacta que cualquiera de ellos puede poner fin al contrato en cualquier momento del plazo convenido. En este supuesto que estamos manejando no predomina el principio de libertad como sucede en los contratos con plazo indeterminado. Se debe priorizar el principio de igualdad de los contratantes (Arts. 1253 y 1294 del CCU) y el cumplimiento del contrato de buena fe (Art. 1291 del CCU).

El tema ha sido abordado en forma rigurosa por la doctrina civilista nacional en varias oportunidades, e incluso se han generado enriquecedores y respetuosos debates entre algunos autores. Nuestra intención es continuar este debate, tomando en consideración las distintas posturas que se han manejado en nuestro medio - procurando no pecar de tediosos al analizar todas ellas - ya que cada posición agrega alguna consideración a la discusión y por tanto merece la pena su mención.

CARNELLI, en su conocido estudio, multicitado por la jurisprudencia vernácula, parte de la base que en los contratos de duración con plazo indeterminado, cualquiera de las partes tiene la posibilidad de desistir unilateralmente del contrato, en virtud de un principio general del ordenamiento jurídico. En cambio, en los contratos de duración con plazo, se plantea el problema de la colisión entre el receso convencional y el principio de la igualdad jurídica de los contratantes consagrada en el artículo 1253 del CCU.

Como viene de verse, esta norma prohíbe que el contrato quede al arbitrio de uno de los contrayentes, esto es, declara ilícita la atribución a una de las partes de un poder absoluto como lo sería extinguir el contrato por su sola voluntad. En palabras del autor: *“Cuando se pacta la posibilidad de que el derecho de receso sea ejercitado por el beneficiario como acto de pura voluntad suyo, se crea en su favor un poder absoluta o arbitrario, y la cláusula*

*convencional que así lo establezca será nula, de la misma manera que lo es la condición meramente potestativa o el merum arbitrium”.*⁷³

En opinión del autor para que el receso sea válido, debe estar previsto en la cláusula de reglamentación del ejercicio de esa facultad, mediante la cual se determinen los motivos de hecho que no dependen de la pura voluntad del titular de la facultad, porque en ese caso no se atribuye un poder absoluto y por tanto no se rompe la igualdad jurídica de los contrayentes.

Compartimos dicha posición y negamos la facultad de receso *ad nutum* en los contratos sujetos a plazo. Consideramos que la validez de la cláusula dependerá de cómo se consagre ese derecho, es decir cómo esté redactada la previsión contractual. Si la posibilidad de desistir unilateralmente el contrato está reglada y la suerte del mismo no queda librada al arbitrio de uno de los contrayentes entonces será válido dicho pacto.

Tal como lo señala CARNELLI, su ejercicio se debe ajustar a motivos de hecho, serios y exteriormente apreciables, que no dependan de un hecho meramente voluntario del recedente.⁷⁴

RAMOS por su parte, en un análisis con un enfoque más práctico dirigido a los profesionales que se encargan de redactar los contratos, entiende que en los contratos sujetos a plazo deben preverse elementos objetivos, a los efectos de que no se contravenga el principio de igualdad consagrado en el Artículo 1253 del CCU. Los elementos objetivos que menciona el autor son cinco: i) establecer un plazo mínimo de duración del contrato, ii) el preaviso, iii) pago de una pena, iv) justa causa, v) y, finalmente, que el receso se pacte a favor de ambas partes.⁷⁵

Como se refirió *supra* FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y LARRAÑAGA ni siquiera llegan a plantearse en los contratos sujetos a plazo. Solamente admiten dicha prerrogativa en hipótesis de contratos con plazo indeterminado, esto es, que carecen de un momento cierto o concreto de finalización. Para dichos autores el pacto de finalización negocial impide el ejercicio del receso, pues el plazo se impone a ambas partes, las que deben respetarlo.⁷⁶

CAUMONT, a partir de un caso práctico también se formula la interrogante sobre la compatibilidad o no del desistimiento unilateral con la imposibilidad de que la validez y el

⁷³ CARNELLI, Santiago en Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XIV, FCU, Montevideo, 2009, p. 240.

⁷⁴ CARNELLI, Santiago en Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XIV, FCU, Montevideo, 2009, p. 241.

⁷⁵ RAMOS OLANO, Sebastián, “El Derecho de receso y la redacción del contrato”, en Revista de Derecho, Universidad de Montevideo, N 27, 2015, p. 126-129.

⁷⁶ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gabriel, LARRAÑAGA, Luis, “Límites al receso unilateral”, ADCU, t. XXX, FCU, Montevideo, 1999, p. 572.

cumplimiento de las obligaciones generadas por un contrato sean subordinadas al poder discrecional de uno de sus contrayentes. El autor concluye que dicha potestad solamente es viable en contratos de ejecución continuada cuando se configura por tres modalidades. La primera, que la extensión temporal de su ámbito de ejecución no esté limitada en absoluto, es decir, que se trate de un contrato sin plazo, pues allí prima el principio de libertad. La segunda, es que se confiera tal potestad a todas las partes por igual o aun cuando no se le otorgue a todas las partes, se adjudique a los no titulares el derecho a percibir marras o sanción por aquel o aquellos a los que sí se confirió el derecho. Y finalmente la tercera variante es la validez de una estipulación a través de la cual se confiere derecho al receso cuando la oportunidad de dicho ejercicio no depende de la voluntad del recedente. En otras palabras, cuando se prevean hechos objetivos, ajenos y externos a la parte que rescinde.

Es decir, que para este autor, tratándose de contratos con plazo, la facultad de receso debe quedar sujeto a circunstancias exógenas, serias y pre-individualizadas en el propio negocio atributivo de la potestad. Ello legitima el ejercicio del receso por enervamiento del mero arbitrio y por resguardo en definitiva de la regla estatuida en el derecho uruguayo por el artículo 1253 del Código Civil patrio.⁷⁷

Esta misma posición es reafirmada en un trabajo posterior de su autoría donde expone las causas por las cuales considera nula una cláusula donde se pacta el conferimiento del derecho potestativo de receso unilateral a uno sólo de los contrayentes. Uno de los argumentos esgrimidos radica en que no se subordinó su ejercicio a la verificación de acontecimientos pre individualizados ajenos a la voluntad del recedente. Entiende que no puede ser válido dicho pacto ya que no existe cortapisa alguna al libre arbitrio de una de las partes para quebrar la relación contractual.⁷⁸

Por su parte MANTERO y CHALAR comienzan con una precisión sobre los contratos de duración sujetos a plazo. Sostienen que en contratos con plazo, al establecerse un límite en la duración, no se afecta el principio de temporalidad del vínculo, ya que no se trata de un contrato apto para durar indefinidamente. Seguidamente se plantean si la facultad de terminarlo unilateralmente no estará dejando el contrato al arbitrio de los contrayentes. Adhiriéndose a la posición de CARNELLI y de CAUMONT, sostienen que “*en los contratos*

⁷⁷ CAUMONT, Arturo, “Desistimiento unilateral: análisis técnico ante hipótesis de conferimiento acumulativo en desequilibrio”, ADCU, t. XIX, FCU, Montevideo, 1988, p. 202-204.

⁷⁸ CAUMONT, Arturo, “El pacto de desistimiento unilateral en negocio jurídico de ejecución no continuada”, ADCU, t. XXII, FCU, Montevideo, 1991, p. 385-389.

con plazo final pactado el receso deberá derivar, en todos los casos (a menos que la ley autorice el libre ejercicio del derecho de receso), de una previsión contractual, y además ejercerse conforme a parámetros de carácter objetivo, externos a la voluntad del recedente, o en su defecto, contra el pago de un correspectivo.”⁷⁹

También dedican gran parte de su estudio a criticar duramente la posición de FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y LARRAÑAGA. Consideran que es errónea la interpretación de estos juristas pues niegan la facultad de receso en los contratos con plazo pero además pretenden atribuir al régimen del receso de los contratos sin plazo los desarrollos que CARNELLI efectúa para los contratos sujetos a plazo.

Como se adelantó supra, coincidimos con quienes niegan el receso *ad nutum* en los contratos de duración sujetos a plazo. A nuestro entender, cuando se conviene un plazo, el receso debe estar condicionado a hechos objetivos que habiliten su ejercicio o al pago de una pena.

BERDAGUER también comparte lo sostenido por CARNELLI, en cuanto a que el derecho de receso en un contrato sujeto a plazo no viola el principio de igualdad ni el de obligatoriedad siempre que se verifiquen alguna de estas circunstancias: su ejercicio quede supeditado al pago de una multa o, de lo contrario, se deben determinar en el contrato los motivos de hecho que habilitan su ejercicio, esto es, la justa causa.⁸⁰

BERDAGUER le asigna tres caracteres fundamentales a la justa causa:

- a) En primer lugar, debe tratarse en un sentido muy amplio, de un hecho superviniente, es decir, de un hecho que se produzca con posterioridad a la firma del contrato.
- b) En segundo término, debe constituir un hecho objetivamente controlable, lo que lo diferencia del simple motivo, el cual es meramente subjetivo.
- c) Por último, dicho evento debe afectar alguno de los elementos o aspectos de la relación contractual, en la forma prevista por la ley.

Sin perjuicio de adherir a las reflexiones antes expuestas, el aporte más relevante del trabajo de BERDAGUER nos resultó su conclusión final sobre la justa causa, la seguridad y la justicia. El autor maneja un concepto muy ilustrativo al considerar a la justa causa como

⁷⁹ CHALAR, Laura, MANTERO, Elías, “Reflexiones en torno al receso unilateral en los contratos de ejecución continuada. Crítica a una tesis novedosa”, ADCU, t. XXXII, FCU, Montevideo, 2001, p. 757-758.

⁸⁰ BERDAGUER, Jaime, “La Justa Causa de Receso Unilateral en los Contratos de Duración con Plazo Determinado”, ADCU, t. XXXIII, FCU, Montevideo, 2002, p. 469.

una verdadera “válvula”, frente a la máxima que se deriva del artículo 1291 del CCU⁸¹. En su opinión: “*el concepto de justa causa con su rasgo ya señalado de concepto válvula, unido al hecho de ser susceptible en cada caso concreto de una evaluación particular por el magistrado introduce en la rigidez del sistema (gobernado por el principio de seguridad, artículo 1291) la necesaria nota de flexibilidad que hace posible muchas veces el logro concreto de la equidad, la cual no es otra cosa que la justicia del caso singular*”.⁸²

Como ya adelantamos, también compartimos el tipo de receso propuesto por MARCHESANO: el receso compensado u oneroso.⁸³ En esta clase de receso como correspectivo del desistimiento unilateral, se le otorga a la parte que sufre la extinción del contrato el derecho a una suma de dinero, que el recedente ha prometido (multa penitencial) o que ha dado al tiempo de la conclusión del contrato al otro contratante (arras penitenciales). De esta manera se condiciona el ejercicio del receso al pago de esa suma de dinero.⁸⁴

En estos casos no se contravienen los artículos 1253 y 1291 del CCU, pues aunque el cumplimiento de la obligación principal dependa de la sola voluntad del deudor, ésta no puede ejercitarse a su arbitrio, sino abonando determinada prestación, que las partes convinieron de antemano.

Finalmente no podemos dejar de reconocer que el Código menciona casos de receso *ad nutum* en contratos sujetos a plazo - como vimos anteriormente en el mandato y el comodato - y que, *a priori*, este sería un argumento sólido para quienes defienden la posibilidad de ejercer esta clase de receso. No obstante entendemos que este argumento no es suficiente y por tanto discrepamos con el Maestro GAMARRA en este punto, en cuanto admite el receso *ad nutum* en contratos de duración sujetos a plazo. Si bien reconoce que el legislador lo ha consagrado específicamente y para casos especiales, entiende que “*sería sorprendente que fuera inválida una cláusula pactada por los contratantes (esto es, un receso convencional) que el legislador acoge con frecuencia y figura diseminada en diversos sectores de la contratación*.”⁸⁵

⁸¹ Art. 1291 CCU: “*Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma*”.

⁸² BERDAGUER, Jaime, “La Justa Causa de Receso Unilateral en los Contratos de Duración con Plazo Determinado”, ADCU, t. XXXIII, FCU, Montevideo, 2002, p. 479.

⁸³ MARCHESANO, Agustín, “Consideraciones sobre el receso unilateral de contrato”, Revista de Derecho y Tribunales, N° 31, AMF, Montevideo, 2017, p. 37.

⁸⁴ Este tipo de receso también ha sido admitido por CARNELLI, CAUMONT, BERDAGUER, MANTERO y CHALAR en los trabajos citados, aunque fue MARCHESANO quién lo propuso como un tercer tipo de receso, diferenciándolo del receso *ad nutum* y del receso por justa causa.

⁸⁵ GAMARRA, Jorge, Buena fe contractual, FCU, Montevideo, 2011, p. 84.

Entendemos que la razón que justifica que el legislador habilitara el receso en cualquier momento del plazo del contrato de mandato radica en que se trata de un negocio particular basado en la confianza. Lo mismo en el caso del comodato, cuando se puede exigir la devolución de la cosa, que se justifica por el carácter de gratuito. El legislador consagra el derecho de extinguir el vínculo a base de consideraciones de política legislativa. Pero no nos parece argumento suficiente para extender dicha potestad a todos los demás contratos de ejecución continuada.

El Maestro plantea otro argumento y es que no está probado que el poder del titular del receso coincide con el arbitrio meramente potestativo de los artículos 1253 y 1413 del Código: *“Adelanto desde ya mi solución: en el receso ad nutum existe un acto potestativo (válido) y no meramente potestativo (nulo); por consiguiente los artículos 1253 y 1413 no le son aplicables. No es inadecuado vincular - como se ha hecho - el artículo 1253 con el 1413 para concluir que expresan una misma regla (nulidad del acto meramente potestativo); pero es erróneo pretender que en ella está comprendido el receso ad nutum.”*⁸⁶ Otro motivo para entender que el artículo 1253 no es aplicable al receso *ad nutum* es que no deja al arbitrio del recedente el cumplimiento del contrato, sino su duración, vale decir, la determinación temporal de la relación jurídica. En otras palabras, está obligado a cumplir pero hasta el momento en que decida cesar el cumplimiento.⁸⁷

Como es usual en todos sus desarrollos, GAMARRA plantea una fundamentación seria y respetable. No obstante, no nos convence sus razones en este punto. A nuestro parecer efectivamente hay un acto de pura voluntad que es arbitrario porque el recedente decide cesar la eficacia del contrato cuando las partes pactaron un plazo. En este sentido, reafirmamos nuestra posición en cuanto entendemos que es nula la cláusula que autorice el receso unilateral a favor de una de las partes en cualquier momento del plazo sin expresión de causa.

En la doctrina argentina LORENZETTI sostiene que la cláusula de rescisión unilateral *“viene a desnaturalizar el plazo, puesto que el titular de la facultad extintiva puede ejercerla antes de su cumplimiento, con lo cual éste carece de sentido”*, pero no obstante aclara *“que se ha considerado que en estos supuestos la cláusula es válida, puesto que nada*

⁸⁶ GAMARRA, Jorge, Buena fe contractual, FCU, Montevideo, 2011, p. 88-89.

⁸⁷ GAMARRA, Jorge, Buena fe contractual, FCU, Montevideo, 2011, p. 91.

impide que un plazo originariamente determinado pueda ser luego abreviado por una decisión unilateral convencionalmente autorizada".⁸⁸

A favor del recesso *ad nutum* en los contratos con plazo determinado también se ha pronunciado BERGSTEIN en su estudio sobre la extinción de los contratos de distribución. Si bien el estudio es específico para dicha forma de contratación, consideramos que sus conclusiones son aplicables a los demás contratos de duración. Entiende que el Art. 1253 del CCU no refiere a la igualdad de las partes sino que dicha norma es un corolario del Art. 1291 CCU en cuanto establece la fuerza vinculante del contrato. Prioriza el principio de la autonomía de la voluntad y la seguridad jurídica, ya que quién pacta una cláusula de recesso ha quedado irreversiblemente prevenido acerca de la posibilidad de éste, de manera que no puede alegar la nulidad (o la ineficacia) de la disposición: *"Hay aquí una cuestión de public policy, vinculada a la seguridad jurídica y a la protección de la palabra dada que es esencial: la tutela de la legítima confianza o expectativa del destinatario de la declaración de la voluntad en la palabra que se le ha dado"*.⁸⁹

Ahora bien, conviene preguntarse cómo lo resuelve la jurisprudencia. La respuesta es que encontramos sentencias en ambos sentidos.

Por ejemplo en un caso comentado por GAMARRA, la SCJ en sentencia del año 1989 consideró válida la cláusula de recesso *ad nutum* por entender que no viola el Artículo 1253.⁹⁰ No obstante, cabe destacar que los jueces actuantes tanto en la primera como la segunda instancia entendieron que dicha cláusula era nula justamente por conceder un derecho arbitrario a favor de una de las partes y violar el principio de igualdad.

En un fallo del año 2004 y con una integración diferente la SCJ invocando la aplicación del principio *"iura novit curia"* declaró *"nula la cláusula del contrato que expresa que se podrá rescindir unilateralmente el mismo, no generando a favor del arrendador de servicios derecho a reclamar indemnización alguna ya que ello va contra la previsión del art. 1253 del C. Civil, siendo nulo el ejercicio del recesso por pura voluntad del beneficiario, al igual que la condición meramente potestativa."*⁹¹

⁸⁸ LORENZETTI, Tratado de los Contratos, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 552.

⁸⁹ BERGSTEIN, Jonás, La extinción del contrato de distribución, FCU, Montevideo, 2010, p. 155.

⁹⁰ LJU, 99, 11.311. Cita Online: UY/JUR/60/1985.

⁹¹ SCJ, Sentencia N 38/2004, 18/02/2004, VAN ROMPAEY SERVILLO (Red.), PARGA LISTA, GUTIERREZ PROTO, RODRIGUEZ CAORSI, TROISE ROSSI, publicada en BJA.

Más recientemente la jurisprudencia también ha sostenido que es nula la cláusula que determina que la finalización del contrato quede librada a la voluntad de uno de los contrayentes. A continuación transcribimos un pasaje de una sentencia que resolvió en tal sentido. Específicamente, se trató de un arrendamiento de servicios pactado por un plazo de 2 años a partir del 31 de julio de 2013, y en el cual se acordó un pacto de receso a favor de ANEP sin expresión de causa y sin derecho al pago de indemnización alguna. El tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° turno expresó:

*“En el ámbito del receso unilateral, que es lícito, rige, sin embargo la limitación a la autonomía de la voluntad, si el pacto de receso determina que la finalización del contrato quede librada a la voluntad de uno solo de los contrayentes, pues esa forma de establecerlo resulta violatoria del principio de fuerza vinculante del contrato (art. 1253 CCU). Lo precedentemente expresado es relevante pues, si bien la Administración pretende que, en el antecedente, existe un supuesto de incumplimiento por parte del actor, respecto del contrato de arrendamiento de servicios celebrado, sin embargo, opta por recurrir al instituto del receso unilateral, que adolece de defecto en la forma por la manera en que fue pactado, como ya se indicó. A lo expresado cabe agregar que, esa especie de receso se encuentra especialmente vedada cuando está vigente el plazo del contrato, y tal es la situación en el caso de autos, según surge de fs. 6-7, y ello por cuanto si el plazo contractual estuviere vencido, rigen los principios generales y en particularidad la temporalidad del vínculo jurídico que permitiría que se diera fin al contrato. En consecuencia para la Sala integrada, son de recibo los agravios de la parte actora, esgrimidos a fs. 21 a 23, y en particular debe señalarse que el Estado cuando actúa en el ámbito de la contratación privada, se encuentra alcanzado por la integralidad de la normativa civil, debiendo comportarse como cualquier otro sujeto de derecho (Cf. Delpiazzo, Carlos Contratación Administrativa, UM, 1999, p. 251-252, véase también De Cores, Carlos “El equilibrio en los contratos con la Administración. Estudios de derecho administrativo, La Ley Uruguay, Montevideo 2013, Vol. 8, p. 667 - 688). (...). En consecuencia, tratándose de una cláusula absolutamente nula, y estando en vigencia el plazo contractual, no puede hablarse de un ejercicio lícito del derecho de receso unilateral por parte de la Administración, antes bien, el incumplimiento es imputable a la misma y por ello debe reparar los daños y perjuicios causados”.*⁹²

⁹² TAC 1, Sentencia N 49/2017, VENTURINI CAMEJO (Red.), SALVO LÓPEZ DE ALDA, FRANCA NEBOT, MACCIÓ AMBROSINI (Disc.), ADCU, t. XLVIII, FCU, Montevideo, 2017, c. 464, p. 432-433.

Lo curioso - o quizás no tan curioso - es que tan sólo unos meses después, otro tribunal (TAC 3) tuvo la posición exactamente contraria. En esta última oportunidad la Sala entendió que la facultad contractual de rescisión unilateral de contratos de funcionarios no presupuestados no es abusiva “per se” aun cuando esté pactado un plazo que se encuentra pendiente.⁹³

VI.2.3. Receso *ad nutum* pactado a favor de ambos contrayentes

La segunda interrogante planteada, es si existe alguna diferencia cuando se pacta dicha cláusula a favor de ambos contrayentes. ¿Se modifican las conclusiones anteriormente expuestas? Aparentemente, y a primera vista, podría considerarse que no viola el principio de igualdad pues el derecho se confiere a ambas partes sin hacer distinciones entre los contrayentes. Esto fue sostenido por CAUMONT, quien señala como una de las hipótesis válidas del receso que el mismo sea conferido a ambas partes, siendo ejercitables por ellas de la misma forma. Es decir, que si se confieren recíprocamente el derecho de receso unilateral pero además implementan idéntico régimen para su ejercicio, la cláusula será válida.⁹⁴

No tenemos el honor de compartir dicha interpretación. A nuestro parecer la referida cláusula también sería nula aun cuando se pacte a favor de ambos. El artículo 1253 del CCU no solamente está pensado como igualdad en el sentido de los contrayentes, sino también para impedir que la suerte del contrato quede librada al arbitrio de alguno de éstos.

En una interpretación sistemática se puede llegar a esta conclusión. Como apunta BERDAGUER el método adoptado por nuestro Código Civil es el “lógico sistemático”.⁹⁵ Ello presupone que los textos legales tienen para el intérprete una significación propia independiente de la voluntad de sus autores. Pero dicha significación no solo dependerá de lo que expresen las palabras de la ley por sí mismas, sino además de las conexiones sistemáticas que debe existir entre el sentido de un texto en concreto con el resto de las disposiciones que pertenecen al sistema.

En este caso el artículo 1253 debe leerse en coordinación con el artículo 1294 que prevé que las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por

⁹³ TAC 3, Sentencia N 95/2016 de fecha 29/07/2016, CARDENAL PIEGAS (Red.), ALONSO FLUMINI, OPERTTI GALLO, DJDC, t. V, año V, FCU, Montevideo, 2017, c. 429, p. 601-602.

⁹⁴ CAUMONT, Arturo, “Desistimiento unilateral: análisis técnico ante hipótesis de conferimiento acumulativo en desequilibrio”, ADCU, t. XIX, FCU, Montevideo, 1988, p. 203-204.

⁹⁵ BERDAGUER, Jaime, “Constitución y Derecho civil”, en ADCU, t. XXXIX, FCU, Montevideo, 2008, p. 613.

los contratos. CAFARO y CARNELLI señalan que *“así como las partes disponen libremente contratar, a posteriori pueden, de la misma manera, disponer lo contrario, conduciendo ello a la cesación de los efectos del contrato.”*⁹⁶

También es de destacar que esta disposición viene a continuación del Art. 1291 que prevé la fuerza vinculante del contrato en la sección III del Código cuyo título refiere a *“los efectos jurídicos del contrato”*.

Finalmente el artículo 1436 del CCU establece que el plazo se presume pactado a favor de ambas partes: *“El plazo se presume siempre estipulado en favor del deudor y del acreedor, a menos que lo contrario resulte de la convención o de las circunstancias especiales del caso”*.

Por esto es que haciendo una interpretación armónica de lo previsto en los artículos 1253, 1291, 1294, 1413 y 1436 cabe concluir que si para contratar se precisa acuerdo de voluntades entonces para dejar sin efecto el contrato también.

En este sentido, nos adherimos a la posición de MANTERO y CHALAR que lo explican en forma impecable y vale la pena transcribir la cita textual: *“A nuestro entender la hipótesis contemplada por este artículo refiere a un momento en el período de ejecución en que una de las partes, sin el concurso de la otra (y podríamos agregar, sin la presencia de los elementos ya apuntados, que validarían su accionar) pretenden desvincularse del contrato. El hecho de que en el pacto, la posibilidad de ejercitar esta pretensión se haya previsto en forma equitativa para las dos partes, no altera la situación que es la siguiente: en algún momento, durante el tracto contractual, una de ellas, por sí y ante sí, podrá decidir la extinción del contrato, sin sujeción a circunstancias objetivas que eliminen el elemento arbitrario y sin la existencia de un correspectivo que contrabalancee las consecuencias desfavorables para la otra parte. Y éste es, precisamente, el supuesto que el artículo 1253 prohíbe con carácter general.”*⁹⁷

Y aun cuando se entendiera que dicha norma se refiere únicamente a la igualdad de los contratantes, la realidad indica que en los contratos los sujetos no siempre están en pie de igualdad. Como fue señalado *supra* al analizar los principios generales, cuando uno de los contratantes no goza de poder real de negociación frente al otro (en el sentido de una genuina

⁹⁶ CAFARO, Eugenio, CARNELLI, Santiago, Eficacia contractual, FCU, Montevideo, 2007, p. 151.

⁹⁷ CHALAR, Laura, MANTERO, Elías, “Reflexiones en torno al receso unilateral en los contratos de ejecución continuada. Crítica a una tesis novedosa”, ADCU, t. XXXII, FCU, Montevideo, 2001, p. 757-758.

posibilidad de influir en cómo se redactan las cláusulas), no hay verdadera igualdad ni libertad. En este sentido si se consintiera la validez de la cláusula porque se le atribuye la facultad a ambos contrayentes, estaríamos legitimando que en muchos casos haya una afectación del principio de igualdad o de libertad material de la que nos habla CAFFERA. Todo lo cual daría lugar a abusos. Tampoco sería válida si se pactara en contratos paritarios porque el propio artículo 1253 está indicando que la verdadera igualdad se alcanza cuando el contrato no queda sujeto a la voluntad de ninguno de los contrayentes. Es decir, cuando ninguno tiene la aptitud para ejercer un “poderío absoluto” respecto a la eficacia del contrato. Una situación de paridad entre los sujetos implica que ninguno ostenta el señorío sobre el otro o sobre los derechos que derivan del vínculo contractual.

Luego hay una tercera opinión al respecto que tampoco tenemos el honor de compartir. CAFFERA ha sostenido que la discusión sobre si es nulo o válido conferir esta potestad a ambas partes está mal encuadrada. En su opinión directamente no hay contrato porque las partes decidieron que no lo hubiera. En realidad no deseaban quedar vinculadas o atadas, lo cual *“no es tan dramático como parece”*. Las partes pueden querer tener una relación no-vinculante jurídicamente.⁹⁸

En algún caso particular, la SCJ ha entendido que dicha cláusula es válida cuando está conferida a ambos contratantes: *“El presente contrato se celebra por el plazo de un año a contar desde el día 1 de febrero, prorrogable automáticamente por períodos consecutivos iguales. Sin perjuicio de lo expuesto, este contrato puede ser rescindido unilateralmente en cualquier momento del plazo original o sus prórrogas, por voluntad de cualquiera de las partes sin expresión de causa, con un preaviso que deberá comunicarse a la otra con por lo menos sesenta días corridos de anticipación. (...) La Corte comparte la clara y coherente interpretación que de esta cláusula efectuó la jueza a quo quien entendió que no revestía nulidad alguna ni que violentaba el principio de equilibrio consagrado en el Artículo 1253 del Código Civil. También coincide con la parte demandada en que la Sala parte de la discutible premisa de que el Banco se encuentra, en todos los contratos que firma, por su naturaleza de institución bancaria, en una posición de privilegio. Ello cabría aplicarlo para aquellos contratos que la institución bancaria, en el natural giro de sus negocios, realiza con sus clientes, con quienes, de regla, celebra contratos de adhesión. Pero no es este el caso de autos, donde nos encontramos ante un arrendamiento de servicios en cuya celebración*

⁹⁸ CAFFERA, Gerardo, Obligaciones, FCU, Montevideo, 2018, pág. 470.

participó un empresario que brindaba un servicio gastronómico (cantina) a los funcionarios del Banco.”⁹⁹

En este mismo caso el TAC 1, en cambio, estimó que era nulo el pacto que establecía que el contrato podría ser rescindido unilateralmente por cualquier de las partes sin expresión de causas en cualquier momento del contrato por violar el artículo 1253 y 1291 del CCU, puesto que viene a significar que cada contratante queda obligado si quiere, no siendo una situación en que esté en juego el derecho de los contratantes a no quedar obligados de por vida, ya que se trata de un contrato sujeto a plazo.¹⁰⁰

Nos afiliamos a la tesis del Tribunal de Apelaciones por los motivos ya expuestos.

VI.2.4. Reflexiones finales sobre la cláusula *ad nutum* inserta en los contratos de duración sujetos a plazo

A modo de concluir este apartado, nos resulta de gran utilidad la apreciación que realiza RAMOS en lo que refiere a la importancia de la redacción de las cláusulas contractuales. En el trabajo previamente citado se aconseja tener en cuenta los intereses de nuestros clientes al momento de redactar las cláusulas que regulan el plazo y el derecho de las partes a rescindirlo unilateralmente. Asimismo acota que si la cláusula es redactada de acuerdo a la normativa aplicable y se siguen los criterios doctrinarios y jurisprudenciales, difícilmente pueda ser juzgado como abusivo o nulo.¹⁰¹

En definitiva, y si bien detectamos criterios disímiles en nuestros tribunales, concluimos que para evitar que la cláusula de receso sea considerada nula en un contrato de duración con plazo, dicha facultad debe estar sujeta a hechos serios, externos y objetivos, ajenos a la mera voluntad del recedente - una “justa causa” en palabras de Berdaguer - o en su caso se debe pactar una multa a favor de quién sufre el receso. Será nula la cláusula de receso *ad nutum* en los contratos donde se haya previsto un plazo aun cuando la misma sea pactada a favor de ambos contrayentes.

⁹⁹ TAC 1, Sentencia N 7/2015, 02/02/2015, CASTRO RIVERA (Red.), SALVO LÓPEZ DE ALDA, VÁZQUEZ CRUZ, publicada en DJDC, t. IV, año IV, FCU, Montevideo, 2016, c. 392, p. 564.

¹⁰⁰ SCJ, Sentencia N 251/2015, 07/10/2015, HOUNIE SÁNCHEZ (Red.), SOSA AGUIRRE, CHEDIAK GONZÁLEZ, LARRIEUX RODRÍGUEZ, PÉREZ MANRIQUE, publicada en DJDC, t. IV, año IV, FCU, Montevideo, 2016, c. 389, p. 562-563.

¹⁰¹ RAMOS OLANO, Sebastián, “El Derecho de receso y la redacción del contrato”, Revista de Derecho, Universidad de Montevideo, N 27, 2015, p. 133.

VI.3. Concepto de “justa causa”. Licitud del receso. Incidencia de la tercera fuente: aplicación de los principios generales

Aquí nos referimos a las hipótesis de contratos sujetos a plazo en que el receso no está previsto en el contrato y tampoco figura expresamente en una norma. En esos casos, si sobreviniere una justa causa para rescindir el contrato de duración, incide la tercera fuente, que es la aplicación de los principios generales que rigen en esa clase de contratos.

BERDAGUER señala que los casos donde es la ley la que prevé la justa causa no son de interpretación estricta sino que por el contrario, son susceptibles de integración analógica, es decir, pueden extenderse a situaciones no previstas legalmente, siempre que cumplan con el principio de identidad que sirve de base y fundamento a la integración por analogía. Un ejemplo es el contrato de distribución, contrato innominado al cual por analogía le resulta aplicable la figura del receso unilateral por justa causa: *“El carácter fiduciario de dicho contrato y la necesidad de una constante colaboración entre ambas partes justifican la extensión analógica (al contrato de distribución) de las justas causas legales de receso unilateral prevista en otras figuras contractuales afines: mandato, sociedad, contrato de trabajo, etc”*.¹⁰²

Asimismo MERLINSKY, acerca del contrato de distribución señala que la existencia de justa causa para la rescisión del vínculo contractual resulta relevante cuando se trata de contratos con plazo vigente y no es lícito a ninguno de los contratantes desligarse del otro sin mediar alguna causa - legítima grave y fundada - que lo justifique. Puede decirse entonces que, en general, la rescisión antes de que culmine el plazo es la excepción, no la regla.¹⁰³ Dicho autor menciona algunas causales legítimas que fundamentan la rescisión: quiebra o concordato del distribuidor, muerte, venta de la casa de comercio o cambio de giro de la misma, entre otras.

A nuestro parecer estas conclusiones pueden ser trasladadas a cualquier contrato de duración en el cual, aun cuando no se prevea la justa causa en el contrato, igualmente resulta posible de rescindirlo unilateralmente si media justa causa en aplicación de los principios generales de derecho. Por ejemplo, en un contrato de servicios sujeto a plazo, en que el cliente pierde la confianza de su contador o abogado por motivos fundados. También en este

¹⁰² BERDAGUER, Jaime, “La “Justa Causa” de Receso Unilateral en los Contratos de Duración con Plazo Determinado”, ADCU, t. XXXIII, FCU, Montevideo, 2002, p. 476.

¹⁰³ MERLINSKY, Ricardo, Modernas formas de distribución comercial, Universidad, Montevideo, 1992, p. 36.

caso se justificaría la extensión analógica de justas causas legales de otros contratos. De más está decir que en esos supuestos habrá que probar esas especiales circunstancias que operan como justa causa para rescindir el contrato antes de que culmine el plazo. No basta solamente con mencionarlo, como sucedió en el caso de la boxeadora Christian Namús, quien celebró un contrato de 2 años con su entrenador personal, y puso fin al contrato unilateralmente y sin expresión de causa a los 2 meses que el mismo se comenzara a cumplir.

Así el TAC 5 en oportunidad de resolver el caso referido a la demanda iniciada por el entrenador de Namús contra la boxeadora, sostuvo: *“La demandada no cumplió con los términos pactados; el contrato se celebró por un término mínimo de dos años a contar desde que la púgil comenzara a pelear como profesional (17 de mayo de 2007 a 17 de mayo de 2009, fs.130) admitió (al contestar la demanda) que a mediados de 2007 se desvinculó de su entrenador-representante por “falta de motivación” (fs. 132). Entonces, la rescisión unilateral era posible, pero “[...] si lo notifica con 2 meses de anticipación en los lugares expuestos en la comparecencia y siempre que hayan transcurrido 2 años a contarse la fecha en que la Sta. Christian Namús comenzó a pelear como profesional” (fs. 2 vta. del acordonado). Sin embargo, como viene de verse, nada de esto cumplió la demandada.*

*Al socaire de los claros términos contractuales, la rescisión aparece como intempestiva e ilícita: no se invocó causa alguna que justificara la rescisión en tiempo diferente al convenido, sólo se hizo tímidamente referencia a la “falta de motivación”, lo que no alcanza ni justifica la desvinculación intempestiva. Así las cosas el actor tiene derecho a la ejecución forzada de la convención y a percibir las sumas porcentuales que no se le abonaron, durante el lapso que se dirá”.*¹⁰⁴

Se considera que el receso fue ilícito justamente porque no se invocó ninguna causa que justificara el desistimiento en un momento diferente al convenido. No alcanza con sostener que su entrenador no la motivaba, si durante el proceso no logró probar lo expuesto. De hecho en este caso, fue todo lo contrario, pues el actor acreditó que fue quien la descubrió, además de ser su mentor y quien en definitiva la impulsó a que compitiera a nivel profesional.

Entendemos que lo sostenido por el tribunal ratifica lo que se viene decidiendo, ya que no asiste razón al actor solo porque la Sra. Namús rescinde antes de que se cumpla el

¹⁰⁴ TAC 5, Sentencia N 36/2012, 28/03/2012, GRADIN ROMERO (Red.), SIMÓN OLIVERA, FIORENTINO FERREIRO, publicada en DJDC, t. I, año I, FCU, Montevideo, 2013, c. 284, p. 446.

plazo original, sino porque no alegó ni probó una justa causa que habilitara dicho desistimiento. Ello permite concluir que si hubiese invocado y probado una justa causa para rescindir, el receso habría estado justificado y no habría sido condenada a indemnizar a su co-contratante.

Otro caso ilustrativo es el de la Terminal de Ómnibus de Maldonado, en que se constataron irregularidades en la venta de boletos. En efecto, quedó probado que se emitían boletos en forma manual aunque funcionara el sistema computarizado y, además, esos boletos no se liquidaban en la documentación que se entregaba. Se procedió a coleccionar pruebas durante un plazo prudente y luego se realizó una suerte de auditoría, además de formularse una denuncia penal. Una vez constatada la existencia de importante número de boletos vendidos por la parte actora, sin que hubieran sido liquidados a la empresa, se envió a la actora un telegrama colacionado comunicándole la voluntad de rescindir el contrato que vinculaba a las partes e intimando la devolución del local en la Terminal de Maldonado. El Tribunal concluyó que la parte demandada no ejerció indebidamente el derecho de rescisión unilateral del contrato dado que mediaron causas más que justificadas que respaldan su decisión de dar por terminada su relación comercial con la parte actora, extremo que selló adversamente la suerte de la pretensión, determinando su rechazo.¹⁰⁵

En otro caso la jurisprudencia sostiene que el contratante podía ejercer el derecho de receso unilateral aunque no lo hubieran pactado. Señala la Sede que el preaviso fue previsto para que el receso no tomara por sorpresa a la contraparte, pero de ninguna forma su cumplimiento, en cualquier tiempo puede operar el acortamiento de los plazos convenidos.¹⁰⁶

VI.4. Justa causa vs. incumplimiento de contrato

A primera vista parece difícil distinguir la justa causa del incumplimiento contractual. ¿Qué sentido tendría estudiar la justa causa si directamente se puede invocar el Art. 1431 del CCU que habilita a solicitar la resolución del contrato o el cumplimiento forzado? Pues bien, en los contratos de duración, la disquisición adquiere relevancia, ya que a nuestro entender se verifican hipótesis de justa causa que no necesariamente son incumplimiento (o al menos no de una obligación principal) pero igualmente habilitan a rescindir unilateralmente el contrato.

¹⁰⁵ TAC 5, Sentencia N 20/2017, 13/02/2017, FIORENTINO FERREIRO (Red.), GRADÍN ROMERO, SIMÓN OLIVERA, publicada en DJDC, t.VI, año VI, FCU, Montevideo, 2018, c. 466, p. 730-731.

¹⁰⁶ TAC 3, Sentencia N 9/2016, 15/02/2016, OPERTTI GALLO (Red.), CARDINAL PLIEGAS, ALONSO FLUMINI, publicada en DJDC, t. V, año V, FCU, Montevideo, 2017, c. 432, p. 603.

También se dan incumplimientos en los cuales el deudor podría cumplir para evitar la resolución, pero a través del instituto del recesso unilateral por justa causa se coarta esta posibilidad, pues se prioriza que el contratante pueda poner fin al contrato de duración.

Veámoslo con algún ejemplo a los efectos de clarificar conceptos. Venimos de analizar el caso de la Terminal de Maldonado. Allí se constataron irregularidades en la venta de boletos, que a la postre, se traduce en un incumplimiento del contrato. Si el operador de la terminal de Maldonado pagara lo que no facturó podría evitar la resolución del contrato. Pero en ese caso el dueño de la línea de ómnibus no quiere intimar el pago y recibir el dinero sin más. En efecto, muy probablemente perdió la confianza en su contratante, y eso constituye justa causa para rescindir un contrato de duración que de lo contrario perduraría en el tiempo. Distinto si se tratara de la venta de un inmueble, que si el deudor cumple tardíamente luego del cumplimiento se extingue el contrato y no se continúa una relación prolongada con ese sujeto. Recordemos que el contrato de duración implica una ejecución continuada. Por ello creemos que no es necesario la intimación o el preaviso para poder desvincularse del contrato. Directamente se puede ejercer el derecho de recesso, que es un acto unilateral que produce sus efectos sin una sentencia de un juez que lo declare rescindido.

Otro ejemplo de justa causa para rescindir sería por ejemplo que falleciera el socio administrador de la SRL que se encarga de la distribución. Por más que contractualmente el contrato siga vigente y no se hubiera previsto específicamente el fallecimiento como un motivo de recesso, el socio de la SRL puede no tener herederos o los herederos no tener aptitud para continuar el negocio. En ese caso el fabricante que contrató con la SRL tiene justa causa para rescindir el contrato.

Se nos ocurren otras hipótesis que habilitan a rescindir, como ser el cúmulo de incumplimientos que distorsionan la relación comercial. Un distribuidor que entrega cheques en varias oportunidades, y no los paga o los paga con retraso, y a la vez comercializa los productos en forma tardía, incumpliendo plazos y en forma negligente, lo que provoca la pérdida de clientes. Esto ciertamente genera desconfianza en el distribuidor y malestar en el vínculo de las partes. Aun cuando no haya un incumplimiento definitivo porque por ejemplo abonó con retraso pero finalmente canceló la obligación, o porque se entregó la mercadería a los clientes (aunque con demoras), dado que se trata de una relación que se caracteriza por el sentido de colaboración, el contratante puede argumentar justa causa para rescindir.

Una reciente sentencia de TOVAGLIARE refiere justamente a esta cuestión al resolver acerca de la licitud del receso en un contrato de suministro. El magistrado señala que la justa causa vendría a ser un ámbito más amplio que el incumplimiento: *“Aún cuando exista un plazo contractual vigente, el derecho de receso resulta lícito si se verifica la existencia de una ‘justa causa’ para ello, pues como observa Berdaguer el receso unilateral tiene una esfera más amplia (que el de las relaciones de carácter perpetuo) y resulta aplicable a contratos con plazo final determinado, en aquellas situaciones expresamente previstas por la ley (ej. arts .2234 , 2249 inc. 2, 2269, 1933). Y –en lo que aquí interesa- en los contratos innominados como de distribución o suministro, también procede el receso unilateral siempre que se tenga por verificada una ‘justa causa’ para ello”*.¹⁰⁷

En ese caso se consideró que el atraso en los pagos y que el horno funcionara mal era justa causa para rescindir, pues se dio una acumulación de incumplimientos que deterioraron la relación. Compartimos plenamente el fallo. Son pequeñas cosas que se van sumando, que quizás consideradas aisladamente no tendrían la aptitud para catalogarlo de incumplimiento de acuerdo al 1431 CCU. Sin embargo, la sumatoria hace que se pueda considerar que se perdió la confianza y que sea justa causa para rescindir. Esto se vincula a la noción de justa causa como una especie de “válvula de escape” frente a la rigidez de la fuerza vinculante del contrato.

En definitiva, luego de analizar sentencias sobre el tema y leer la opinión de autores calificados en la materia podemos llegar a la siguiente conclusión: el incumplimiento siempre es, a la vez, una justa causa para rescindir el contrato. Pero la justa causa no necesariamente tiene que ser un incumplimiento - o al menos no de una obligación principal - pero aún así habilita a rescindir en forma válida.

Cuando es un incumplimiento grave de una obligación principal no habrá necesidad de ingresar en el tema de la justa causa, porque precisamente ya contamos con el Art. 1431 CCU que habilita a solicitar la ejecución o resolución del contrato. Allí la solución es la misma ya sea contratos de ejecución instantánea o de duración. La clave está en que en los contratos de duración además está la posibilidad de rescindir por justa causa. A veces la justa causa puede llegar a confundirse con incumplimiento pero también abarca motivos por los cuales se puede rescindir aunque no sea un incumplimiento de una obligación principal. Si fuera un contrato de cumplimiento instantáneo esta posibilidad no existiría.

¹⁰⁷ JDO LDO CIVIL 14, Sentencia N 38/2019, 16/07/2019, TOVAGLIARE ROMERO, publicada en BJN.

VI.5. Diferencias entre prórroga y renovación de contrato

Señala GAMARRA¹⁰⁸ que existe una tendencia a superponer los términos prórroga y renovación de contrato. En doctrina italiana, ROPPO los considera sinónimos y aclara GAMARRA que lo son en el plano de los efectos temporales porque ambos extienden el plazo. No obstante, algunos autores atribuyen a la renovación una connotación esencialmente novativa o por lo menos radicalmente modificativa. En la prórroga, en cambio, se trata de una modificación que atañe únicamente a la duración de un contrato que permanece inalterado en sus otras características; significa prolongación del contrato más allá del plazo originario. El contrato prorrogado continúa produciendo sus efectos luego del vencimiento del plazo.¹⁰⁹

Sin perjuicio de reconocer la distinción, dado que en la práctica se emplean los conceptos en forma intercambiable, nos referiremos a ellos en forma indistinta cuando se trate de una extensión del plazo contractual luego de vencido el plazo original del respectivo contrato.

VI.6. Sobre la posibilidad de rescindir el contrato durante la prórroga, luego de vencido el plazo inicial

Ahora bien, importa analizar qué sucede cuando el contrato se sigue ejecutando luego del vencimiento de su plazo inicial. A tales efectos, previamente hay que realizar una diferenciación según se haya pactado algo o no en el contrato a este respecto. Porque si el propio contrato prevé que se prorroga automáticamente por igual plazo salvo comunicación de la contraparte con determinada antelación, en ese caso se prorroga con las mismas características, y por tanto vuelve a correr un nuevo plazo igual al original. Distinta es la solución si nada se pacta en el contrato sobre qué sucede una vez culminado el plazo inicial. En esta última hipótesis, si las partes continúan con la relación comercial que las une, y siguen ejecutando las obligaciones pese al vencimiento del contrato, en esos casos no rige un nuevo plazo, sino que se rigen por las reglas de contratos de plazo indeterminado, en que cualquiera de las partes puede rescindir el mismo, siempre que no exista abuso.

¹⁰⁸ GAMARRA, Jorge, “Prórroga automática del contrato y derecho a no prorrogarlo”, DJDC, t. I, año I, FCU, Montevideo, 2013, p. 231.

¹⁰⁹ SANCHEZ FONTANS, Prórroga y negocio modificativo, AEU, 1961, p. 11, citado por GAMARRA, Jorge, “Prórroga automática del contrato y derecho a no prorrogarlo”, DJDC, t. I, año I, FCU, Montevideo, 2013, pág. 231.

Sobre el segundo caso no hay mucho para discutir. Vencido el plazo, se aplican las reglas relativas a los contratos sin plazo. Así se zanjó la discusión en el caso ANCAR contra ESSO. Las partes estaban vinculadas por un contrato sujeto a un plazo de 10 años, que comenzó a regir el 1° de marzo de 1998 y finalizó el 1° de marzo de 2008. Luego de vencido el plazo contractual, las partes resolvieron prorrogarlo por 4 meses hasta el 30 de junio de 2008, y luego por 4 meses hasta el 30 de octubre de 2008. En el mes de noviembre del año 2008 ESSO comunica su decisión de rescindir el contrato cuyo plazo estaba vencido, cursando un preaviso de 30 días a los efectos de permitir una salida ordenada del negocio. Ancar reclama que el receso fue abusivo en virtud de la extensa relación contractual que habían mantenido las partes. El Tribunal de Apelaciones compartió la valoración de la juez *a quo*, en el sentido de que el plazo estaba vencido así como sus prórrogas, y que ESSO habría actuado en un marco de licitud. Precisamente las prórrogas por unos pocos meses demostraron que la intención de ESSO era terminar la relación o al menos daba lugar a dudas de que dicha empresa tuviera alguna intención de prorrogar el contrato para el futuro.

Además de la prueba allegada al proceso se pudo constatar un deterioro producido en la relación comercial entre los contratantes. Eso nos lleva a compartir el fallo, en virtud de que no hubo indicios por parte del recedente que pudieran llevar a concluir que el concedente renovarían el contrato, si no todo lo contrario. En virtud de que el plazo se hallaba vencido y no se había pactado la prórroga, el contrato de duración se rige por la normativa y principios de los contratos sin plazo. Así el tribunal concluyó: *“No se probó que la empresa ESSO hubiera ejercido con abuso el derecho de receso, siendo de destacar que el plazo de 30 días que le otorgó a ANCAR LTDA. para permitir una salida ordenada del negocio no puede considerarse exiguo, cuando fue precedido de claros signos que evidenciaban el deterioro de una relación contractual que estaba destinada a fenecer”*.¹¹⁰

Otro ejemplo es el del Casino en el Hotel Mirador de Colonia. Se celebró un contrato de arrendamiento por el plazo de 5 años, prorrogable por períodos iguales con obligación de la parte arrendataria de comunicar su voluntad de renovar el negocio en un plazo de 60 días a partir del vencimiento de plazo contractual. La última prórroga venció en el año 2000 y a partir de ese año el arrendatario estaba en condiciones de rescindir en cualquier momento sin preaviso ya que el Hotel estaba en conocimiento que la rentabilidad era nula y ya se habían

¹¹⁰ TAC 6, Sentencia N 55/2014, 09/04/2014, HOUNIE SÁNCHEZ (Red.), KLETT FERNÁNDEZ, MARTÍNEZ ROSSO, publicada en ADCU, t. XLV, FCU, Montevideo, 2014, c. 115, p. 138-140.

cerrado las Salas principales, por lo cual la actora tenía conocimiento del inminente cierre del casino, con lo cual se desestima la demanda.

El debate se vuelve más complejo cuando en el contrato se prevé la prórroga automática pero se otorga la facultad a cualquiera de las partes de no prorrogarlo (o lo que es lo mismo de rescindirlo), pautando requisitos para su ejercicio. Así, por ejemplo, se pacta un preaviso de 30, 60, o hasta 90 días. La duda que se plantea es qué sucede si se incumple con ese preaviso, o si se confieren los 30 días pero fuera de fecha (a modo de ejemplo había obligación de preavisar en noviembre, y se cursó el preaviso en diciembre). En esos casos: ¿el receso es válido y sólo se debe indemnización por los 30 días que se omitió el preaviso? ¿o no opera el receso y por tanto corre una nueva prórroga del contrato?

Esta cuestión fue tratada por el TAC 6 en el caso Croci c/ IMM.¹¹¹ Haremos una breve síntesis del caso. La actora prestaba servicios médicos a la comuna a raíz de un contrato de función pública con plazo de 1 año, prorrogable en forma automática salvo que la Intendencia comunicara su voluntad de no prorrogarlo con un preaviso de 60 días.

Al vencimiento de una de sus prórrogas, la Intendencia comunica su voluntad de no renovar el vínculo contractual que la unía con la Sra. Andrea Croci, sin cumplir con el plazo de preaviso previsto en la ley N° 16.226, norma que regula la contratación de empleados no presupuestados. Así: *“La actora entiende que la consecuencia es que se operó en forma automática “la reválida” de la que habla el inciso primero del artículo. Por lo tanto, en su interpretación, por la mentada reválida, la actora tenía derecho a continuar prestando funciones en la I.M.M., ya que se habría operado la renovación automática del contrato de función pública en las mismas condiciones que se venía cumpliendo desde su ingreso (véase, fs. 44). La demandada, por su parte, entiende que, como no se produjo indefensión, la omisión del preaviso supone un vicio formal menor, que no resulta susceptible de causar agravio”*. El tribunal analiza el siguiente punto: *“el punto medular es definir qué fue lo que realmente se previó en el inc. 1° del multicitado art. 16. Más precisamente, si cuando la norma dice “... la reválida operará en forma automática al vencimiento del plazo contractual y en las mismas condiciones del contrato original...” implica que el contrato se renueva automáticamente como sostiene en su demanda o no”*. Ello puede entenderse, al menos, en dos sentidos:

¹¹¹ TAC 6, Sentencia N 33/2010, 10/03/2010, KLETT FERNÁNDEZ (Red.), HOUNIE SÁNCHEZ, MARTÍNEZ ROSSO, publicada en ADCU, t. XLI, FCU, Montevideo, 2010, c. 69, p. 166-171.

a) En el sentido de que al vencimiento del plazo se genera un nuevo vínculo contractual en idénticas condiciones que aquel cuyo plazo haya vencido, con una duración temporal idéntica (interpretación que postula la actora).

b) En el sentido de que el contrato se continúa cumpliendo en las mismas condiciones, pero que el silencio de la Administración no implica que automáticamente se produzca una renovación contractual de idéntica duración temporal que la original. En esta segunda interpretación, el silencio de la Administración significa que el vínculo se sigue cumpliendo en las mismas condiciones, pero sin que la Administración resulte ligada por un nuevo contrato con un nuevo plazo igual al anterior.

A juicio de la Sala, esta última es la interpretación que resulta más razonable. Por lo tanto, el tribunal consideró que la desvinculación, autorizada por la ley respectiva, se produjo dos meses después de la fecha de la resolución de cesar a la actora, con fecha 31 de diciembre de 2001, condenando a pagar solamente los servicios por los meses de enero y febrero 2002.

Por nuestra parte nos adherimos a lo sostenido por el tribunal, sin dejar de reconocer lo discutible del tema y ofreciendo otros argumentos distintos a los planteados por el *a quem*. El argumento que utiliza el tribunal es que no hay un nuevo plazo igual al anterior y que el contrato sigue vigente sin plazo y el funcionario continúa en su función hasta que la Administración decida ponerle fin. Entendemos que para resolver la cuestión bastaba con determinar qué función cumple el preaviso.

El preaviso no es un requisito de validez del receso, sino que establece la forma en que debe cumplirse para no incurrir en abuso. En efecto, luego de vencido el plazo original, el mismo se renueva automáticamente si las partes nada dicen. Pero si tienen voluntad de que no opere la prórroga deben comunicarlo con un plazo de antelación de 60 días. Si se comunica la rescisión antes de que vuelva a correr un nuevo plazo (en este caso antes del 31 de diciembre) pero no se cumple el plazo de preaviso de 60 días - por comunicarlo el 10 de diciembre en lugar del 1° de noviembre - deberán responder por los perjuicios causados. Pero el receso sigue siendo válido.

Allí se pactó un preaviso, para evitar abusos y un receso intempestivo. Preavisar es avisar o dar noticia antes, o sea notificar algo con el debido plazo de antelación. Se trata de una antelación con la que se debe notificar la decisión de ejercer el derecho extintivo. El preaviso es una cláusula contractual o disposición legal que establece un período de tiempo

de conocimiento sobre la decisión de rescindir el contrato con la finalidad de disminuir o evitar daños.¹¹²

De nuevo, si se incumple ese preaviso, el receso igualmente es válido y el mismo opera desplegando sus efectos, pero quien lo ejercitó debe los daños y perjuicios provocados por el receso abusivo que puede ser la retribución por esos 60 días o una indemnización mayor. Volviendo al ejemplo, en este caso la Intendencia fue condenada a abonar U\$S 1000 (dólares estadounidenses mil) por concepto de daño moral, además de las retribuciones que la actora debió obtener durante los 60 días que no se respetó el preaviso. Nos parece que dicha solución es válida porque respeta los intereses de ambas partes. El recedido recibe la indemnización correspondiente y quién no quiso que opere la prórroga logró no continuar en la relación jurídica pero abonando los daños ocasionados.

Compartimos lo expuesto por CHALAR y MANTERO en cuanto el preaviso es una forma de ejercitar el receso, que excluye el abuso. Pero no supone la atribución a la parte que lo ejerce de un derecho (el de poner fin a la relación) que no existiera previamente.¹¹³ En este caso se confiere el derecho, y el preaviso como forma de ejercitarlo para no incurrir en una conducta ilegítima que amerite la indemnización derivada de los daños ocasionados por la conducta abusiva. También conviene recordar la distinción que realiza CARNELLI cuando menciona que existen normas de competencia y normas regulativas de su ejercicio.¹¹⁴ Un ejemplo de norma de competencia sería cuando se establece una justa causa. La presencia de esta justa causa confiere a los contratantes competencia normativa, esto es, les confiere el poder normativo extintivo. Distinto son las reglas que regulan su ejercicio. El preaviso tiene que ver con la forma de ejercicio, y como no se cumplió ese preaviso, se traduce en una obligación de indemnizar los daños y perjuicios.

GAMARRA, haciendo un análisis de esta misma sentencia, criticó el fallo en cuanto entendió que el jerarca manifestó su voluntad de no prorrogar en forma intempestiva, y que por tanto operó la prórroga automática. En palabras del autor: *“O bien el jerarca guarda silencio durante el plazo de que dispone para oponerse a la prórroga y ésta se verifica; o*

¹¹² ORDOQUI, Gustavo, “Daño producido por el abuso en el ejercicio del derecho de rescisión unilateral sin causa del contrato de suministro”, extraído de: <http://www.guantor.com/assets/derecho-de-receso-y-abuso-en-el-contrato-de-suministro-de-abuso-de-derecho.pdf>

¹¹³ CHALAR, Laura, MANTERO, Elías, “Reflexiones en torno al receso unilateral en los contratos de ejecución continuada. Crítica a una tesis novedosa”, ADCU, t. XXXII, FCU, Montevideo, 2001.

¹¹⁴ CARNELLI, Santiago, “Licitud del ejercicio del receso unilateral”, en Revista Jurídica Regional Norte, UDELAR, N° 2, 2008, p. 32-33.

bien manifiesta su voluntad de no prorrogar tempestivamente (antes de los dos meses), en cuyo caso el contrato se extingue al vencimiento de su plazo (plazo final determinado) y por lo tanto los meses del preaviso en ningún caso serán afectados, sea cual fuere la decisión asumida por la Administración, el transcurso del plazo contrato originario (o del contrato originario prorrogado) es cumplido en su totalidad (incluidos los dos meses)”. Por otra parte el autor discrepa con el Tribunal en cuanto entiende que luego del plazo original el contrato se sigue ejecutando como un contrato sin plazo, crítica que compartimos ya que como expusimos estamos de acuerdo con el fallo pero por otros argumentos. GAMARRA expresa: “Lo que opera en forma automática es la prórroga del contrato, que, por ser tal, lo prolonga en las mismas condiciones del contrato original, esto es, con el mismo contenido y plazo del contrato originario; existe un solo contrato cuyo plazo final va desplazándose sucesivamente en cada una de las prórrogas”.

El encare del Maestro GAMARRA nos parece razonable y bien argumentado. De hecho, en un análisis primario estuvimos de acuerdo con su posición. No obstante, analizando la naturaleza del preaviso, y el hecho de que el plazo original ya se había cumplido, y que las partes quisieron que se pudiera no renovar el mismo luego del plazo inicial¹¹⁵, entendemos que el receso será válido sin perjuicio de la indemnización que corresponde por ejercerlo en forma intempestiva.

En otro caso resuelto por el TAC 1° se condenó al recedente, ya que se celebró un contrato de distribución por el plazo de 1 año, renovable en forma automática salvo que algunas de las partes comunicara con un preaviso de 30 días su intención de terminarlo. La prórroga automática se produjo el 1° de enero de 2012, el fabricante rescindió sin expresión de causa el día 13 de marzo de ese mismo año. En el momento que se comunicó la rescisión (en la cual tampoco confirió 30 días para seguir ejecutando el contrato), el contrato se hallaba vigente ya que había operado la prórroga. Por eso la Sala concluye que no es posible aplicar el receso unilateral en cualquier momento, el que únicamente puede ser ejercido al vencimiento del plazo o de sus eventuales renovaciones.¹¹⁶

¹¹⁵ En este caso particular no fueron las partes ya que estaba previsto en una ley la forma de no renovar el contrato, pero nuestra intención es ampliar el razonamiento más allá de este ejemplo, para supuestos en que fue previsto contractualmente.

¹¹⁶ TAC 1, Sentencia N 147/2014, 10/09/2014, VÁZQUEZ CRUZ (Red.), CASTRO RIVERO, SALVO LÓPEZ DE ALDA, publicada en ADCU, t. XLV, FCU, Montevideo, 2014, c. 117, p. 142-143.

Este supuesto es distinto del anterior porque el recedente comunica la rescisión después de que ya se prorrogó automáticamente (más de dos meses después al 1° de enero), que difiere de la solución anterior donde rescinde antes de que se produzca la prórroga y sólo debe daños por no cumplir con el preaviso pactado. Acá no sólo no cumple con el preaviso sino que además rescinde después que la prórroga ya operó.

Además también, como en todo, hay una diferencia en la defensa que ensaya el abogado de la parte. Veamos: no es lo mismo defenderse argumentado que el receso fue válido y que el preaviso refiere a la forma en que debe ser ejercido, por lo cual es válido aun cuando se deban daños, a argumentar simplemente que se tenga por no puesta la cláusula de prórroga automática y sostener que la rescisión unilateral se puede ejercer en cualquier momento del contrato.

Sin perjuicio de lo expuesto, reconocemos que la cuestión es altamente discutible, y que son atendibles los argumentos de quienes sostienen que si no se ejerce el preaviso tal como se estipuló en el contrato, entonces opera la prórroga automática.

VI.7. Relevancia de la conducta de las partes para determinar si es lícita o abusiva la opción de no renovar un contrato

Otro aspecto que despierta interés y tiene mayor importancia en el campo práctico en relación a la renovación, es la consideración de la conducta de las partes durante el desarrollo de la relación contractual, y si su actuar tiene la potestad de influir en la posibilidad de optar por la no renovación del contrato. En este punto BERGSTEIN comenta el caso “Fábrica Nacional de Cerveza”, que involucraba una relación contractual al amparo de un contrato de distribución con plazo de un año, prorrogable por períodos anuales y consecutivos, siempre que una parte no decidiera ponerle fin comunicándolo con una antelación de 60 días.

En palabras del autor la Suprema Corte de Justicia sentó un verdadero precedente, al establecer: *“la mera renovación previa, aun por sucesivos períodos anuales, no puede estimarse per se como un signo inequívoco de que la parte demandada habría de prorrogar in eternum el contrato de distribución. Tal extensión temporal automática y previa no constituye un comportamiento o conducta del recedente susceptible de generar en el*

*distribuidor la confianza de que a cada vencimiento ulterior la prórroga se verificaría en todo caso y sin excepción”.*¹¹⁷

Compartimos tal postura. Basta con que se cumpla con el plazo de preaviso pactado para no incurrir en responsabilidad por ejercer la legítima facultad de no renovar un contrato cuyo plazo se encuentra vencido.

La buena ejecución del contrato o la marcha sobre rieles durante años es parte del normal cumplimiento del contrato, y por tanto, no puede servir de excusa para considerar que el recedente incurre en responsabilidad por ejercer la facultad de no renovar el contrato.

Con suma claridad lo expresó GAMARRA: *“La reiteración de las prórrogas durante muchos años no es un comportamiento concluyente en pro de la renovación futura porque en el momento en que ésta acontece, el sujeto es siempre libre para decidir si prorroga o recesa; libertad que proviene del ejercicio de un derecho discrecional (como el ave fénix vuelve a renacer de sus cenizas en cada uno de los períodos de prórroga siguientes)”.*¹¹⁸

Distinto es cuando se genera un estado de confianza que supera lo normal, y que en base a la teoría del acto propio podría catalogarse que el receso es ilegítimo por violar la confianza del recedido. Entran en juego los elementos extratextuales, es decir, el contexto en que se verifica la rescisión, el cual no debe dejarse de lado por el intérprete.¹¹⁹ Algunos ejemplos que señala BERGSTEIN son: otorgamiento de premios en fecha reciente por el excelente nivel de ventas o el estímulo a inversiones que posibiliten la extensión del área de distribución o la captación de nuevos consumidores, comunicaciones expresas anticipando la renovación, solicitud de un plan de negocio para un próximo ejercicio, entre otros.¹²⁰ En estos supuestos sí estamos de acuerdo en que se genera confianza en el otro contratante, que válidamente puede esperar la renovación del vínculo contractual y el daño provocado será imputable al recedente por violación al principio de buena fe.

¹¹⁷ BERGSTEIN, Jonás, “La extinción del contrato de duración: Trece años después”, ADCU, t. XXXIX, FCU, Montevideo, 2008, p. 815

¹¹⁸ GAMARRA, Jorge, Buena fe contractual, FCU, Montevideo, 2011, p. 112-113.

¹¹⁹ Compartimos la crítica que efectúa GAMARRA al TAC 3 en Sentencia N 333/2007 en el sonado caso Jara c/Conaprole, cuando señala que es contradictorio decir que el contexto negocial no se puede valorar porque no se incorporó al contrato, lo que equivale a sostener que los elementos extratextuales sólo valen cuando entran a formar parte del contrato (del texto), esto es, cuando han dejado de ser extratextuales. Nos remitimos al análisis pormenorizado que efectúa el autor acerca del referido fallo y la decisión contraria adoptada por la Suprema Corte de Justicia: GAMARRA, Jorge, “Suprema Corte de Justicia N 127, 20/05/09. Formalismo jurídico versus principios generales de derecho. Interpretación del contrato”, en ADCU, tomo XXXIX, FCU, 2008, p. 901.

¹²⁰ BERGSTEIN, Jonás, “La extinción del contrato de duración: Trece años después”, ADCU, t. XXXIX, FCU, Montevideo, 2008, p. 817.

Pero fuera de estos casos, nos parece que haber prorrogado el contrato en el pasado no genera la obligación de seguir renovándolo en el futuro. El argumento de mayor peso para compartir esta postura radica en que los contratantes aceptaron pacíficamente tanto su plazo inicial como la opción de no renovación al cabo de cualquiera de sus prórrogas, por lo que no parece coherente tenerlo por no escrito. Lo contrario implicaría desconocer la fuerza vinculante del contrato, la vigencia del *pacta sunt servanda* y desvirtuaría el derecho a la no renovación. Un pasaje de este autor que ha sido citado en varias oportunidades por la jurisprudencia cuando señala: “*Hay una cuestión de public policy, vinculada a la seguridad jurídica y a la protección de la palabra dada, que es esencial: la tutela de la legítima confianza o expectativa del destinatario de la declaración de voluntad en la palabra que se le ha dado*”.¹²¹

En estos casos lo que será decisivo es determinar si corresponde o no aplicar la teoría del acto propio. Si la accionante puede demostrar que con su conducta el recedente generó la legítima confianza de que no rescindiría el contrato, entonces el ejercicio del receso sin más resulta abusivo. La “*Teoría sobre la relevancia jurídica de la conducta anterior*” o “*teoría de los actos propios*” es una construcción jurídica que otorga trascendencia a una serie de actos u omisiones que – por la forma de su manifestación o por su apariencia – han dado justo motivo a que otros sujetos adapten su propia situación.¹²² En tal sentido la conducta de cualquier sujeto de derecho se torna inoponible, cuando es contradictoria con otra anterior, jurídicamente válida y eficaz.¹²³

¹²¹ BERGSTEIN, Jonás, “La extinción del contrato de duración: Trece años después”, ADCU, t. XXXIX, FCU, Montevideo, 2008, p. 819.

¹²² BERRO, Federico La relevancia jurídica de la conducta anterior (teoría de los actos propios), AMF, Montevideo, 1989, p. 91/92.

¹²³ TAC I, Sentencia N 135/2014, 09/04/2014 publicada en ADCU, tomo XLV, FCU, 2014: “... se entiende que está vedado “venire contra factum proprium” o sea que cada sujeto debe ajustar su conducta a la coherencia con sus acciones anteriores y, en consecuencia, no le está permitido sostener actitudes contradictorias con las precedentes o previas, en la medida en que éstas eran para los terceros con quienes se relaciona, síntomas eficaces de un modo determinado de comportamiento (Conf. Adolfo Gelsi Bidart “Acerca de la Teoría del Acto Propio” en Revista Jurídica Estudiantil Año III t. 5, p. 18; Laura Barbieri “La doctrina de los actos propios en nuestra jurisprudencia” en A.D.C.U. t. XXX p. 767). “Como se dijo en las sentencias citadas, el fundamento de dicha teoría se encuentra en el principio de buena fe, con raigambre constitucional (artículos 7, 72 y 332 de la Carta), así lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia (sentencia N° 41/2007 en A.D.C.U. t. XXXVII c. 1063 pág. 599). Ese principio así como considera ilícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior que indica objetivamente una actitud de renuncia, también impide adoptar una posición y cambiarla arbitrariamente (Conf. Enneccerus y Nipperdey “Tratado de Derecho Civil” Parte General t. I vol. 2, p. 482; sentencias N 213/2007 en A.D.C.U. t. XXXIV nota 1026; N 80/2005 y 91/2005 en A.D.C.U. t. XXXVI nota 1092; N 187/2008 en A.D.C.U. t. XXXIX nota 964; N° 91/2004, entre otras de la Sala)”.

VI.8. Desistimiento unilateral y operación económica

Un caso que podemos llamar paradigmático es de la Cantina del Banco BBVA, no solo porque se examinan varios temas discutidos sobre la facultad de receso unilateral en los contratos sujetos a plazo, sino también porque la judicatura pone sobre el tapete la cuestión de la operación económica y le hace jugar - en segunda instancia - un papel importante en la resolución del conflicto.

El caso fue comentado *ut supra* cuando se discutió sobre la validez o nulidad de establecer una cláusula que habilite a cualquiera de las partes a ejercer el desistimiento unilateral de contrato en cualquier momento del plazo contractual o sus prórrogas.¹²⁴ Como ya fuere analizado, la SCJ entendió que dicha cláusula era válida - pues no siendo un contrato de adhesión, sino un contrato paritario entre particulares - no violaba el artículo 1253 del CCU por haberse conferido la facultad a ambos contratantes, confirmando lo sostenido por la jueza *a quo*, Dra. Claudia KELLAND.

Sin embargo en segunda instancia el TAC 1 entendió que dicha cláusula era nula por violar los Arts. 1253 y 1291 CCU, ya que cada contratante podría rescindirlo a su antojo. Para arribar a dicha conclusión la Sala realiza un minucioso análisis. En primer lugar puntualiza que la cláusula provoca cierta perplejidad: ¿cómo puede fijarse un plazo y a la vez establecer que ese plazo cae en cualquier momento respetando el preaviso de 60 días? Frente a esta contradicción se proponen dos maneras de resolver el caso. La primera, entendiendo que se pactó un plazo de un año prorrogable por períodos consecutivos, salvo preaviso de 60 días, por lo que la cláusula que habilita a rescindirlo en cualquier momento del plazo o sus prórrogas es nula, en base a la normas citadas. En otra lectura de la misma cláusula podría entenderse que fijar en un contrato de tracto sucesivo un plazo que cae por la sola voluntad de cualquiera de las partes con un preaviso de 60 días, es en realidad, fijar un plazo mínimo de 60 días. El TAC entiende que se trata de un contrato no paritario ni negociado, dada la obvia diferencia de poder de negociación entre la institución bancaria que cedía un espacio de su local para instalar un servicio de cantina y quien toma a cargo ese servicio. Eso lleva a indagar con mayor detenimiento *“la ecuación económica que constituye la causa del negocio”*.

Es de destacar la consideración que tiene el tribunal sobre las circunstancias en que está inmerso el contrato: no puede soslayarse que un emprendimiento de esas características

¹²⁴ Ver citas N 99 y 100 *supra*.

requiere una cierta inversión (mobiliario, mercadería, personal), por lo que sería irracional que la idea fuera trabajar sólo dos meses. Más bien parecería tener una vocación de continuidad.

En este sentido hay que buscar la causa específica por la cual las partes deciden contratar, y concretan una determinada operación: *“Tal lectura del acuerdo se adecua a la interpretación doctrinaria actual acerca de la causa contractual, que deja de lado la noción puramente formal y abstracta, que asocia la causa a cada tipo contractual. La doctrina actual no quiere perder contacto con la realidad económica en que se inserta cada negocio jurídico, por lo que entiende la causa como la razón concreta para concertar una cierta operación económica, y para comprenderla cabalmente es preciso relevar todos los intereses en juego y observar el modo en que se articulan en el negocio en particular, se trate de un contrato o de varios contratos que pueden ajustarse o no a los tipos contractuales prefigurados en la ley. Así, en la doctrina italiana Ferri, Roppo y Gabrielli que propone atender “en concreto” al equilibrio que las partes han construido, en cada caso, para disciplinar sus intereses contrapuestos. Lo cual significa, tanto en clave interpretativa como reconstructiva de la voluntad contractual, considerar el negocio concreto creado por las partes, tanto en su singularidad como en su complejidad y, por tanto, la unidad del fin práctico que el mismo se propone realizar, para valorar la meritoriedad de la operación en su integralidad, en la cual se inserta el negocio singular, o bien la pluralidad de negocios coligados o dependientes entre sí...y poder de ese modo dar una justificación causal, ya sea a las prestaciones llamadas “aisladas”, ya sea a los negocios abstractos, ya sea a operaciones más complejas (Gabrielli, Enrico. “Causa, tipo y teoría del contrato” en Doctrina general del contrato, vol. I, Montevideo, 2009, p.27)”*¹²⁵.

También mencionan a BLENGIO y GAMARRA como los autores nacionales que han planteado una nueva concepción de la causa y concluye que en ese contexto, el intérprete del contrato subcausa no puede soslayar la operación económica en juego y debe razonablemente inclinarse hacia la tesis de un plazo prorrogable y concluir que el preaviso de sesenta días sólo podía operar para evitar una nueva prórroga al vencimiento del plazo anual.

¹²⁵ TAC 1, Sentencia N 7/2015, 02/02/2015, CASTRO RIVERA (Red.), SALVO LÓPEZ DE ALDA, VÁZQUEZ CRUZ, publicada en DJDC, t. IV, año IV, FCU, Montevideo, 2016, c. 393, p. 565.

La resolución de este caso en segunda instancia fue analizado - y criticado - por CAFFERA.¹²⁶ La primera puntualización del autor es que el razonamiento del Tribunal parte de un error ya que el contrato de marras no era un contrato con plazo. Dicho contrato no tenía “*más que la tenue apariencia de un plazo*”, pues establecía un plazo de un año prorrogable indefinidamente por sucesivos períodos anuales, sin prever un mecanismo por el cual la operación de las sucesivas prórrogas pudiera interrumpirse ni establece un máximo de prórrogas. Para dicho autor un contrato con plazo “perpetuo” es lo mismo que un contrato sin plazo, donde las partes tienen derecho a desistir en cualquier momento.¹²⁷ Luego parte del supuesto que aunque efectivamente el tribunal tuviera razón y el contrato tuviera plazo, igualmente la conclusión es desacertada así como la tesis de CARNELLI en la que se sustenta. CARNELLI considera nulo el pacto si el contrato está sujeto a plazo y válido cuando el contrato carece de plazo. En opinión de CAFFERA dicha tesis en este punto es “*internamente inconsistente y por tanto, necesariamente, falsa. Esto es, no se puede sostener al mismo tiempo que el receso ad nutum viola el artículo 1253 y es nulo si el contrato tiene plazo, y no viola el Art. 1253 y es válido, si el contrato no tiene plazo. Es que si el problema del receso ad nutum no está vinculado con la existencia o no de plazo, sino con el hecho independiente de que, en sí mismo, implica dejar el contrato en manos de un contrayente, debería ser siempre nulo. Como esto último no se sostiene tampoco se puede sostener lo primero*”.¹²⁸

Para resolver la cuestión realiza una interpretación del artículo 1253 que a nuestro entender - y lo expresamos con todo el respeto que merece el autor - resulta forzada. Veamos, según CAFFERA el artículo en cuestión prohíbe que el “cumplimiento” y “validez” quede en manos de uno de los contrayentes, es decir ninguna de las partes puede decidir libremente si cumple o no, y tampoco puede decidir si el contrato es apto para generar efectos jurídicos o no. Siguiendo el razonamiento de CAFFERA el receso *ad nutum* no habilita ninguna de esas dos cosas. En efecto, habilita a extinguir el contrato de duración pero mientras éste se

¹²⁶ CAFFERA, Gerardo “Receso unilateral y operación económica. Enredos ilustrativos” DJDC, t. IV, año IV, FCU, Montevideo, 2016, p. 53 y ss.

¹²⁷ CAFFERA, Gerardo “Receso unilateral y operación económica. Enredos ilustrativos” DJDC, t. IV, año IV, FCU, Montevideo, 2016, p. 54.

¹²⁸ CAFFERA, Gerardo “Receso unilateral y operación económica. Enredos ilustrativos” DJDC, t. IV, año IV, FCU, Montevideo, 2016, p. 55.

encuentre vigente, las partes no pueden optar por no cumplir ni pueden considerarlo no vinculante. Misma posición ratifica en su reciente libro sobre Obligaciones.¹²⁹

No compartimos dicha lectura de la norma. Justamente el receso es la forma de extinguir los efectos del contrato poniendo fin al mismo por la sola voluntad de uno de los contrayentes. Al ponerle fin al contrato está decidiendo sobre los efectos del mismo. Por eso es que se hace la diferenciación de los contratos con o sin plazo. Porque cuando no están sujetos a plazo se justifica que a las partes se les conceda esa facultad para priorizar otro principio que es el de la temporalidad del negocio jurídico y el de libertad. En cambio, cuando las partes pactan un plazo, deben respetarlo. En ese caso no hay necesidad de proteger el principio de temporalidad del negocio, y prima la igualdad de los contrayentes. Por otra parte, decir que el receso no tiene esa aptitud porque mientras se cumple no queda al arbitrio de ninguno de los contratantes, nos parece que no se condice con la intención del legislador.

Finalmente, CAFFERA efectúa una crítica por recurrir a posturas doctrinarias como la de la operación económica y la causa concreta. En opinión del autor hubiese bastado que se dijera que se trataba de descubrir la común intención de las partes (Art. 1298 del CCU¹³⁰). Señala que en definitiva el Tribunal tuvo que diseñar su argumentación con alusión a otros factores, porque el plazo de 60 días le parecía irracional, y no hay que suponer que las partes actuaron de acuerdo con el modelo de racionalidad del tribunal.¹³¹

Tampoco compartimos estas conclusiones. Para empezar y más allá de estar de acuerdo o no con el fallo, destacamos que los tribunales introduzcan en sus sentencias doctrinas que son aplicables en nuestro ordenamiento jurídico. Quien entienda que es una repetición del Artículo 1298 del CCU tampoco tendría argumento para estar en contra, por el contrario, estaría ratificando que es derecho vigente en nuestro país. Por otro lado, con el mismo argumento de CAFFERA de que la solución se encuentra en dicha norma, sirve de base para interpretar la normativa teniendo en cuenta la realidad actual y la complejidad de las relaciones jurídicas. Volviendo a la cuestión de la sentencia, si el tribunal entiende que frente a dos lecturas de la cláusula, una resulta irracional y no resulta acorde a los elementos

¹²⁹ CAFFERA, Gerardo, *Obligaciones*, FCU, Montevideo, 2018, p. 474-476.

¹³⁰ Art. 1298 del CCU: “Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos.”

¹³¹ CAFFERA, Gerardo “Receso unilateral y operación económica. Enredos ilustrativos” DJDC, t. IV, año IV, FCU, Montevideo, 2016, p. 56-58.

extratextuales, es lógico que prime la otra interpretación. No es el tribunal queriendo imponer “su lógica” sino justamente brindado lógica a la resolución del caso concreto.

CARNELLI también brindó su opinión sobre el caso de la cantina así como de las tres instancias del proceso.¹³² Personalmente nos pareció que más allá de analizar la cuestión del receso, el autor encontró un motivo para criticar la teoría de la operación económica, y especialmente discrepar con la posición de GAMARRA, como ya lo hizo en anteriores oportunidades.¹³³

Por su parte BERGSTEIN, al analizar sobre el plazo de contrato de duración y el derecho a no prorrogarlo, menciona la importancia de la operación económica: *“Quizás esto pueda comprenderse mejor si por un instante dirigimos nuestra atención hacia el verdadero meollo de la cuestión, la operación económica que involucra la celebración de un contrato de distribución bajo la modalidad de un plazo determinado y prorrogable. Desde este punto de vista es factible establecer que el interés del fabricante consiste - esencialmente - en la comercialización de sus productos sin obligarse a perpetuidad y conservando la libertad para extinguir la relación en ciertos momentos u oportunidades en el tiempo (por lo general: anuales). Previo a cada uno de esos momentos, el fabricante aprecia (periódicamente) el desarrollo y la conveniencia de mantener aquella relación, y en cuanto al distribuidor, es razonable inferir que este acepta el riesgo de que el fabricante o el principal extingan el contrato a la finalización de cada período de renovación, luego del plazo inicial. Vale decir que el distribuidor acepta integrar una relación claudicante y lo hace porque entiende que ello le reporta beneficios y la relación puede prolongarse durante un dilatado lapso. En síntesis, es el interés de ambas empresas - principal y distribuidor - el que determinar el tiempo de duración de la relación”*.¹³⁴

Entendemos que estos desarrollos permiten al intérprete ubicarse en una mejor posición para comprender la realidad del negocio que vincula a las partes, lo que se logra encuadrando el contrato en la operación económica que involucra los elementos textuales y extratextuales.

¹³² CARNELLI, Santiago, “La reconstrucción judicial del contenido contractual”, en ADCU, t. XLVI, FCU, Montevideo, 2015, p. 855-860.

¹³³ CARNELLI, Santiago, “La reconstrucción judicial del contenido contractual”, en ADCU, t. XLVI, FCU, Montevideo, 2015, p. 855-860.

¹³⁴ BERGSTEIN, Jonás, “La extinción del contrato de duración: Trece años después”, ADCU, t. XXXIX, FCU, Montevideo, 2008, p. 814.

VII. RECESO EN LOS CONTRATOS DE DURACIÓN SIN PLAZO DETERMINADO

VII.1. Primeras reflexiones sobre los contratos sin plazo

Los contratos no pueden durar indefinidamente; así como nadie puede estar obligado eternamente. A falta de plazo, cualquiera de las partes puede hacer cesar la eficacia del contrato mediante el ejercicio de la facultad de rescindir. Ello reposa en el principio de temporalidad del vínculo obligacional.

El legislador no vaciló en preverlo en forma expresa. El artículo 1836 CCU consagra esa libertad jurídica al disponer que nadie puede obligar sus servicios personales sino temporalmente o para obra determinada. También el artículo 1782 CCU establece un límite temporal en materia de arrendamiento de cosas.

Nadie cuestiona la posibilidad de rescindir el contrato de duración que no está sujeto a plazo. Ahora bien, no hay unanimidad respecto a si existe alguna limitación en la forma de ejercer el derecho de receso. Y para quienes sostienen que efectivamente existen tales limitaciones, tampoco hay una unificación de criterio sobre cuales son o sobre cómo se debe proceder para no incurrir en responsabilidad.

Son muchas las posiciones en la doctrina nacional. Por este motivo, nos pareció de utilidad resumir las distintas teorías que encontramos sobre este tema. Conviene aclarar que esta esquematización es enteramente personal a los efectos de facilitar nuestro estudio; por supuesto pueden existir otras clasificaciones.

En doctrina hemos podido identificar dos posiciones contrapuestas, y a su vez dentro de la segunda es posible distinguir tres “subteorías”:

A) la tesis más liberal, que invocando el principio de libertad, autonomía de la voluntad y temporalidad del vínculo obligacional, defiende a ultranza el receso *ad nutum*. Esto es, no se requiere justa causa y tampoco preaviso alguno para rescindir el contrato con plazo indeterminado. Cualquier daño que sufra el recedido no resulta indemnizable dado que el receso es un acto lícito que no genera responsabilidad. De acuerdo a esta posición, ambas partes tienen el derecho de receso o desistimiento unilateral en cualquier momento y valorando exclusivamente sus intereses y conveniencias.

En nuestro derecho no hemos encontrado una posición tan extremista. La opinión que, según pudimos recabar, más se asemejaría a esta tesis de corte liberal es la de CAFFERA, quien ha criticado que la jurisprudencia siempre exige preaviso, y por lo tanto daño y abuso terminan siendo sinónimos.¹³⁵ A su entender, los resultados de la versión uruguaya del test del abuso de derecho demuestran que bajo la forma de una regla de compensación excepcional (sólo en caso de abuso) se esconde la verdadera regla que es la de compensación en todos los casos. Plantea que el problema es que eso no cierra con la regla legal admitida como premisa, a saber, que existe libertad de finalizar los contratos sin plazo sin pagar daños.

136

Pero cuidado, no confundir. CAFFERA no niega que frente a un receso abusivo se puedan deber daños, lo que critica es que en nuestro medio la regla en la práctica resulta ser siempre indemnizar daños. Por eso es que si bien es la posición que más se acerca, tampoco parece encajar perfectamente dentro de esta teoría. Esto se verá más ampliamente, cuando se analice el contrato de distribución; allí nos explayaremos sobre la posición de este autor.

B) la tesis contraria si bien reconoce y admite el derecho a rescindir el contrato sin plazo en cualquier momento, en base a los principios de igualdad y buena fe sostiene que el receso no puede ser abusivo. Es decir que el abuso es un límite al ejercicio del derecho de receso, que en principio es libre pero no puede ser irrestricto.

Como mencionamos anteriormente, dentro de esta teoría se abren tres “subteorías”:

B1) por un lado, quienes consideran que el receso abusivo se torna ilícito y por ende es nulo o inexistente. En nuestro derecho solamente FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y LARRAÑAGA han sostenido que la abusividad provoca la nulidad del receso. Esta es una posición que se ha mantenido en solitario ya que el resto de la doctrina entiende que el receso será válido y eficaz pero al haberlo ejercido en exceso se genera la obligación reparatoria de daños derivados de la conducta abusiva.

B2) el test de los dos pasos: a partir de un caso jurisprudencial, quedó asentado un test que implica, en primer lugar, fijarse si hay justa causa. Solo si no la hay, recién ahí se entra a considerar si hubo abusividad. La existencia de justa causa excluye el abuso. Los

¹³⁵ CAFFERA, Gerardo, “Principios desbocados: El abuso de derecho y el preaviso en los contratos de distribución”, DJDC, t. II, año II, FCU, Montevideo, 2014, p. 50.

¹³⁶ CAFFERA, Gerardo, “Principios desbocados: El abuso de derecho y el preaviso en los contratos de distribución”, DJDC, t. II, año II, FCU, Montevideo, 2014, p. 51.

autores que han sostenido esta posición son CERISOLA-HERNANDEZ, BERGSTEIN y BERDAGUER.

B3) Finalmente, quienes consideran que aun existiendo justa causa igualmente hay que evaluar si se generó un perjuicio derivado de un receso abusivo. Esto ha sido expresado en nuestro foro por CARNELLI, GAMARRA, MARCHESANO.

El criterio mayoritario que predomina en doctrina y jurisprudencia es la segunda posición en sus dos últimas variantes (postura B2 y B3).

Los siguientes capítulos se dedicarán justamente a analizar las limitaciones a las que se enfrenta el contratante a la hora de rescindir el contrato de duración sin plazo, sobre todo la mirada de la jurisprudencia que se apoya en los estudios de la doctrina vernácula.

VII.2. Principio de libertad

Como adelantamos al iniciar este capítulo, el principio que rige en esta clase de contratos es el de libertad y, como derivación de este principio cardinal, el de la temporalidad del vínculo obligacional.

Tal como sostiene el Maestro GAMARRA: *“en el ámbito de los contratos de cumplimiento continuado o periódico, cuya duración no está determinada, teniendo en cuenta el principio de temporalidad del vínculo obligacional, la ley otorga un derecho potestativo (receso unilateral) a las partes contratantes, cuyo ejercicio pone fin a la relación jurídica”*, y como se trata de un derecho potestativo *“se ejercita sin necesidad de expresar motivo alguno (ad nutum) y produce efecto cuando llega a conocimiento de las partes (declaración de voluntad recepticia)”*.¹³⁷

Es sabido que al carecer de plazo, prima la libertad del contratante, ya que está ínsita la posibilidad de finalizar el vínculo contractual, aun sin justa causa. Aquí no se dan las particularidades que vimos en los contratos con plazo determinado, donde surgía la discusión sobre la posibilidad del receso y la colisión con el principio de igualdad, o las dificultades en torno a las cláusulas de prórroga automática o renovación del contrato. En la hipótesis que estamos analizando las reglas de juego son distintas, ya que el punto de partida es el principio de libertad.

En razón de considerar prevalente la protección de la libertad jurídica de los contratantes - de manera de impedir que permanezcan de por vida ligadas por el contrato - la

¹³⁷ GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. IX, FCU, Montevideo, 2010, p. 268-269.

ley sacrifica otros principios, que en su escala de valores ocupan un estamento de grado inferior.¹³⁸

Se ha dicho que se prioriza la libertad frente al principio de igualdad. A nuestro parecer lo que sucede es que se respeta la autonomía de la voluntad pues así como las partes decidieron someterse al contrato sin determinar un plazo, tienen la misma libertad para cesarlo, porque ellos mismos se reservaron esa facultad y decidieron ligarse sin fijar un término de duración específico.

Esto, sin perjuicio de las limitaciones que eventualmente surjan del contenido del propio contrato y de los límites que le impone, en ciertos casos, la teoría del abuso de derecho.¹³⁹

Como señala MERLINSKY refiriéndose a las modernas formas de contratación, el receso intempestivo implicaría una violación de la buena fe. También podría configurarse aquí un abuso de derecho. El fundamento del preaviso radica en la naturaleza de esta clase de contratos (distribución, agencia), la necesidad de readecuarse a su nueva realidad, ya sea buscando otro principal, ya sea redimensionando o clausurando su empresa.¹⁴⁰

Como se adelantó al comienzo de este ensayo, participamos de la postura que sostiene que derecho potestativo no puede ser sinónimo de derecho irrestricto. El paso de los años ha demostrado que los derechos no son absolutos. Vivir en sociedad implica que todo ejercicio de derecho tiene límites por el simple hecho de que también se debe respetar el derecho ajeno.

Está fuera de discusión que cualquiera de las partes está habilitada a rescindir el vínculo en cualquier momento, pero el receso no puede ser abusivo. Su ejercicio debe enmarcarse dentro de los límites de la buena fe contractual. Se entenderá el abuso de derecho como referencia o límite al ejercicio del desistimiento unilateral.

A continuación se analizarán las pautas para determinar cuándo se verifica un receso abusivo, así como las consecuencias del mismo.

¹³⁸ CARNELLI, Santiago, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XIV, FCU, Montevideo, 2009, p. 240.

¹³⁹ BERDAGUER, Jaime, “La “justa causa” de receso unilateral en los contratos de duración con plazo determinado”, ADCU, t. XXXIII, Montevideo, FCU, 2002, p. 470.

¹⁴⁰ MERLINSKY, Ricardo, Modernas formas de distribución comercial, Universidad, Montevideo, 1992, p. 13.

VII.3. Breves nociones sobre el receso abusivo. Incidencia del principio general de buena fe

La buena fe es el principio orientador, a la luz del cual debe examinarse si en el ejercicio del derecho de receso, atento al contexto en que se inserta y a la conducta de quien lo ejerce, se configura o no abuso de derecho.

La rescisión intempestiva es, esencialmente, un reclamo por abuso de derecho. Es decir, la condena deriva de un uso abusivo de un derecho. En efecto, el receso en los contratos sin plazo es una potestad que no se discute que existe, pero sucede que el recedido puede reclamar daños cuando ha sido ejercido abusivamente por el recedente.¹⁴¹

Ahora bien, la interrogante que se nos plantea es cómo detectar los casos de abuso de derecho. Se ha juzgado que el abuso de derecho queda configurado cuando el titular lo ejerce con dolo, culpa o negligencia, es decir con una mirada más de tipo subjetiva. Este criterio es menos protector para la víctima, puesto que para lograr una indemnización tendría que acreditar la intención de dañar o la actuación con culpa del recedente. No obstante, la jurisprudencia también ha sustentado criterios objetivos para identificar abuso: *“cuando se usa de manera irrazonable, excesiva o extravagante; o sin necesidad o interés legítimo, o en forma irregular o agravante; o causa un perjuicio inmotivado; o tiene intención de perjudicar; o se lo ejerce en forma contraria a la moral, a las buenas costumbres o de mala fe; o más allá de la necesidad determinada por la necesidad individual; o cuando se desvía de los fines de la institución o para los que fue conferido; o se utiliza en forma contraria al derecho natural; o de manera que afecte la solidaridad social; o se provoca un daño excesivo en relación a las consecuencias normales a su ejercicio”*.¹⁴²

También se ha sostenido como criterio mayoritario que hay abuso en el receso cuando se contraría la buena fe que - entre otras exigencias - supone un preaviso razonable a fin de que la extinción del vínculo no resulte intempestiva, sorpresiva o abrupta y el co-contratante tenga cierto tiempo para reorganizar su actividad empresarial y encontrar un modo alternativo de procurar el ingreso del que se verá privado por la finalización del vínculo.¹⁴³

¹⁴¹ CERISOLA, Andrés, HERNÁNDEZ, Alejandro, “El test jurisprudencial de dos pasos para determinar la existencia de una rescisión abusiva”, ADCU, t. XXVIII, FCU, Montevideo, 1997, p. 709.

¹⁴² TAC 7, Sentencia N 127/2013, 03/09/2013, COUTO VILAR (Red.), LÓPEZ UBEDA, ETTLIN GUAZZO, publicada en ADCU, t. XLIV, FCU, Montevideo, 2013, c. 292, p. 275.

¹⁴³ TAC 1, Sentencia N 123/2018, 01/08/2018, VENTURINI CAMEJO (Red.), SALVO LÓPEZ DE ALDA, MACCIÓ AMBROSINI, publicada en ADCU, t. XLIX, FCU, Montevideo, 2018, c. 436, p. 438.

Como enseña BLENGIO, “*existe abuso de derecho cuando se constata que lo que constituye el formal y aparente ejercicio de un derecho en realidad no lo es material o sustancialmente (Karimi), pues entrañando una violación de los límites internos del mismo, sitúa la especie en el ámbito de los actos ilícitos*”.¹⁴⁴

Este es uno de los puntos claves donde el principio de buena fe juega su rol principal, pues frente a un aparente derecho “ilimitado”, aparece la buena fe como mecanismo para frenar abusos.

En nuestro ordenamiento, resulta indiscutible la naturaleza de la buena fe como fuente integradora del contrato. Este principio de raigambre constitucional y de recepción legal está expresamente consagrado en el Art. 1291 inciso 2 del CCU: “los contratos deben ejecutarse de buena fe”; además de ser una regla de conducta del comportamiento de los sujetos.

GAMARRA señala que la expresión del artículo 1291 inciso 2 es un dato legal indeterminado que delega en el juez el poder de individualizar la regla de la buena fe que debe regir en el caso concreto. El autor toma como punto de partida preguntarse qué es la buena fe para los jueces, porque tratándose de una cláusula general, su contenido indeterminado se concreta por los magistrados (integración judicial).¹⁴⁵

El Maestro nos habla de tres categorías de sentencias. El primer grupo lo cataloga como pronunciamientos de “sabotaje contractual”, que son conductas en las cuales una de las partes actúa deliberadamente contra el contrato con el propósito de evitar que se cumpla su función económica y satisfaga los intereses programados. La segunda categoría refiere a la “prohibición de contradecirse en perjuicio de la confianza del otro”, que atañe a comportamientos que suscitan confianza en la otra parte, luego defraudada por una conducta contradictoria, opuesta a la originaria. También conocida en nuestro país bajo la terminología de “teoría del acto propio”. La última categoría denominada “buena fe solidaria”, implica actuar en beneficio de la otra parte para evitarle o mitigarle perjuicios, siempre y cuando no se afecte un apreciable interés propio.

Señala GAMARRA que en Uruguay es destacable la escasez de pronunciamientos judiciales sobre buena fe solidaria. Uno de los pocos ejemplos es el caso “Ferry Boat”.¹⁴⁶ La

¹⁴⁴ BLENGIO, Juan, “Abuso de Derecho. Breves reflexiones sobre algunos de sus aspectos principales”, ADCU, t. XXXVIII, Montevideo, 2007, p. 639-640.

¹⁴⁵ GAMARRA, Jorge, Buena fe contractual, FCU, Montevideo, 2011, p. 39.

¹⁴⁶ Nuestro agradecimiento a los Profs. Carlos DE CORES y Raúl GAMARRA por facilitarnos una copia de la Sentencia N 218/1989, 28/08/1989, TAC 1, MARABOTTO (Red.), GUTIERREZ, BERMUDEZ, PARGA LISTA, BURELLA (Disc.).

sentencia versa sobre una concesión de servicios de bar que funcionaba en un buque de traslado de pasajeros de Colonia a Buenos Aires. Se pactó que el concedente podría receder en cualquier momento que quisiera y elige hacerlo al comienzo de la temporada alta, donde las ganancias eran considerablemente mayores. Las sentencias de primera y segunda instancia declaran ilegal el receso porque el titular debió elegir la temporada baja a fin de no perjudicar de esa manera al concesionario. Este constituye un *leading case* ya que para los jueces actuantes “*la buena fe impone la postergación del receso hasta la temporada baja, con el fin de no privar al concesionario del lucro cesante que le aportaría la temporada alta*”, “*una buena fe solidaria llevada a sus últimos extremos, donde coincide con el ápice del buen samaritano, una buena fe a ultranza*”.¹⁴⁷

Comentando este mismo caso BERGSTEIN señala que la regla del desistimiento unilateral como solución de principio en los contratos de distribución de plazo indeterminado, no puede traducirse en un ejercicio arbitrario de ese derecho, de mala fe, libre de cortapisas y de escrúpulos, que conlleve a un aprovechamiento injusto, o desmedido por quien lo ejerce.¹⁴⁸

Conviene detenernos en algunos aspectos medulares que hacen al abuso del derecho de receso en este caso en concreto, ya que puede servir de pauta para resolver otros. Por ejemplo, la duración del preaviso que fue de tan sólo 9 días, en una relación que transcurrió por más de 11 años de manera satisfactoria, es decir, no hubo una justa causa que fundamentara el receso. Por el contrario se menciona la entrega de una medalla de oro por el buen desempeño. A todo esto se suma el factor más importante para concluir que hubo abuso, que fue la especial ocasión en que ocurre el receso: recién comenzaba la temporada alta.

Una referencia ineludible si hablamos de buena fe solidaria es la obra de BENÍTEZ CAORSI. Para este autor el negocio jurídico no es simplemente una oposición de intereses, sino que al celebrar un determinado negocio aflora un espíritu de solidaridad y deber de lealtad que permiten respetar la confianza y expectativa legítima depositada, y que conforman un presupuesto fundamental de la relación contractual.¹⁴⁹

Otro ejemplo que menciona el Maestro es el caso Jara c/ Conaprole.¹⁵⁰ En esa oportunidad un productor se había comprometido a remitir cierta cantidad de leche a

¹⁴⁷ GAMARRA, Jorge, Buena fe contractual, FCU, Montevideo, 2011, p. 116-117.

¹⁴⁸ BERGSTEIN, Jonás, La extinción del contrato de distribución, FCU, Montevideo, 2010, p. 63.

¹⁴⁹ BENÍTEZ CAORSI, Juan, Solidaridad contractual, Reus, Madrid, 2013, p. 99-101.

¹⁵⁰ SCJ, Sentencia N 127/2009, 20/05/2009, GUTIÉRREZ PROTO (Red.), VAN ROMPAEY SERVILLO, LARRIEUX RODRÍGUEZ, RODRIGUEZ CAORSI, RUIBAL PINO, publicada en LJU, Cita online: UY/JUR/574/2009.

Conaprole a cambio de un precio por litro. En determinado momento se comenzó a pagar un precio inferior y el productor mantuvo la relación (recibiendo ese precio menor) por varios años. Se entendió que no es correcto que se opte por permanecer en una relación contractual ante nuevas condiciones y luego de largos años se reclame por incumplimiento. Apunta GAMARRA que a la Corte no le interesó examinar una posible renuncia tácita del acreedor, sino que le bastó constatar que el productor de leche no actuó de buena fe.¹⁵¹

Fuera de estos casos que analiza GAMARRA - que a su entender se pueden catalogar de buena fe solidaria - se condena al contratante solamente por haber obrado deslealmente contra la buena fe, que en el caso de los contratos de duración se da cuando el receso se ejerce en forma intempestiva, causando daños al recedido por una terminación abrupta del contrato.

En un caso concreto, el TAC 1 sostuvo que el desistimiento de la demandada sólo pudo irrogar responsabilidad si hubiera sido abusivo, esto es, arbitrario, injustificado o de algún otro modo, excediera los límites razonables del derecho de receso. Los actores no alegaron en su demanda que el cese del vínculo hubiera sido abusivo; señalaron que fue sorpresivo pero sin fundamento alguno. Las acusaciones fueron controvertidas, justificando su decisión por la disminución del nivel de actividad de su empresa, y la recesión económica que sobrevino a mediados del 2002, descartando también la imputación de que el cese fue discriminatorio, en razón de la nacionalidad de los actores. Agrega el Tribunal que la prueba del abuso de derecho incumbía a los actores, concluyendo que el cúmulo de probanzas aportadas no permitía afirmar que hubiese existido abuso del derecho de receder.¹⁵²

En otro caso la SCJ expresa que no advierte que una emisora haya rescindido con abuso de derecho, de mala fe, en forma arbitraria o irracional. Por el contrario, se trató de un contrato de duración continuada sin plazo ni exclusividad, en el cual los actores nada pagaron a la radio durante trece meses por el espacio radial. En consecuencia, el receso unilateral no puede ser tildado de arbitrario o abusivo, máxime cuando se otorgó a los accionantes la posibilidad de continuar con el programa en horario diferente - sólo una hora más tarde - y no lo aceptaron.¹⁵³ Esto demuestra que si no se verifica abuso, no hay daño indemnizable.

¹⁵¹ GAMARRA, Jorge, Buena fe contractual, FCU, Montevideo, 2011, p. 76.

¹⁵² TAC 1, Sentencia N 49/2010, 12/05/2010, CASTRO RIVERA (Red.), SALVO LÓPEZ DE ALDA, VÁZQUEZ CRUZ, publicada en ADCU, t. XLI, FCU, Montevideo, 2010, c. 52, p. 127.

¹⁵³ SCJ, Sentencia N 49/2003, 12/03/2003, VAN ROMPAEY SERVILLO (Red.), PARGA LISTA, CAIROLI MARTÍNEZ, GUTIÉRREZ PROTO, GUILLOT MARTÍNEZ, publicada en BJA.

Podemos concluir entonces que salvo casos excepcionales donde se condena por incumplir la obligación de mitigar el daño al co-contratante - como es el caso de la buena fe solidaria de la que nos habla GAMARRA - la jurisprudencia ha entendido que se verifica abuso cuando el receso se ejerce con intención de dañar o cuando es sorpresivo y abrupto y esa intempestividad genera daños al recedido que resultan indemnizables.

VII.4. Justa causa y/o necesidad del preaviso

VII.4.1. Discusión doctrinaria

Conviene analizar ahora lo que se planteó al iniciar el presente capítulo. Si bien se admite el receso unilateral en los contratos de plazo indeterminado, no hay unanimidad de criterio en cuanto a los límites de su ejercicio o las consecuencias de un receso abusivo.

En una posición minoritaria, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y LARRAÑAGA sostienen que mediante el preaviso no se obtiene indemnización alguna, pues el recedido continúa, durante la pendencia del plazo, cumpliendo su prestación tal como lo hacía antes, y por consiguiente, la contraprestación que obtiene no es una indemnización sino exclusivamente el pago del precio por el cumplimiento de su obligación. Por tanto no adhieren a la tesis del preaviso por cuanto tendría naturaleza de plazo resolutorio impuesto unilateralmente por el recedente.¹⁵⁴

Esto se explica por cuanto para estos autores aun cuando el contrato carece de plazo, el receso se admite pero si a su vez hay una indemnización que debe el recedente necesariamente, respetándose los límites que debe tener el receso. Entienden que de esa manera se armoniza el principio de libertad - porque se admite el receso - y el principio de igualdad, que queda amparado al establecerse siempre una indemnización.

No compartimos dicha posición. A nuestra parecer cuando el contrato no está sujeto a plazo, en virtud del principio de libertad y temporalidad del vínculo jurídico, las partes tienen un derecho de receso *ad nutum*, y de principio no hay obligación de indemnizar. Solamente habrá una obligación de resarcir daños al recedido en cuanto este último logre probar que el receso en su contra se ejerció abusivamente por parte de su contratante.

Como adelantamos *supra*, a diferencia del resto de la doctrina, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y LARRAÑAGA sostienen que el receso ejercido en forma abusiva o

¹⁵⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gabriel, LARRAÑAGA, Luis, "Límites al receso unilateral", ADCU, t. XXX, FCU, Montevideo, 1999, p. 586.

contrario a la buena fe y equidad resulta absolutamente nulo o inexistente en razón de ilicitud o nulo en razón de contravenir normas prohibitivas.¹⁵⁵

Para el resto, en cambio, la intempestividad no genera nulidad, sino que se traduce en una obligación de indemnizar los daños y perjuicios de un ejercicio abusivo del derecho, posición que compartimos.

No puede soslayarse que el ejercicio del derecho de receso no está supeditado o condicionado en forma alguna al otorgamiento del preaviso, sino que su relevancia se conecta exclusivamente con la existencia o no del abuso de derecho. Tiene que ver con la forma de ejercicio, no con su validez.

Ahora bien, como ya fue adelantado, dentro del “grupo” de autores que estiman que el receso es válido pero que la abusividad genera una obligación de indemnizar los daños, hay dos teorías: para quienes la justa causa excluye el abuso y quienes sustentan que siempre se debe analizar si la conducta fue abusiva, aun cuando haya mediado una justa causa.

En la doctrina española, URÍA expresó *"El preaviso no será necesario en caso de incumplimiento por la otra parte de algunas de las obligaciones legales o contractuales estipuladas"*¹⁵⁶, lo que nos da la pauta que si existe justa causa no se requerirá preaviso.

En nuestro medio, CERISOLA y HERNÁNDEZ¹⁵⁷ ubican la cuestión debatida en sus justos términos. A partir del análisis de una sentencia de la jueza MAGGI del año 1998, proponen un test jurisprudencial de dos pasos. El primer paso consiste en determinar si la parte que ejerció el derecho de rescindir el contrato tuvo justa causa para ello, pues si así fue, el tribunal frena en esa etapa y desecha la posibilidad de un reclamo por rescisión abusiva. En ese caso, se concluye que se rescindió en forma válida y lícitamente. En cambio, si el tribunal decide que la parte que ejerció el derecho de rescisión no acreditó existencia de una justa causa, ingresa entonces en la segunda etapa del test y analiza la forma como se realizó la rescisión en cuestión. En esa etapa se indagará acerca de si existió preaviso razonable, si medió buena fe, si se defraudaron expectativas creadas por el propio recedente, si se causaron daños desproporcionados e innecesarios al distribuidor, entre otros.¹⁵⁸

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gabriel, LARRAÑAGA, Luis, “Límites al receso unilateral”, ADCU, t. XXX, FCU, Montevideo, 1999, p. 586.

¹⁵⁶ URÍA, Rodrigo, Derecho Mercantil, Marcial Pons ediciones jurídicas, Madrid, 1995, p. 730.

¹⁵⁷ CERISOLA, Andrés, HERNÁNDEZ, Alejandro, “El test jurisprudencial de dos pasos para determinar la existencia de una rescisión abusiva”, ADCU, t. XXVIII, FCU, Montevideo, 1997, p. 703-717.

¹⁵⁸ CERISOLA, Andrés, HERNÁNDEZ, Alejandro, “El test jurisprudencial de dos pasos para determinar la existencia de una rescisión abusiva”, ADCU, t. XXVIII, FCU, Montevideo, 1997, p. 709-710.

Los autores referidos vaticinaron que habría un antes y un después de esta sentencia, al haberse establecido los parámetros fundamentales de un test que sería la base de la jurisprudencia futura sobre rescisión intempestiva de contratos. Más de veinte años después podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que su pronóstico fue acertado, ya que este test es empleado por buena parte - quizás hasta podríamos decir por la mayoría - de la jurisprudencia nacional.

Con relación al abuso de derecho, CERISOLA y HERNÁNDEZ señalan, siguiendo el criterio mayoritario, que el ejercicio de un derecho es un acto legítimo que no genera responsabilidad para quién lo hace (aun cuando la contraparte sufra perjuicios como consecuencia de dicha decisión) con la sola excepción de cuando el derecho se ejerce con abuso. Como criterios generales se ha señalado: cuando es ejercido con culpa, dolo, ánimo de dañar, apartamiento de patrones de conducta socialmente aceptados, o cuando existe desacuerdo entre la finalidad de la conducta y la finalidad considerada normal o legítima del derecho ejercido.¹⁵⁹

Señalan que el preaviso ha sido muchas veces reverenciado como un tótem en el contexto de juicios por rescisión intempestiva. Lo cierto es que el preaviso es un elemento cuya ausencia no configura automáticamente abuso, ni siquiera en los casos en los que no ha mediado justa causa. La importancia que tiene el preaviso es que cuando el mismo se ha concedido por un lapso razonable es difícil concebir que la rescisión haya sido intempestiva o abusiva, y neutraliza el riesgo de que el ejercicio del derecho sea considerado malicioso o abusivo. Pero estamos de acuerdo con los autores que no es necesario cuando se rescinde por justa causa, o cuando en los hechos el contrato se dejó de ejecutar hace ya un tiempo o también cuando el futuro recedido ya tomó conocimiento con anticipación de que su co-contratante tenía intenciones serias de finalizar el vínculo (una suerte de preaviso tácito).

Concluyen que el preaviso no es un elemento sagrado de las rescisiones unilaterales sino uno de los múltiples elementos que pueden ayudar a determinar la existencia o no de abuso en el caso de una rescisión unilateral¹⁶⁰, posición que compartimos y que será expuesta en detalle en un literal *supra*. Allí expondremos los motivos por los cuales entendemos que el preaviso expreso no es preceptivo en todos los casos.

¹⁵⁹ CERISOLA, Andrés, HERNÁNDEZ, Alejandro, “El test jurisprudencial de dos pasos para determinar la existencia de una rescisión abusiva”, ADCU, t. XXVIII, FCU, Montevideo, 1997, p. 712.

¹⁶⁰ CERISOLA, Andrés, HERNÁNDEZ, Alejandro, “El test jurisprudencial de dos pasos para determinar la existencia de una rescisión abusiva”, ADCU, t. XXVIII, FCU, Montevideo, 1997, p. 714.

La posición antes expuesta también ha sido sostenida por BERGSTEIN: *“Primero es menester determinar si hubo o no justas causas de extinción que justifiquen el desistimiento unilateral, por cuanto tales causales descartan el abuso de derecho y excluyen por consiguiente la responsabilidad. Sólo subsidiariamente y en caso que no mediaran justas causas de extinción, es pertinente ingresar al examen de la manera en que el desistimiento fue ejercido. (esto es: si se otorgó un preaviso razonable, si el desistimiento se ejerció en tiempo oportuno)”*.¹⁶¹ Esto también fue sustentado por BERDAGUER quién sostiene que la causa de justificación excluye el abuso.¹⁶²

En el otro costado, están quienes consideran que siempre debe evaluarse si hubo abuso, aun cuando exista justa causa.

En este sentido CARNELLI: *“El hecho de que en el contrato se haya estipulado como condición necesaria del receso unilateral del contrato la presencia de una justa causa, ello no excluye que su ejercicio quede al margen del abuso de derecho, porque aquella no confiere un “bill” de inmunidad al recedente”*.¹⁶³

Es decir que la presencia de una justa causa para desistir unilateralmente del contrato, no excluye que su ejercicio sea susceptible de abuso de derecho. La presencia de una justa causa sólo les confiere a los contratantes competencia normativa (poder normativo extintivo) pero no es una regla regulativa de su ejercicio.

CARNELLI aclara que el abuso de derecho tiene relación con el ejercicio irregular del poder normativo extintivo. Esto quiere decir que el receso es válido, pero se genera responsabilidad contractual y responderá por los daños y perjuicios que generó el abuso.¹⁶⁴

Para GAMARRA el receso es abusivo: a) cuando falta la justa causa, y b) cuando, habiendo justa causa, se ejercita con violación de la buena fe. Puntualiza que no basta la justa causa para excluir el abuso. Cita como ejemplo un fallo del TAC 5 que resolvió que el receso estaba fundado en el pago con cheques sin fondo emitidos por el distribuidor, circunstancia que aparejaba la pérdida de confianza; pero que la falta de preaviso volvía intempestivo el

¹⁶¹ BERGSTEIN, Jonás. “Contratos de Distribución. Distribución de hecho. Justas causas de extinción. Rescisión abusiva. Preaviso Razonable”. ADCU, t. XXVI, FCU, Montevideo, 1995, p. 541.

¹⁶² BERDAGUER, Jaime, “La “Justa Causa” de Receso Unilateral en los Contratos de Duración con Plazo Determinado”, ADCU, t. XXXIII, FCU, Montevideo, 2002, p. 478.

¹⁶³ CARNELLI, Santiago, “Licitud del ejercicio del receso unilateral”, Revista Jurídica Regional Norte, UDELAR, N 2, 2008, p. 30.

¹⁶⁴ CARNELLI, Santiago, “Licitud del ejercicio del receso unilateral”, Revista Jurídica Regional Norte, UDELAR, N 2, 2008, p. 32-33.

receso y obligaba a indemnizar por la ganancia que hubiera percibido durante 3 meses, en caso de continuar la ejecución del contrato.¹⁶⁵

No compartimos tal puntualización, en cuanto entendemos que la justa causa enerva el abuso y habilita al recedente a ejercer su derecho sin tener que continuar vinculado a un sujeto del que perdió la confianza, que su conducta por tanto no es ilícita y que si el recedido sufre daños, estos no son indemnizables aun cuando pudiera probarlos en los estrados.

Si media justa causa el actuar es lícito, y los hechos lícitos sólo dan lugar a indemnización cuando expresamente la ley así lo dispone, y este no es el caso.

MARCHESANO se adhiere a la posición de CARNELLI en cuanto la justa causa no regula la forma en que se debe ejercer el receso, y rechaza el test jurisprudencial de dos pasos para determinar la existencia de una rescisión abusiva, dado que no se puede descartar la existencia de abuso de derecho, y por consiguiente de responsabilidad, únicamente por constatar que el ejercicio del receso tuvo justa causa ya que podemos encontrar una conducta abusiva en la falta de cumplimiento en la forma estipulada para el ejercicio del receso (como ser la falta de preaviso).¹⁶⁶

Tampoco compartimos esta posición. La justa causa excluye el abuso y hace innecesario el preaviso. Incluso en los contratos con plazo no se requiere preaviso si existe justa causa, mucho menos cuando el contrato carece de plazo.

Se ha puesto como ejemplo que un caso de abuso sería cuando el fabricante - aun con justa causa - humilla al distribuidor públicamente en oportunidad de ejercer el receso, a través de difamaciones e injurias. Consideramos que en ese supuesto podrá haber responsabilidad de quien recede pero no derivado del receso, sino por cometer un acto ilícito, esto es, por violentar el honor de la persona o incluso podría hablarse de un daño comercial de la persona jurídica. El receso no se torna abusivo, sino que lo que nace es una acción para reclamar daños y perjuicios; una potestad que la víctima igual tendría derecho a ejercitar aunque no hubiese existido el receso.

¹⁶⁵ GAMARRA, Jorge, Buena fe contractual, FCU, Montevideo, 2011, p. 126.

¹⁶⁶ MARCHESANO, Agustín, “Consideraciones sobre el receso unilateral de contrato”, Revista de Derecho y Tribunales, N 31, AMF, 2017, p. 46.

VII.4.2. Recepción jurisprudencial

El criterio mayoritario a nivel de la jurisprudencia vernácula es el de aplicar el test de dos pasos propuesto por los autores HERNÁNDEZ y CERISOLA a partir del fallo de la juez MAGGI.

Así el TAC 5 ha sostenido que respecto a la necesaria existencia de preaviso se estima que el mismo solamente resulta necesario cuando no existe expresión de causa.¹⁶⁷ El estándar de análisis en torno a la configuración del abuso de derecho en los contratos de distribución, debe partir en primer lugar en evaluar la existencia de justa causa y sólo si esta no existiera subsidiariamente estudiar la manera en que el receso fue ejercido. Se adhiere al “test de dos pasos” que consiste en apreciar en primer lugar, si la parte que ejerció el derecho de rescindir el contrato tuvo justa causa para ello; si el tribunal decide que la parte que ejerció el derecho de rescisión no acreditó existencia de una ‘justa causa’, ingresa entonces en la segunda etapa del test y analiza la forma como se realizó la rescisión en cuestión, esto es, si existió preaviso razonable, si medió buena fe, si se defraudaron expectativas creadas”.¹⁶⁸

El TAC 3 también se adhirió al criterio de CERISOLA-HERNÁNDEZ: *“Recién si se concluye en la ausencia de justa causa, corresponde ingresar al análisis de la forma en que se ejerció el receso. Máxime en la especie, donde en el acto de proposición inicial no se explicita con claridad un abuso de derecho proceder ilícito de la empresa, limitándose a alegar la omisión de preaviso”*.

En este caso el tribunal consideró probada la justa causa para rescindir, por cuanto la pericia demostró el bajo nivel de ventas registrado incluso en época de zafra, entendiendo que tales elementos *“resultan justificativo suficiente para la pérdida de confianza de la distribuidora”*.¹⁶⁹

En igual sentido el TAC 4 expresó que en el proceso de verificación de un supuesto de abuso de derecho, la existencia de justa causa, excluye dicho abuso. Así, los puntos medulares alegados por la demandada para disponer el receso unilateral fueron incumplimientos atribuidos al actor dado que se alega problemas de distribución, la que se sostuvo no se atendía en forma desde hacía meses, la falta de emisión por parte del DGI del

¹⁶⁷ TAC 5, Sentencias N 104/2009, 09/09/2009, N 12/2012, 15/02/2012, N 28/2016, 10/02/2016, SIMÓN OLIVERA (Red.), GRADIN ROMERO, FIORENTINO FERREIRO, publicadas en BJA.

¹⁶⁸ Este mismo criterio también fue sustentado en Sentencias N° 104/2009, 6/2010 y 12/2012, las cuales pueden ser consultadas en la BJA.

¹⁶⁹ TAC 3, Sentencia N 11/2010, 10/02/2010, ALONSO FLUMINI (Red.), CHALAR VECCHIO, CARDINAL PIEGAS, BELLO ASTRALDI, publicada en ADCU, t. XLI, FCU, Montevideo, 2010, c. 50, p. 123.

certificado único, como consecuencia de ello, la solicitud de regularización de su situación y el cambio de titularidad de la empresa sujeto a la condición de la firma de contrato, lo que no fue cumplido. En consecuencia, teniendo presente tales extremos y ante la falta de acuerdo en las estipulaciones contractuales y diferencias en la forma en que se cumplía el contrato, el tribunal entendió la rescisión como una solución razonable. No se comprobó que la desvinculación resultara ejercitada con culpa, dolo, ánimo de dañar, apartamiento de patrones de conducta socialmente aceptados, o frontal desacuerdo entre la finalidad de la conducta y la finalidad considerada normal o legítima del derecho ejercido, con absoluta prescindencia del poderío económico de las empresas contratantes o ponderación de eventuales calidades de dominante-dominado, habida cuenta que las partes celebran el negocio después de haber estimado las ventajas y los inconvenientes propios de la relación.¹⁷⁰

Similares conclusiones fueron expuestas por el TAC 6, en un caso que involucró a Parmalat. La rescisión del contrato fue provocada por el incumplimiento de los actores de los contratos de distribución vinculantes, a raíz del gravísimo endeudamiento que aquéllos mantenían con Parmalat. A raíz del creciente endeudamiento de los actores, los gerentes de Parmalat se reunieron varias veces con éstos para intentar llegar a una solución y rescatar la relación comercial dentro de los parámetros de la empresa. Probado, entonces, que fue el enorme endeudamiento de los actores la causa de la rescisión, la falta del preaviso deviene irrelevante. Los actores sabían que si no disminuían la deuda, la desvinculación con Parmalat era un hecho. Y así fue, ya que la rescisión sobrevino cuando ya no había más nada para hacer, esto es, agotadas todas las tratativas para solucionar la grave situación financiera de los actores. No hay que olvidar que el ejercicio del derecho de receso no está supeditado o condicionado en forma alguna al otorgamiento del preaviso, sino que su relevancia se conecta exclusivamente con la existencia o no del abuso de derecho. En el caso, todas las tratativas y reuniones al más alto nivel que realizó Parmalat para solucionar la situación demuestra que no actuó con abuso al rescindir y que la rescisión sobrevino por culpa exclusiva de los actores, que no supieron administrar el negocio de distribución de productos Parmalat.¹⁷¹

En una sentencia del corriente año, el TAC 2 también invocó el test de los pasos en un caso en que una profesora de chino mandarín reclama daños por el receso ejercido por el

¹⁷⁰ TAC 4, Sentencia N 165/2014, 27/08/2014, GATTI SANTANA (Red.), MAGGI SILVA, TURELL ARAQUISTAIN, publicada en DJDC, t. III, año III, FCU, Montevideo, 2015, c. 430, p. 603.

¹⁷¹ TAC 6, Sentencia N 42/2008, 19/11/2008, MARTÍNEZ ROSSO (Red.), HOUNIE SÁNCHEZ, KLETT FERNÁNDEZ, publicada en ADCU, t. XXXIX, FCU, Montevideo, 2008, c.328, p. 189-190.

instituto de enseñanza que había contratado sus servicios. Se probó que las desavenencias entre las partes habían vuelto insostenible la relación, y por tanto habiendo justa causa, desestimó el agravio de la actora, confirmando la sentencia de primera instancia.¹⁷²

Sin perjuicio de los fallos analizados, también se han detectado resoluciones en el sentido opuesto. Por ejemplo el TAC 5 - con distinta integración a la que tenía en los fallos citados desde el año 2009 en adelante - entendió que había justa causa para rescindir porque la actora había entregado cheques que luego denunció como extraviados lo que no se ajusta a la conducta leal que se deben los co-contratantes, lo que habilitaba a la demandada a rescindir. No obstante, consideró que la ruptura igualmente fue intempestiva y que por lo tanto se debe reparar los perjuicios por el abuso, ya que la actora aun cuando no actuara correctamente, se encontró “desprevenida” y por ende “expuesta a daños”. Por este motivo se condenó a indemnizar por el lapso que en forma prudente consideró debió ser el preaviso de la rescisión, esto es, tres meses.¹⁷³

No compartimos este último fallo por los motivos ya expresados. Si la Sala llegó a la conclusión de que hubo justa causa, ello excluye el abuso. Entendemos que no es necesario el preaviso cuando el recedente tiene justa causa para terminar el vínculo contractual porque perdió la confianza de su mandante, más aún, cuando se trataba de un contrato sin plazo.

VII.5. Preaviso. Concepto y alcance. Admisibilidad del preaviso tácito

Como viene de verse, el preaviso no es necesario cuando se verifica una justa causa de receso. Pero aun cuando no mediare justa causa, tampoco se requiere cursar un preaviso “formal” o “expreso”¹⁷⁴ en todos los casos, pues como veremos a continuación se verifican hipótesis en que el recedido toma conocimiento de la voluntad de su co-contratante de cesar el vínculo y por tanto no se puede hablar de un receso abusivo.

Comencemos por la definición de preaviso. En el lenguaje común preavisar es avisar o dar noticia antes, o sea notificar algo con un plazo de antelación. La RAE lo define como un “*aviso obligatorio previo a la realización de un acto*”.¹⁷⁵

¹⁷² TAC 2, Sentencia N 60/2020, 19/05/2020, HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, FRANCA NEBOT, PÉREZ BRIGNANI, publicada en BJA.

¹⁷³ TAC 5, Sentencia N 139/2007, 5/11/2007, PRESA BAYCE, SIMÓN OLIVERA, FIORENTINO FERREIRO, publicada en ADCU, t. XXXVIII, FCU, Montevideo, 2007, c. 371, p. 182-183.

¹⁷⁴ Por preaviso formal o expreso nos referimos a aquella comunicación donde expresamente se informa la terminación del vínculo con determinado plazo de antelación. El medio más común es por telegrama colacionado, carta o por correo electrónico.

¹⁷⁵ Diccionario de la lengua española, Real academia española, Bs. As. 2001, p. 1817.

En materia de receso unilateral de contrato el preaviso refiere a la antelación con la que se debe comunicar la decisión de ejercer el derecho extintivo para evitar abusos.

La jurisprudencia vernácula lo ha conceptualizado como un “*procedimiento preventivo de la irrogación de perjuicios innecesarios a la contraparte del recedente, que se compadece con la actuación de buena fe en sede de ejecución*”.¹⁷⁶

Algunos autores de la vecina orilla sostienen que su necesaria inequívocidad y fehaciencia no podrá ser suplida por el conocimiento de hechos o circunstancias que permitan suponerlo o inferirlo.¹⁷⁷

Por nuestra parte tenemos una visión más amplia del preaviso, o si se quiere, menos estricta que la recién expuesta. Para que se configure el mismo no es un requisito *sine qua non* la comunicación formal y/o por escrito. Entendemos que no hay formalidades específicas (puede ser por correo electrónico, por teléfono o incluso se podría probar mediante testigos) salvo que en el propio contrato se estableciera algún requisito como puede ser el telegrama colacionado. Fuera de estos casos, basta con informar con cierto plazo la intención de dar fin al contrato para que se configure el preaviso. Es decir, podría haber un preaviso “tácito” - por oposición al formal o expreso que mencionamos *supra* - cuando una de las partes da señales concretas de que se va a rescindir el contrato, aun cuando no lo notifique por medio de un telegrama. Consideramos que ese preaviso tácito también tendrá validez para acreditar que no hubo abuso. Así lo ha aceptado la jurisprudencia (aunque sin emplear tal terminología); por ejemplo se ha entendido que no se verifica abuso cuando el recedido tenía conocimiento de que la terminación del contrato era inminente. También cuando las tratativas infructuosas de renegociación son el antecedente de la terminación del contrato. Todos estos casos se analizarán seguidamente.

Opina ORDOQUI que la vigencia del principio de la buena fe en la aplicación de este instituto lleva a que se priorice la aplicación del deber de colaboración con el afectado ante el receso unilateral. Para ello es necesario el preaviso o adoptar las medidas que se entiendan necesarias para evitar los daños que puede causar el receso del contrato.¹⁷⁸

¹⁷⁶ SCJ, Sentencia N 41/2003, 12/03/2003, VAN ROMPAEY SERVILLO (Red.), CAIROLI MARTÍNEZ, PARGA LISTA, GUILLOT MARTÍNE, GUTIÉRREZ PROTO, publicada en BJA.

¹⁷⁷ GREGORINI, Eduardo, “Contratos de distribución. La reparación por su ruptura intempestiva y la intempestividad de la ruptura”, LJA, Cita Online: AR/DOC/6613/2001.

¹⁷⁸ ORDOQUI, Gustavo, “Daño producido por el abuso en el ejercicio del derecho de rescisión unilateral sin causa del contrato de suministro”, extraído de: <http://www.guantor.com/assets/derecho-de-receso-y-abuso-en-el-contrato-de-suministro-de-abuso-de-derecho.pdf>

El preaviso tiende a atenuar los efectos negativos derivados de una brusca interrupción de la relación contractual. Se procura evitar los perjuicios que podrían derivar de un comportamiento sorpresivo y contrario al principio de colaboración que caracteriza a los contratos de duración.

Para BERDAGUER cuando no existe justa causa de receso, la parte que quiere desistir del contrato debe actuar - para no incurrir en responsabilidad por abuso de derecho - de acuerdo con las reglas de la buena fe. Hasta ahí, no tenemos discrepancias con el pensamiento del autor. No obstante, agrega que le imponen al recedente *“un doble patrón de conducta: (a) en primer lugar, el recedente debe otorgar a la otra parte un preaviso razonable; (b) en segundo lugar, el recedente debe además respetar ciertas exigencias concretas (de oportunidad, de duración mínima del contrato según la inversión mínima realizada por la otra parte, etc.), que suelen variar en cada situación concreta. En caso de que el recedente desista del contrato sin dar cumplimiento a las referidas normas de la buena fe (en particular si no le otorga un preaviso razonable) debe responder por los daños y perjuicios que su accionar ilícito haya ocasionado a la otra parte”*.¹⁷⁹

Como adelantamos, no siempre es requerido el preaviso “formal”, aun cuando no medie justa causa. Cada caso tiene sus aristas, que deben ser tenidas en cuenta. Se debe atender al caso concreto. Hay supuestos en que la conducta del recedente permite al otro co-contratante inferir que se va a rescindir y no puede alegarse que haya sido “sorpresivo”, pues aun cuando fuera tácito, efectivamente hubo preaviso (siguiendo el criterio amplio de preaviso al que nos adherimos que incluye no sólo la comunicación expresa sino también los hechos o circunstancias que permiten inferirlo con fehaciencia).

Por supuesto habrá casos en que se deba practicar un preaviso por medio de telegrama colacionado (pues no hubo hechos o actos que hicieran pensar que el contrato se terminaría), pero reiteramos que no es necesario ni obligatorio en todos los casos - cuya obligación generaría automáticamente la condena en daños y perjuicios - como parece deducirse de la posición de BERDAGUER.

En reciente sentencia el TAC 1 expresa que no participa de la tesis que entiende que el preaviso enerva toda ilicitud en el receso, pero sí que - aun cuando no exista justa causa - si se da en tiempo razonable, puede determinar la inexistencia de daños. En un caso Conaprole

¹⁷⁹ BERDAGUER, Jaime, “La justa causa de receso unilateral en los contratos de duración con plazo determinado”, ADCU, t. XXXIII, FCU, Montevideo, 2002, p. 478.

confirió un preaviso de 180 días a uno de sus distribuidores quién reclamó daños porque tenía esa actividad desde hacía 20 años y que su cese determinó la desaparición de la empresa. Sostiene el TAC 1 *“ese no es argumento para sostener que el contrato de distribución debía persistir para siempre, pues todo vínculo obligacional tiene una dimensión particular y muy en particular los contratos de duración”*.¹⁸⁰

Coincidimos con el fallo citado por cuanto se logró probar además que la relación se había deteriorado ya que hubo denuncias de clientes de faltantes de leche. También se acreditó que la contraparte tenía conocimiento desde mucho antes del preaviso que Conaprole no quería continuar la relación y tuvo más de un año para buscar otra alternativa de trabajo, configurándose de esta manera un preaviso “tácito” y luego un preaviso formal o expreso de 180 días. Por nuestra parte estimamos que si no se hubiesen verificado estas circunstancias que fueron esgrimidas y probadas por la Cooperativa, para una relación de más de 20 años un preaviso de 9 meses hubiese sido más acorde a los parámetros jurisprudenciales considerando que llevó incluso a la desaparición de la empresa.

Resulta imperioso analizar la totalidad de los antecedentes para poder determinar la razonabilidad del preaviso. No hay fórmulas mágicas. Por ejemplo en una relación comercial de más de 30 años un preaviso de tres meses parece insuficiente y ameritaría que se reclamen daños. Sin embargo también encontramos grises. En un caso se comunicó por correo electrónico que habría un nuevo distribuidor para que se produzca el traspaso de la mercadería pero mientras se seguía trabajando con el distribuidor original. En ese caso no se puede alegar que fuera sorpresivo el receso. Ese correo sin dudas hace las veces de preaviso, pues salvo que el contrato prevea una formalidad, el preaviso es el conocimiento previo al acto y ello efectivamente se cumplió. Así lo entendió el TAC 1: *“Pese a dicha comunicación - en noviembre 2013 - la actora no actuó en consecuencia, buscando por ejemplo la forma de reorganizarse ni liquidar el stock, a lo que cabe agregar que continuó vendiendo productos de la demandada hasta marzo de 2015.”*¹⁸¹

El TAC 1 con buen tino señala que una de las formas de evitar el abuso es otorgar un preaviso razonable, pero que el mismo no es preceptivo. Cita como ejemplo si se anunciara el cese de actividad de la empresa distribuida o fuera notorio que, por determinadas razones

¹⁸⁰ TAC 1, Sentencia N 123/2018, 01/08/2018, VENTURINI CAMEJO (Red.), SALVO LÓPEZ DE ALDA, MACCIÓ AMBROSINI, publicada en ADCU, t. XLIX, FCU, Montevideo, 2018, c. 436, p. 439.

¹⁸¹ TAC 1, Sentencia N 197//2018, 04/12/2018, MACCIÓ AMBROSINI (Red.), VENTURINI CAMEJO, SALVO LÓPEZ DE ALDA, publicada en ADCU, t. XLIX, FCU, Montevideo, 2018, c. 436, p. 440.

jurídicas o económicas, deja de haber negocios con determinado país. En este último ejemplo incluso se podría invocar justa causa por parte del recedente. En el caso concreto *“lo ocurrido respecto al mercado a partir del mes de enero 1999 configuran la circunstancia de que, al ser conocidas por ambas partes, pudiera eximir de preaviso ante un eventual receso unilateral resuelto cierto tiempo después por la empresa recedente”*.¹⁸²

En similar sentido el TAC 7 expresó: *“Acorde a los elementos probatorios ingresados a la contienda de autos, analizados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el Tribunal estima que debe descartarse el exceso o abuso de derecho en la conducta de la demandada, tomando en consideración que la ausencia de preaviso no configura per se dicho abuso (Bergstein, ADCU, tomo XXVI, pág. 540-541)”*.¹⁸³ Se trató de un contrato sin plazo y desde hacía meses existieron tratativas para modificar las condiciones de la relación contractual, en particular en lo relativo al precio de la prestación. La recedente manifestó que estaba buscando mejores precios, y que contrataría otra firma que cumpliera la misma prestación en condiciones más ventajosas. La actora no quiso rebajar sus servicios y su co-contratante finalmente optó por una opción más económica, lo cual descarta el abuso y lo “sorpresivo” del receso. Máxime cuando se trataba de una relación consensual, sin condiciones preestablecidas por escrito. En este caso sin dudas hay justa causa. El fabricante encontró una opción más económica y eficiente para cumplir el servicio pero anteriormente había brindado a su co-contratante la oportunidad de igualar esas condiciones. Pero aun si se entendiera que no hay justa causa tampoco se puede invocar abuso porque hubo conocimiento de la voluntad de terminar el vínculo si no se modificaban lo acordado originalmente.

En un caso más reciente del año 2012 el TAC 5 señala que no siempre es necesario preaviso, incluso cuando no hay justa causa: *“En autos la demandada había concedido un plazo para regularizar su situación, aspecto este que ni siquiera fue seriamente controvertido. De modo que no puede hablarse de intempestividad alguna, porque (aunque se concluyera en la inexistencia de preaviso cursado en forma) igualmente las circunstancias hacían evidente un inminente final de la relación negocial, como efectivamente sucedió. De modo que, existiendo causa justificada (no abusiva) no puede exigirse preaviso alguno.*

¹⁸² TAC 1, Sentencia N 7/2007, 14/02/2007, CASTRO RIVERA (Red.), SALVO LÓPEZ DE ALDA, VÁZQUEZ CRUZ, publicada en ADCU, t. XXXVIII, FCU, Montevideo, 2007, c. 372, p. 183.

¹⁸³ TAC 7, Sentencia N 46/2016, 15/06/2016, CABRERA COSTA (Red.), ETTLIN GUAZZO, TOMMASINO FERRARO, publicada en DJDC, t. IV, año IV, FCU, Montevideo, 2016, p. 602.

Máxime cuando el contrato que vinculara a las partes fue verbal y ningún plazo se había establecido ni ningún preaviso se había acordado. Pero aún de exigirse el preaviso, es claro que las tratativas previas a la rescisión, descartan la imprevisibilidad de la ruptura negocial” (Cf. sentencia n° 104/2009)”.¹⁸⁴ Se concluye que un preaviso de tres meses resulta prudente y razonable, no abusivo o contrario a prácticas y normas profesionales, acordes al principio de buena fe. De acuerdo con el diseño de la pretensión, en aplicación del principio dispositivo y su corolario de congruencia, no era posible una condena en este proceso sin declarar previamente la ilicitud del receso. En el caso el contratante brindó la posibilidad de que el recedido cumpliera condiciones razonables, y como no lo hizo era de esperarse que el paso siguiente fuera la rescisión. De alguna manera fue el propio co-contratante que sufrió el receso quién, en definitiva, lo provocó.

El mismo criterio había adoptado el TAC 5 en sentencia del año 2010 en virtud de la cual entendió que uno de los contratantes había incurrido en reiterados incumplimientos que ameritaba considerar que existió justa causa para rescindir sin ingresar a analizar si hubo abuso.¹⁸⁵

El preaviso busca justamente evitar el cese intempestivo de la relación contractual, de modo de evitar mayores daños al co-contratante. Busca evitar lo inesperado, lo sorpresivo, en un marco negocial donde todo hacía pensar o creer en la continuidad del vínculo con recíprocas utilidades. Pero el preaviso expreso - la forma más común es mediante el envío de un telegrama - no es un elemento esencial, sino accidental, según las circunstancias del caso concreto porque puede suceder que haya justa causa o que se haya tomado conocimiento por otras circunstancias (preaviso tácito), todo lo cual excluye el abuso.

La obligación de preavisar no está consagrada en una norma en forma expresa, pero sí podemos inferirla de nuestro Código, como una derivación del principio de buena fe en la ejecución de los contratos (Art. 1291 inciso 2 CCU). En este sentido, se puede llegar a la conclusión de que en honor al principio de buena fe, para excluir el abuso en el receso debe mediar justa causa, o de lo contrario se debe cursar un preaviso, salvo que se pruebe que por determinados hechos el recedido ya había sido advertido del inminente receso. Al derivar de un principio general no hay fórmulas preestablecidas. Lo más común es un telegrama

¹⁸⁴ TAC 5, Sentencia N 12/2012, 15/02/2012, SIMÓN OLIVERA (Red.), GRADIN ROMERO, FIORENTINO FERREIRO, publicada en ADCU, t. XLIII, FCU, Montevideo, 2012, c. 102, p. 145-147.

¹⁸⁵ TAC 5, Sentencia N 6/2010, 10/02/2010, FIORENTINO FERREIRO (Red.) SIMÓN OLIVERA, PRESA BAYCE, publicada en ADCU, t. XLI, FCU, Montevideo, 2010, c. 51, p. 124.

colacionado. Pero también puede haber un preaviso tácito que resulta válido para excluir la abusividad.

En definitiva, hay preaviso cuando hubo conocimiento previo del cese del contrato, ya sea mediante un preaviso formal o expreso (telegrama colacionado o correo electrónico) o tácito (comunicaciones telefónicas, reuniones, intercambio de mensajes a través de aplicaciones, en que se ponga en conocimiento la voluntad y/o palpable intención de rescindir).

VII.6. Carga de la prueba

Quien tiene la carga de probar el abuso es el actor, esto es, quién promueve un proceso reclamando daños derivados del receso abusivo. Esto se explica porque en principio el recedente hace uso de su derecho potestativo de receso *ad nutum*. Por tanto el recedido debe acreditar la abusividad en el ejercicio de ese derecho. De lo contrario el receso es completamente lícito y no genera indemnización.

Al hacer uso de un derecho legítimo e inherente a los contratos de duración indeterminada, el perjuicio que haya podido experimentar el reclamante no le es imputable a su contratante (art. 1321 C.C).¹⁸⁶

En un contrato de agencia sin plazo, nuestros jueces expresaron que el ejercicio abusivo es - por definición - el que excede los límites normales y lícitos del derecho y causa por ello, un daño injusto a la contraparte. Se acepta generalmente que una forma de abuso es ejercitar el derecho de modo intempestivo, esto es, inesperado, sorpresivo, cuando todo hacía esperar la continuación del vínculo para la recíproca utilidad de los contratantes. Y el preaviso con plazo razonable es una de las formas que ha acuñado la práctica comercial para evitar la intempestividad del receso unilateral y sobre la carga de la prueba agrega el tribunal que *“correspondía al accionante probar que efectivamente hubo una ruptura intempestiva del vínculo por decisión unilateral de la demandada adoptada en forma abrupta y sorpresiva”*.¹⁸⁷

Se coincide con el TAC 6 en cuanto a que corresponde a la parte actora la carga de demostrar que existe un ejercicio abusivo en el ejercicio del derecho de receso. En el caso se

¹⁸⁶ GAMARRA, Jorge, “Prórroga automática del contrato y derecho a no prorrogarlo”, en Doctrina y jurisprudencia de Derecho Civil, t. I, año I, FCU, Montevideo, 2013, c. 277, p. 443.

¹⁸⁷ TAC 1, Sentencia N 72/2013, 22/05/2013, CASTRO RIVERA (Red.), SALVO LÓPEZ DE ALDA, VÁZQUEZ CRUZ, publicada en DJDC, t. II, año II, FCU, Montevideo, 2014, c. 414, p. 537.

tuvo en cuenta la baja en el rendimiento de la actora, así como la captación de clientes a través del actor, que tornan razonable el ejercicio del derecho de receso ejercido por la parte demandada. Se estimó especialmente relevante el informe contable agregado en cuanto en él se detalla la baja en la producción del actor durante el período considerado. En cuanto a que la comunicación del receso resultó intempestiva, se expresó que el preaviso es necesario cuando no existe causa para la rescisión unilateral y no en supuestos en que existieron motivos consistentes en la baja productividad y el desvío de asegurados, tal como surge de la prueba testimonial.¹⁸⁸

La SCJ entendió que no existió abuso del proveedor que rescinde un contrato que transcurrió durante más 25 años sin ningún preaviso pues el actor no logró probar la abusividad del receso. Señala que un principio fundamental del sistema consiste en que, quien ejerce un derecho no requiere demostrar la existencia de justa causa para su ejercicio. Expresa: *“el actor no logró acreditar el ánimo de dañar, el apartamiento de patrones de conducta socialmente aceptados en la actuación de la recedente, por lo que sus agravios al respecto son inadmisibles”*.¹⁸⁹

VII.7. Aproximaciones a un “modelo” de preaviso razonable

Nos arriesgamos a decir que a cualquiera que inicia el estudio de este tema le surge la siguiente interrogante: ¿cuál sería un preaviso razonable? Luego de estudiar el tema llegamos a la conclusión de que es imposible definir un criterio unitario. Dependerá de cada caso, siendo tarea de los jueces determinar la “razonabilidad”. No obstante, a efectos prácticos, y luego de analizar los criterios barajados, al finalizar el capítulo se hará un punteo de las variables a tener en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo de preaviso.

BERGSTEIN señala que el criterio válido para determinar la duración del preaviso es el período necesario para la reorganización o reestructura del recedido.¹⁹⁰ Consideramos que este criterio es válido siempre que la duración del preaviso sea razonable, porque si la reorganización impone al recedente un esfuerzo inconmensurable, no se le puede exigir que lo asuma. Lo que queremos decir es lo siguiente: al recedido puede llevarle quizás años

¹⁸⁸ TAC 6, Sentencia 117/2014, 27/06/2014, MARTÍNEZ ROSSO (Red.), KLETT FERNÁNDEZ, HOUNIE SÁNCHEZ, publicada en DJDC, t. III, año III, FCU, Montevideo, 2015, c. 435, p. 604-605.

¹⁸⁹ SCJ, Sentencia N 63/2009, 25/03/2009, RODRÍGUEZ CAORSI (Red.), VAN ROMPAEY SERVILLO, LARRIEUX RODRÍGUEZ, GUTIÉRREZ PROTO, RUIBAL PINO (Disc.), publicada en BJN.

¹⁹⁰ BERGSTEIN, Jonás, La extinción del contrato de distribución, FCU, Montevideo, 2010, p. 100.

volver a tener la misma distribución y no por eso el recedente se tiene que hacer cargo de todos sus daños. Basta con que le comunique el receso con cierta antelación para que pueda buscar nuevas alternativas. Cumpliendo con esto, consideramos que se excluye el abuso o el ejercicio irracional.

MERLINSKY apunta que la anticipación en el aviso puede ser prevista en el contrato, y ante el silencio de las partes, el juez podrá regular cuál debía ser la anticipación deseable teniendo en cuenta la antigüedad del contrato, la naturaleza de los negocios y demás circunstancias que rodean la situación contractual. Al no existir una regulación legal, se estará al sentido común y circunstancias imperantes en la plaza de que se trate y en el contrato de distribución, dependiendo del ramo que sea.¹⁹¹

Veamos algunos ejemplos concretos.

En un caso se señala que el preaviso de un año era insuficiente para poder reestructurar la empresa orientándola a la distribución de una nueva marca. El TAC 7 expresa que dicho preaviso es suficiente; se trataba de un contrato sin plazo por lo cual se debe partir del principio de que quien ejercita su derecho no incurre en responsabilidad salvo que incurra en abuso de derecho, y no se logró probar dicho abuso atento al preaviso cursado.¹⁹² Suscribimos enteramente la sentencia. El recedente no está obligado a conferir más plazo a su contratante para que se “reestructure”, basta con que no sea abusivo para que no sea pasible de responsabilidad. En el caso comentado se argumenta que un año es insuficiente para el ramo (venta de productos dentales) pero no se ofrece prueba hábil que respalde tales asertos. Incluso en el caso un preaviso de seis meses hubiese sido razonable atento a que en puridad no se extinguió el contrato de distribución sino que cesó la venta en carácter de exclusividad.

Tratándose de un contrato de servicios en el rubro agropecuario en virtud del cual el profesional aportó conocimientos técnicos, administró y supervisó la producción de la empresa recedente, la SCJ estimó que un preaviso de tres meses era suficiente para poner fin a un contrato sin plazo que transcurrió por menos de tres años, desestimando el reclamo por daño moral y bonos no percibidos: “*Al haberse ejercitado un derecho legítimo e inherente a*

¹⁹¹ MERLINSKY, Ricardo, *Modernas formas de distribución comercial*, Universidad, Montevideo, 1992, p. 37.

¹⁹² TAC 7, Sentencia N 127/2013, 03/09/2013, COUTO VILAR (Red.), LÓPEZ UBEDA, ETTLIN GUAZZO, publicada en ADCU, t. XLIV, FCU, Montevideo, 2013, c. 292, p. 275.

los contratos de duración indeterminada, el perjuicio que haya podido experimentar el reclamante no le es imputable a su co contratante (Art. 1321 del CCU)”.¹⁹³

En términos generales *a priori* cuanto mayor es la extensión de la relación, mayor debería ser el preaviso. Sin embargo esta no es una regla estática o rígida, ya que por ejemplo puede sufrir mayores daños el que monta toda una estructura, realiza inversiones de stock, logística, personal, publicidad y de buenas a primeras le rescinden el contrato sin justificación cuando recién comenzó a explotar el negocio. Es claro que no pudo amortizar mínimamente la inversión y que su legítima expectativa de recuperar el dinero invertido se vio gravemente frustrada.

En síntesis, los elementos a tener en cuenta para determinar un preaviso razonable son los siguientes: la duración del vínculo contractual, el rubro o ramo de que se trate, las obligaciones a cargo del recedido y la naturaleza del negocio en cuestión.

Comencemos por la antigüedad del contrato. Con carácter general si han transcurrido entre 10 y 15 años, se estima que un preaviso estándar de seis meses resulta razonable. Si el contratante que sufre el receso considera que de acuerdo a la naturaleza del negocio o el rubro en que se maneja se debía cursar un preaviso con mayor antelación, debe acreditar las especiales circunstancias del caso. ¿Qué queremos decir con esto? Que la jurisprudencia para apartarse de ese estándar va a exigir que el actor pruebe por qué el preaviso fue insuficiente para poder evaluar cuál habría sido el preaviso razonable en ese caso en particular. A modo de ejemplo, en materia de combustibles líquidos donde hay una rigurosa reglamentación y se requiere maquinaria específica, plantas de acopio, personal calificado (en definitiva una importante inversión), justificaría solicitar un plazo mayor para intentar o al menos tener la posibilidad de “readecuarse” y cambiar de rubro. A la inversa, un profesional que mantenía una relación de prestación de servicios sin plazo, posiblemente logre conseguir otros clientes en el corto plazo, lo que justificaría que por ejemplo el preaviso sea menor al estándar. Finalmente, tratándose de relaciones que transcurrieron durante largos períodos - más de 20 años - podría pensarse que el preaviso pueda ser mayor a seis, pudiendo llegar incluso al año. De nuevo, dependerá del rubro de que se trata y de las obligaciones que tenía su cargo quién fue recedido. El juez seguirá estos parámetros pero gozará de cierta discrecionalidad para

¹⁹³ SCJ, Sentencia N 753/2012, 29/08/2012, CHEDIAK GONZÁLEZ (Red.), LARRIEUX RODRÍGUEZ, PÉREZ MANRIQUE, RUIBAL PINO, GUTIERREZ PROTO, publicada en DJDC, t. I, año I, FCU, Montevideo, 2013, c. 277, p. 442.

determinar si el preaviso cursado fue suficiente atento a las circunstancias que sean probadas. En definitiva, y más allá de los criterios mencionados, termina siendo una cuestión de razonabilidad del juez en el caso concreto.

VII.8. Daño indemnizable por desistimiento abusivo

Toda ruptura brusca de un contrato puede acarrear perjuicios para la otra parte, que es lo que se busca evitar con el preaviso. Mediante el preaviso se procura evitar un daño innecesario, por lo que su función es esencialmente preventiva. Puede surgir de una obligación contractual o de una disposición legal. Si nada se previó, igualmente se hace necesario en virtud de lo dispuesto en el artículo 1291 inciso 2 del CCU. Como vimos, la duración del preaviso deberá evaluarse según las circunstancias de cada caso.¹⁹⁴

CERISOLA y HERNÁNDEZ señalan que *“dentro de un marco conceptual jurídico y razonable el tema de los daños reclamables por una rescisión intempestiva o abusiva están dados fundamentalmente por aquellos daños derivados de la propia intempestividad”*.¹⁹⁵

Lo que se indemniza no es el perjuicio causado por la terminación *per se*, sino la forma intempestiva en que se termina ese contrato.

A este respecto, señala BERGSTEIN que en los contratos que suponen inversiones y stocks acumulados es virtualmente imposible concebir una rescisión unilateral sin preaviso que no causa un perjuicio a la parte que lo sufre. El preaviso permite a la parte que lo recibe buscar nuevas alternativas y/o recomponer la estructura negocial que de lo contrario habría de desaparecer. Es la privación de ese lapso lo que constituye un abuso de derecho.¹⁹⁶

En un caso se estimaron los daños y perjuicios de la siguiente manera: *“El daño que pudo causar el incumplimiento del contrato sería el lucro cesante correspondiente a los dividendos que no percibió la sociedad en el período abril-diciembre 2012.”*¹⁹⁷

En otros casos se ha entendido que el daño condenable estaría dado por la “utilidad neta” que la empresa habría percibido durante el plazo que debió otorgarse de preaviso. Esto

¹⁹⁴ ORDOQUI, Gustavo, “Daño producido por el abuso en el ejercicio del derecho de rescisión unilateral sin causa del contrato de suministro”, extraído de: <http://www.guantor.com/assets/derecho-de-receso-y-abuso-en-el-contrato-de-suministro-de-abuso-de-derecho.pdf>

¹⁹⁵ CERISOLA, Andrés, HERNÁNDEZ, Alejandro, “El test jurisprudencial de dos pasos para determinar la existencia de una rescisión abusiva”, ADCU, t. XXVIII, FCU, Montevideo, 1997, p. 714.

¹⁹⁶ BERGSTEIN, Jonás, La extinción del contrato de distribución, FCU, Montevideo, 2010, pág. 69.

¹⁹⁷ TAC 1, Sentencia N 147/2014, 10/09/2014, VÁZQUEZ CRUZ (Red.), SALVO LÓPEZ DE ALDA, CASTRO RIVERA, publicada en DJDC, t. III, año III, FCU, Montevideo, 2015, c. 428, p. 602.

es, no es solo la diferencia entre el precio que compró el producto y el precio al que se vendió, porque hay otros costos asociados que, por supuesto, influyen en el monto. También se puede hablar de “ganancias” en el sentido contable, como resultado del período cuando aumenta el patrimonio.

CERISOLA y HERNÁNDEZ explican, con buen criterio, que ninguna empresa en el mundo gana el 100% de la diferencia entre el precio al que compra bienes y al que los vende. Por lo que considerar la utilidad bruta es un mecanismo artificial e incorrecto. Debe recordarse que el inciso 2 del artículo 1346 del CCU establece expresamente que la reparación de los perjuicios debe comprender exclusivamente aquellas pérdidas que han sido consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento.¹⁹⁸

En otras palabras, el único daño indemnizable es el derivado de lo “abrupto”, “sorpresivo” o “intempestivo” del finiquito que omitió el adecuado preaviso, pero no los provocados por la ruptura en sí misma.

Con relación a la indemnización, MERLINSKY señala que son varios los rubros que podrán formar parte del reclamo a efectuarse por el distribuidor perjudicado por la ruptura intempestiva¹⁹⁹: i) recompensa por lucro cesante originado en la privación ilegítima de una actividad lucrativa; ii) los eventuales gastos por cierres de la empresa; iii) los gastos incurridos en publicidad que no aprovecha por el receso del productor; iv) costo de retirar de los vehículos los colores y emblemas del productor; v) el valor llave del establecimiento. Sin embargo, de acuerdo a la jurisprudencia recabada - criterio que compartimos - con carácter general se condena al lucro cesante, esto es, la ganancia que se dejó percibir durante el tiempo que debió cursarse el preaviso.

En un caso resuelto por el TAC 6 se reclaman daños contra el Hotel Dazzler por rescindir unilateralmente un contrato de servicios de gimnasio, hidromasajes, entre otros, para huéspedes y terceros. La Sala entendió que se intercambiaron correos con las intenciones de cada parte pero cuando el actor comenzó a prestar sus servicios aún no se había llegado a suscribir el contrato definitivo que sí preveía un plazo de preaviso. En este sentido, los servicios se prestaron durante dos meses eran producto de un acuerdo verbal, sin plazo pactado ni cláusula de preaviso, mientras tanto se negociaba el contrato definitivo el cual

¹⁹⁸ CERISOLA, Andrés, HERNÁNDEZ, Alejandro, “El test jurisprudencial de dos pasos para determinar la existencia de una rescisión abusiva”, ADCU, t. XXVIII, FCU, Montevideo, 1997, p. 715.

¹⁹⁹ MERLINSKY, Ricardo, *Modernas formas de distribución comercial*, Universidad, Montevideo, 1992, p. 37.

finalmente no se concretó. Por tanto es conforme a derecho rescindirlo por cualquiera de las partes, en cualquier momento siempre que su ejercicio no haya sido abusivo.²⁰⁰

En otra oportunidad el TAC 3 condenó a la AUF a indemnizar a una empresa que vendía entradas en forma anticipada por más de 3 años, y se enteró por la prensa que otra sociedad tendría la venta exclusiva. Se condenó por un período de cinco meses a efectos de indemnizar el lucro cesante por concepto de comisión.²⁰¹

Finalmente, en un contrato de agencia sin plazo que se ejecutó en forma normal desde el año 1999, en julio de 2005 uno de los contratantes dio por terminadas las relaciones comerciales con ella. La Sala entendió que esa ruptura fue intempestiva por parte de la recedente, en medio del transcurso de una licitación en la que estaba participando la recedida y que obtendría una comisión: *“la condena impuesta en la apelada tanto en lo que refiere a la comisión que le correspondía percibir a la actora por su intervención en la licitación N° 001/04 (€ 9.976) como a la indemnización por la pérdida de la comisión que le hubiera correspondido recibir de haber podido culminar la licitación N° 001/05 (US\$ 48.644) resulta irreprochable. (...) La Sala considera que, a partir de un juicio de razonabilidad, que tiene como base el cese intempestivo del contrato, la existencia del perjuicio económico provocado por la ausencia de un preaviso razonable, que hubiera permitido a la actora intentar reorganizar su empresa en un lapso prudencial, resulta probada. Se trata de un daño que debe estimarse en función del ingreso perdido durante el tiempo de anticipación razonable del preaviso, que, dada la naturaleza del contrato vinculante, resulta prudente fijar en un año”*.²⁰² El Tribunal fue bastante severo con el recedente porque obliga a abonar la comisión generada más la comisión que podría haber logrado si culminaba la licitación, así como el daño derivado de un preaviso intempestivo, que fijó por el lapso de un año.

En definitiva, cabe concluir que será daño indemnizable aquel que derive de lo “abrupto” y “sorpresivo” del receso cuando se omitió un adecuado preaviso. En términos generales, se condena al lucro cesante, esto es, la ganancia que se dejó percibir durante el tiempo que debió cursarse el preaviso, tomando el concepto de “ganancia” como equivalente

²⁰⁰ TAC 6, Sentencia N 77/2017, 19/07/2017, GÓMEZ HAEDO (Red.), ALVES DE SIMAS, KLETT FERNÁNDEZ, publicada en DJDC, t. VI, año VI, FCU, Montevideo, 2018, c. 467, p. 731-732.

²⁰¹ TAC 3, Sentencia N 155/2007, 19/07/2007, ALONSO FLUMINI (Red.), CHALAR VECCHIO, TURELL ARAQUISTAIN, SIMÓN OLIVERA, publicada en ADCU, t. XXXVIII, FCU, Montevideo, 2007, c. 373, p. 184.

²⁰² TAC 6, Sentencia N 121/2012, 23/05/2012, HOUNIE SÁNCHEZ (Red.), MARTINEZ ROSSO, KLETT FERNÁNDEZ, publicada en DJDC, t I, año I, FCU, Montevideo, 2013, c. 280, p. 444.

a la utilidad neta pues ello refleja el daño real que sufrió el recedido y que tiene derecho a reclamar.

VII.9. Conclusiones de criterios doctrinarios y jurisprudenciales para determinar si hubo abusividad en el receso y su indemnización

Es sabido que no hay una fórmula general, sino que se impone un análisis integral de la casuística para determinar si hubo abuso al rescindir el contrato. Es tan rico el abanico de posibilidades en materia de receso de contratos sin plazo, que se torna una misión casi imposible unificar todos los criterios y fijar de antemano pautas generalizadas. No obstante, nuestro fin radica en contribuir - aunque sea mínimamente - a que el lector tenga una idea más concreta de los criterios luego de haber leído este ensayo.

Por regla general puede afirmarse que si el actor acredita justa causa, se excluye el abuso. Ahora bien, cuando no existe motivo que justifique la terminación del vínculo contractual y no hubo actos o hechos anteriores que pudieran alertar fehacientemente al recedido de un receso inminente del contrato (preaviso tácito), se debe cursar un preaviso razonable, procurando evitar perjuicios al co-contratante.

Sobre la razonabilidad del preaviso, cierto sector de la doctrina entiende que se debe cursar un preaviso que permita una readecuación integral del negocio o que amortice totalmente las inversiones. No obstante, también hemos identificado criterios que entendemos más razonables donde basta con que la terminación del contrato no sea abrupta y el preaviso permita readecuarse - o al menos confiera esa posibilidad - aunque el recedido no logre encontrar una situación negocial con las mismas ventajas que ofrecía la relación cesada.

Cuando se omite el preaviso, corresponde indemnizar los daños que son consecuencia directa del inesperado e intempestivo receso. En líneas generales la jurisprudencia condena al lucro cesante, esto es, la ganancia o utilidad neta que se dejó percibir durante el tiempo que debió cursarse el preaviso.

VIII. CONTRATOS EN PARTICULAR

VIII.1. RECESO UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

VIII.1.1. Introducción

El Estado como parte contratante ha merecido diversos ensayos y profusa investigación. En un principio se negó la existencia de verdaderos contratos administrativos entre los actos jurídicos en cuyo perfeccionamiento participe la voluntad estatal.

En palabras de DELPIAZZO fue la realidad la que desmintió a quienes proponían que la Administración, investida de los poderes jurídicos necesarios para desarrollar sus cometidos, debía hacerlo unilateralmente, sin necesidad de vincularse con terceros.²⁰³

Superados estos cuestionamientos, se advirtió que el contrato administrativo constituye una herramienta jurídica muy relevante para el cumplimiento de los variados fines estatales.

En virtud de que la Administración contrata para satisfacer fines públicos, se ha sostenido por parte de un sector doctrinario que ésta cuenta con ciertas prerrogativas o privilegios, que estarían justificados en el cumplimiento de un interés público. Dentro de esas prerrogativas exorbitantes estaría comprendida la potestad del *ius variandi* e incluso la facultad de receso unilateral del contrato por razones de mérito.

Esta posición - que podríamos calificar como “clásica” - y que fue recogida inicialmente por nuestros tribunales, se ha ido moderando en el sentido de que aun cuando la Administración cumple con fines de interés general, el contrato administrativo posee la esencia del contrato, lo que implica una conjunción de voluntades que por su propia iniciativa deciden hacer nacer obligaciones recíprocas. Es decir, que estos contratos también se rigen por el principio de fuerza vinculante y su cumplimiento no puede quedar al arbitrio de una de ellas, pues ello sería violatorio del ya estudiado Art. 1253 del CCU.

El objetivo de este capítulo será analizar el alcance de los poderes de la Administración, y en especial lo que refiere a la potestad de receso unilateral del contrato.

²⁰³ DELPIAZZO, Carlos, “Los tres tránsitos de la contratación pública”, Revista de derecho público, N 44, año 22, Montevideo, 2013, p. 60.

Seguidamente se expondrá un ateneo jurisprudencial para determinar la posición actual de nuestros jueces en esta temática.

VIII.1.2. Sobre el contrato administrativo y los poderes exorbitantes de la Administración: mito o realidad

Si bien es cierto que en el procedimiento de la contratación con el Estado hay un conjunto de actos unilaterales por parte de la Administración, no es menos cierto que para que el contrato sea tal evidentemente implica la conjunción de por lo menos dos voluntades. Los contratantes son sujetos distintos, pero una vez que nace el contrato a la vida jurídica, ambos se encuentran obligados por el mismo en un pie de igualdad.

Este aspecto es explicado en forma impecable en nuestro medio por SAETTONE: *“los sujetos que se vinculan en la contratación administrativa tienen una naturaleza diferente, que explica determinadas limitaciones y controles en los procedimientos previstos en nuestro derecho positivo. Sin embargo, una vez celebrado el contrato, esta figura jurídica hace nacer obligaciones en un marco de igualdad”*.²⁰⁴

Por otra parte, son aplicables a los contratos administrativos los requisitos esenciales para la validez de los contratos y la regulación contenida en el Art. 1261 y ss. CCU, en tanto esas disposiciones no resulten excluidas o modificadas por reglas de derecho especiales del mismo o superior valor y fuerza que sean propias del derecho público. Como cualquier contrato, el contrato administrativo tiene efecto vinculante para todas las partes involucradas. Esto quiere decir que la Administración, una vez que suscribe el contrato, también se encuentra obligada a respetar las cláusulas del mismo y ejecutarlo. Como diría DURÁN MARTÍNEZ en sus clases magistrales: Contrato civil y contrato administrativo son dos especies que pertenecen al mismo género, *contrato*; sus diferencias no son de esencia, sino accidentales.²⁰⁵

Suscribimos enteramente lo expresado por MOSSET ITURRASPE en este punto: *“La noción de contrato es la misma en todo el ordenamiento jurídico. No somos partidarios de exponer una "teoría del contrato administrativo", en virtud de la cual estos acuerdos, donde interviene la administración pública quedan regidos por un conjunto de reglas imprecisas, construidas por la doctrina y la jurisprudencia y que, en síntesis, permiten al Estado*

²⁰⁴ SAETTONE, Mariella, “Extinción del contrato administrativo”, LJU, tomo 151.

²⁰⁵ DURÁN MARTÍNEZ, “Efectos y cumplimiento de los contratos”, LJU, cita online: UY/DOC/97/2008.

*apartarse del texto del contrato. Coincidimos en las críticas a las "cláusulas exorbitantes implícitas" o a la aplicación "de la justicia distributiva a tales contratos", defendida por un sector mayoritario de juristas del Derecho Público (Marienhoff, Cassagne, entre otros)."*²⁰⁶

Nuestro derecho positivo admite desde el nivel constitucional que las entidades estatales celebren contratos y consagrada esa solución debe afirmarse que también para ellas los contratos tienen efecto vinculante. Este principio general de derecho se recoge a texto expreso, al incluirse las normas contractuales entre las "reglas de derecho" que vinculan a la Administración y cuya violación es causa de invalidez y consiguiente anulabilidad de los actos que dicte.²⁰⁷

Cualquier acto posterior que dictara la Administración en forma unilateral que sea violatorio de un contrato celebrado en forma previa o que directamente rescinda el contrato por su sola voluntad, conlleva la ilegitimidad del acto y por supuesto su anulabilidad ante el TCA por ser contrario a derecho. Esta posición la adopta por ejemplo RIVERA en lo que refiere específicamente a la *exceptio non adimpleti contractus*. Sostiene que cuando el privado expresa como agravio la existencia de un previo incumplimiento de la Administración, el TCA debe analizar si efectivamente existió tal incumplimiento y en caso que así se verifique, corresponde que declare la nulidad del acto administrativo de rescisión, por existir vicio (error o falsedad) en los presupuestos de hecho o motivos del acto.²⁰⁸

Como adelantamos *supra*, existe un sector de la doctrina que, invocando la existencia de cláusulas especiales, o prerrogativas exorbitantes de la Administración, argumenta que ésta última tendría el "dirigismo" del contrato administrativo en lo que refiere a su interpretación, modificación e incluso rescisión unilateral. La doctrina tradicional entiende que estas prerrogativas a favor de la Administración son de principio, y que el particular está obligado al cumplimiento del contrato administrativo con una rigurosidad que excede la exigida en el derecho privado por estar en juego el interés general.²⁰⁹

²⁰⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge, PIEDECASAS, Miguel, Código Civil Comentado. Doctrina - jurisprudencia - bibliografía, Contratos parte general, Rubinzal Culzoni Editores, Bs As, 2004, p. 16-17.

²⁰⁷ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Sobre derecho administrativo, t. II, FCU, Montevideo, 2012, p. 304.

²⁰⁸ RIVERA, Gonzalo, "La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa", Revista de Derecho (UCUDAL), año 10, N 14, 2016, 111-142.

²⁰⁹ FLORES DAPKEVICIOUS, "Nuevo régimen de los contratos administrativos y la licitación pública en Uruguay: de acuerdo al TOCAF, decreto N° 150/012", LJU, cita online: UY/DOC/72/2012.

Se han identificado las principales prerrogativas o privilegios de la Administración, entre las que se encuentran: poder de dirección, inspección, control, interpretación unilateral, potestad sancionatoria, potestad de resolución unilateral del contrato y *ius variandi*.²¹⁰

Autores nacionales de la talla del Dr. SAYAGUÉS LASO han sostenido que la Administración posee la dirección del contrato y se ha negado al particular la posibilidad de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* en caso de incumplimiento del Estado. Según la participación en la ejecución del servicio, la Administración tiene cierto poder de dirección y contralor sobre la ejecución del contrato, lo que supone la posibilidad de introducir unilateralmente modificaciones en el contenido del contrato. Sin embargo el distinguido tratadista aclara que ello no supone el sacrificio del particular contratante. De ahí que si la alteración del contrato le impone mayores gastos, la Administración debería indemnizarlo reajustando el precio estipulado.²¹¹

Asimismo dicho autor admite la potestad administrativa de imponer sanciones como ser: aplicación de multas; sustitución del contratante por un tercero o por la Administración, tomando ésta posesión de las instalaciones del contratista.²¹²

En las antípodas - y ya desde el año 1988 - DURÁN MARTÍNEZ niega la existencia de dichas prerrogativas especiales de principio²¹³. En cuanto al *ius variandi* señala que quienes lo admiten igualmente reconocen límites infranqueables en los procedimientos, en la imposibilidad de cambiar el objeto del contrato o en el mantenimiento de la ecuación económica-financiera. Comparte con BANDEIRA DE MELLO que se debe mantener la ecuación y que para el restablecimiento de la ecuación inicial no es necesario un desequilibrio grave, basta que se altere la equivalencia originalmente contemplada por las partes.²¹⁴

Por nuestra parte nos adherimos a la posición de DURÁN MARTÍNEZ en cuanto rechazamos que existan poderes implícitos de la Administración que le confieran un status de supremacía frente al administrado.

²¹⁰ MOLINARI, Miguel, “Breves reflexiones sobre las prerrogativas del contrato administrativo”, Universidad Nacional del Litoral. <https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2015/03/miguel-molinari1.pdf>

²¹¹ SAYAGUÉS LASO, Tratado de derecho administrativo, t. I, FCU, Montevideo, 2010, p. 569.

²¹² SAYAGUÉS LASO, Tratado de derecho administrativo, t. I, FCU, Montevideo, 2010, p. 569

²¹³ DURÁN MARTÍNEZ, “Efectos y cumplimiento de los contratos”, LJU, cita online: UY/DOC/97/2008.

²¹⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “El contrato administrativo en Uruguay”, Estudios jurídicos N 12, UCU, 2014, p. 158.

VIII.1.3. En particular: sobre el receso unilateral por parte de la Administración

SAYAGUÉS LASO sostuvo que en razón de los plazos extensos de ciertos contratos, suelen establecerse cláusulas que permiten la rescisión unilateral por la Administración antes de vencerse el plazo convenido. En estos casos no habría inconveniente para el autor, pues simplemente se ejercería una facultad estipulada.

Ahora bien, la cuestión se plantea cuando el contrato nada dice. En esos casos hay dos corrientes de opinión: a) quienes sostienen que en los contratos administrativos está implícita la potestad de la Administración de rescindirlos unilateralmente en cualquier momento por razones de interés público y b) quienes niegan esa posibilidad por mera conveniencia, estimándose que violaría los derechos del particular contratante. El autor concluye que independientemente de la postura que se adopte siempre se indemnizará al contratante no sólo en los daños que se le originen sino también en la ganancia de que se vea privado.²¹⁵

DURÁN MARTÍNEZ sostiene que es inadmisibles que una de las partes pueda modificarlo unilateralmente sin más, pues ello implicaría una violación del contrato. En este sentido expresa: *“insisto en este principio porque una muy abundante doctrina en materia de contratos administrativos proclama el poder de la administración de modificar unilateralmente el contrato de principio. Ese ius variandi de principio es absolutamente incompatible con la esencia misma del contrato”*.²¹⁶

Más adelante agrega que admitir esta potestad exorbitante sería una especie de contraprinzipio pues, o hay contrato y no hay *ius variandi* o hay *ius variandi* y entonces no hay contrato. Es imposible compatibilizar esa potestad de modificación unilateral con el valor seguridad jurídica o con el principio de confianza legítima.

Concluye que si se ha producido algún hecho que lo altere, las partes de común acuerdo deben convenir los cambios necesarios que posibiliten el cumplimiento del objeto del contrato en su esencia y si este acuerdo no se produce, es el juez competente (y no la Administración unilateralmente) quién resolverá. Estamos ante una hipótesis de conflicto por

²¹⁵ SAYAGUÉS LASO, Tratado de derecho administrativo, t. I, FCU, Montevideo, , p. 576.

²¹⁶ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “El contrato administrativo en Uruguay”, Estudios jurídicos N 12, UCU, 2014, p. 117.

lo que en un sistema basado en el principio de separación de poderes, toca la función jurisdiccional dar solución al punto”.²¹⁷

En opinión de MARIÑO LÓPEZ, la Administración sólo puede modificar el contrato en los casos expresamente previstos y fuera de esos casos deberá respetarse el contrato. Al respecto expresa que *“la Administración no tiene el derecho a rescindir unilateralmente el contrato a su arbitrio, si una norma legal no lo ha dispuesto expresamente o se ha pactado en el contrato dicho derecho a receder cuando se den circunstancias externas a su voluntad o se haya estipulado el pago de una suma de dinero para la otra parte.*

*No puede fundarse un derecho al receso unilateral en el poder de dirección del Estado, ni en poderes implícitos ni el interés común o bien común, pues el contrato para ser tal requiere de igualdad y una potestad de extinguir el vínculo contractual unilateralmente en forma arbitraria viola la igualdad y afecta el núcleo duro del contrato. Si se permitiera, no sería contrato. Por otra parte, la Administración debe buscar el bien común; lo primero para ello es el respeto al Estado de Derecho y el contrato como concreción de la igualdad es una de las bases de éste”.*²¹⁸

Por nuestra parte, rechazamos que una de las partes tenga el poder de deshacer el acuerdo mediante el dictado de una declaración de voluntad unilateral por su mera conveniencia. Distinto es el caso que hubiese una genuina razón de interés general, que haría las veces de justa causa para rescindir el contrato. De cualquier manera compartimos la opinión de quienes han sugerido que si el Estado entiende que corresponde rescindir un contrato por razones de interés general sería recomendable que, en principio, lograra un acuerdo con el contratante y en caso de que no poder alcanzarlo, planteara el caso en vía judicial.²¹⁹

En definitiva, negamos que existan prerrogativas *a priori* o poderes implícitos de la Administración. Por supuesto se pueden dar cuestiones de hecho, como ser que el Estado imparta ciertas pautas y ejerza cierta dirección en lo que hace a la ejecución (por ejemplo, por previsiones especiales en el pliego de condiciones) pero ello no implica que pueda modificar

²¹⁷ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “El contrato administrativo en Uruguay”, Estudios jurídicos N 12, UCU, 2014, p. 165.

²¹⁸ MARIÑO LÓPEZ, Andrés, “Extinción y modificación del contrato administrativo por declaración unilateral de voluntad de la Administración”, LJU. Cita online: UY/DOC/213/2017.

²¹⁹ SAETTONE, Mariella, “Extinción del contrato administrativo”, LJU, t, 151.

en forma unilateral el contrato. Mucho menos rescindirlo en forma unilateral por meras cuestiones de mérito.

Reconocer una potestad de *ius variandi* a favor de la Administración implica un menoscabo al principio de seguridad jurídica; supone cambiar las reglas de juego en forma unilateral luego de suscrito el contrato. Una actuación de esta naturaleza resulta ilegítima.

Si el Estado decide rescindir el contrato unilateralmente solamente por razones de mérito, ello será un genuino incumplimiento de contrato pues se está desligando por su sola voluntad, infringiendo las obligaciones a su cargo. Consideramos que no se puede utilizar el concepto de interés público como pretexto para habilitar a la Administración a rescindir a su arbitrio los contratos que celebra.

Ahora bien, ¿cuáles son las normas que prevén la modificación unilateral del contrato por parte de la Administración? La respuesta está en el art. 74 del TOCAF, que establece el derecho de la Administración a aumentar o disminuir en forma unilateral las prestaciones que emergen del contrato del cual es parte, *“respetando sus condiciones y modalidades y con adecuación de los plazos respectivos, hasta un máximo de 20% (veinte por ciento) o del 10 % (diez por ciento) de su valor original en uno y otro caso y siempre que el monto definitivo no sobrepase el límite máximo de aprobación para el cual está facultada la respectiva autoridad. Cuando exceda ese límite deberá recabarse la aprobación previa de la autoridad competente”*.

Tal como surge de la norma transcrita, se prevé que la Administración puede modificar unilateralmente el contrato para aumentar o disminuir las prestaciones. En el caso del aumento será hasta un máximo del 20%. En cambio para la disminución, hay un límite cuantitativo menor que se fija en el 10% del valor de éstas. Nótese que la norma solamente prevé una disminución de tipo cuantitativo, pero no cualitativo, es decir que no se podría modificar el objeto o las obligaciones previstas en el contrato original. Tampoco podría modificarse el plazo ya que la norma no lo prevé a texto expreso.

Como puede apreciarse existen límites claros en cuanto a las modificaciones que puede efectuar la Administración en forma unilateral. Fuera de esas previsiones entendemos que la misma no tiene potestad para rescindir el contrato. La otra hipótesis en que se puede rescindir el contrato es - al igual que en los contratos entre privados - si se establecen los motivos de hecho objetivos, ciertos, independientes de la voluntad del recedente, por los cuales pueda ser extinguido en virtud del derecho de receso. Con la salvedad de que en caso

de que ese derecho sea ejercido por la Administración, además de que se reúnan todas las previsiones contractuales al efecto, la extinción debe ser acorde al interés público.²²⁰

Como señalan DE CORES DAMIANI y CAL, si la Administración opta por celebrar contratos y no actuar unilateralmente no puede sustraerse luego a aquellos los elementos que precisamente forman parte inextirpable de su esencia.²²¹

Admitir que la Administración tiene la potestad de rescindir por su sola voluntad sin expresión de causa y fundándose únicamente en cuestiones de mérito resulta violatorio de los principios de buena fe así como del principio de igualdad ante las cargas públicas.

El sujeto privado que contrata con la Administración no puede resultar perjudicado porque la Administración actúe en interés público. Nadie niega que el Estado vela por el interés común, pero ello no puede servir de pretexto para incumplir el contrato y quedar impune. En efecto, cuando el Estado opta por contratar con particulares no está dictando un acto administrativo unilateral, sino que voluntariamente está eligiendo obligarse con un sujeto privado, y eso implica un acuerdo de voluntades que debe respetarse y cumplirse.

VIII.1.4. Panorama en la jurisprudencia

Sobre los poderes exorbitantes, el TCA ha seguido mayoritariamente la teoría clásica que admite dichas prerrogativas, afirmando que la Administración dispone de ciertos poderes que derivan de la propia esencia de los intereses públicos involucrados y que tal supremacía en cuanto a la potestad rescisoria no puede entonces discutirse.²²²

Específicamente en cuanto a la facultad de rescisión unilateral, el TCA sostuvo en sentencia del año 2015: *“La Administración cuenta con facultades para rescindir unilateralmente el vínculo en caso de incumplimiento. Y esta facultad ha sido reconocida por el Tribunal en numerosa jurisprudencia. Así, en Sentencia No. 201/2001 se sostuvo: “...no puede dudarse de que la “potestad” de proceder por “voluntad unilateral” a la rescisión del contrato, está ínsita en el propio contrato y forma parte indiscutible de la naturaleza del mismo. Así no se duda, que la Administración como co-contratante, cuenta con tal privilegio (inexistente en el derecho privado) en función de la naturaleza PÚBLICA de la contratación.*

²²⁰ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “El contrato administrativo en Uruguay”, Estudios jurídicos N 12, UCU, 2014, p. 180.

²²¹ DE CORES, Carlos Andrés, CAL, Juan Manuel, “El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa”, Revista Derecho UM, 2012, p. 136.

²²² DE CORES, Carlos Andrés, CAL, Juan Manuel, “El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa”, Revista Derecho UM, 2012, p. 135.

Tal potestad responde entonces, no sólo a las características propias del contrato administrativo, sino a su "finalidad" que no es otra que la satisfacción del interés común. Es muy claro que esa potestad (exorbitante del Derecho Privado, al decir de MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo T. III A, pág. 403 y sgtes.), está legítimamente justificada". "Vale decir entonces que ese "fortalecimiento" de una de las dos voluntades contratantes, está sobradamente justificado por los intereses en juego, que en el caso es el interés PÚBLICO." Tal supremacía en cuanto a la potestad rescisoria (voluntad unilateral de la Administración), no puede entonces discutirse, MENOS AÚN, cuando el particular, al suscribir el compromiso vinculante, se sometió por anticipado a ella. (Cfme. Sentencia N° 353/2013; en igual sentido: Sentencias Nos. 189/2015, 709/2014, 703/2014, 211/2013, 356/2012, 334/2012, 313/2007, 829/2006, 291/2006, 58/2006, 45/2006, 249/2001, 996/1999, y 327/1998, entre otras)".²²³

Sin embargo también hay casos puntuales en los cuales el TCA ha defendido el efecto vinculante de los contratos administrativos. DURAN MARTINEZ comenta la siguiente sentencia: *"como los contratos 'administrativos' siguen siendo o constituyendo la 'ley de las partes', va de suyo que éstas tienen el derecho recíproco de exigirse las prestaciones a que se han obligado; pero también en este ámbito del derecho 'debe respetarse la convención de las partes', cualquiera sea la especie de contrato administrativo que se considere.*

Coincidentemente, el Prof. Augusto DURAN MARTINEZ sostiene con impecable rigor conceptual que, del análisis de nuestro Derecho Positivo, pueden extraerse estas conclusiones: a) que los contratos administrativos existen, poseen sustantividad y su elemento distintivo es el subjetivo. Son contratos administrativos los que celebra la Administración; b) que de la interpretación armónica de los arts. 7, 10, 32 y 72 de la Constitución; 1291 del Código Civil y 23, literal 'a' del DL 15.524, surge que los contratos administrativos tienen efecto vinculante entre las partes, son inmutables y toda modificación y rescisión unilateral sin ley formal habilitante está vedado, por lo que, de disponerse, el acto respectivo es susceptible de la acción anulatoria ('Ejecución de los Contratos Administrativos...', pp. 59 y ss., especialmente p. 75, en Contratación Administrativa, Curso de Graduados, ed. F.C.U., 1988)".²²⁴

²²³ TCA, Sentencia N 764/2015, 15/10/2015, ECHEVESTE COSTA (Red.), SASSON BALLETO, GÓMEZ TEDESCHI, TOBIA FERNÁNDEZ, CASTRO RIVERA, publicada en LJU, cita online: UY/JUR/1455/2015.

²²⁴ TCA, Sentencia 964/1999 citada por DURAN MARTINEZ, Augusto, "Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos", LJU, cita online: UY/DOC/97/2008.

En lo que respecta a la órbita judicial se ha dicho que la Administración tiene la potestad de aplicar e imponer su voluntad unilateral en función de la naturaleza pública de la contratación.²²⁵

Asimismo, se ha sostenido: *“La contratación administrativa vinculante (contrato con la Administración) desde una perspectiva privatista, se inserta dentro de la teoría general del negocio jurídico (cf. : Caumont en Contratación Administrativa p. 196. FCU, Mont. 1989). Empero, mientras el sujeto privado tiene fines propios, cuya persecución se encuentra garantizada por el ordenamiento y para lo cual goza del instrumento de la autonomía de la voluntad, las administraciones públicas persiguen un fin ajeno, el fin de la comunidad o bien común. De ahí se derivan las prerrogativas de la administración (de dirección y control, modificatorias y sancionatorias, etc.)”*.²²⁶

Por su parte la SCJ resuelve un caso en el cual el Estado contrató a un mediador a los efectos de adquirir un inmueble. El privado realiza su labor en ejecución del contrato y posteriormente el Poder Ejecutivo decide dejar sin efecto la compraventa ya que el gasto fue observado por el Tribunal de Cuentas, negándose a abonar los honorarios al mediador. Sostiene la Corte que *“el acto de adjudicación desplegó toda su eficacia con relación al actor dado que su derecho a cobrar la comisión no se desvanece por la posterior revocación de aquel, en la medida que se trata de un derecho subjetivo totalmente consolidado. (...) La Doctrina sostiene pacíficamente que la Administración puede celebrar contratos típicos de derecho privado y en la especie (compraventa de un inmueble) es claro que nos encontramos dentro de la órbita del derecho privado, es un particular que contrata con el Estado durante la celebración y con posterioridad, esto es, sus consecuencias jurídicas, deberán estar al decir del derecho que rige las acciones entre particulares. (...) Si luego, la actividad de contralor de la Administración le lleva a autosanearse o autocomponerse mediante la "observación del gasto" y, consecuentemente, a dejar sin efecto el negocio jurídico, la revocatoria por razones de legalidad en estos casos, es un acto no sólo lícito sino necesario, pero que transmite perjuicio para el tercero (particular) que intervino y contrató con la Administración en la creencia de que ésta actuaba dentro del límite de sus potestades, como por demás corresponde de regla presumir. No se trata de hacer renacer a la vida jurídica el*

²²⁵ JDO PAZ DPTAL. FLORIDA 2, Sentencia N 85/2008, 15/05/2008, GARCÍA DA ROSA FONTOURA, publicada en LJU, cita online: UY/JUR/85/2008.

²²⁶ JDO LDO CIVIL 17, Sentencia N 44/1992, 19/08/1992, SOSA AGUIRRE, publicada en LJU, cita online: UR/JUR/58/1992.

*negocio que se vio afectado por la revocatoria, sino de indemnizar los perjuicios que esa actuación no acorde a la legalidad provocó en los terceros intervinientes de buena fe".*²²⁷

A través de un trascendental fallo, el TAC 5 considera que en virtud del ejercicio del *ius variandi* existe un incumplimiento de la Administración concluyendo que existe responsabilidad estatal: *“lo que se cuestiona no es la regularidad jurídica de dicho acto administrativo, sino su incidencia negativa en la ecuación financiera del contrato, configurando – según ya se señaló supra – incumplimiento imputable al Estado que irrogó al actor perjuicios reparables”.*²²⁸

Por su parte el TAC 7 en un caso consideró acreditada la conducta ilegítima de la Administración, rescindiendo un contrato vigente sin la debida y necesaria fundamentación, omisión que en definitiva vulnera normas de buena administración y configura una extralimitación a las potestades discrecionales, generadora de responsabilidad.²²⁹

En esta línea, el TAC 1 calificó la actuación del Estado como incumplimiento y no receso: *“Cabe recordar que el principio de fuerza vinculante determina que la regla es que las partes no pueden cesar unilateralmente los efectos del contrato, salvo los casos de revocación y de receso o desistimiento unilateral. Justamente, este último es el que invoca el apelante en forma subsidiaria, alegando que estaba legitimado a ejercer ese derecho por razones de interés público. Sin perjuicio que el Tribunal adhiere a la posición de Delpiazzo, en el presente no se demostró la existencia de dicho interés; es más, se invocaron razones de mérito y no se revocaron las demás "autorizaciones" otorgadas en la citada resolución del 21/6/2001. Por lo tanto, no corresponde hablar de ejercicio de derecho de receso sino lisa y llanamente de incumplimiento, lo que determina que se deban indemnizar los daños que hubiesen sido su consecuencia”.*²³⁰

Finalmente por sentencia de la SCJ: *“Como bien señala Delpiazzo, el contratista tiene derecho a que la Administración cumpla sus obligaciones impuestas por el contrato, por reglamento o por Ley, como es el caso de la entrega oportuna de terrenos, de planos, de materiales, el pago de acopios, la realización del replanteo de la obra en plazo y todos*

²²⁷ SCJ, Sentencia N 361/2004, 06/12/2004, GUTIÉRREZ PROTO (Red.), PARGA LISTA, VAN ROMPAEY SERVILLO, RODRIGUEZ CAORSI, TROISE ROSSI, publicada en LJU, cita online: UY/JUR/301/2004.

²²⁸ TAC 5, Sentencia N 73/1996, 31/07/1996, BARCELONA CAMPELO (Red.), ROCHON TALMON, VAN ROMPAEY SERVILLO, publicada en LJU, cita online: UY/JUR/236/1996.

²²⁹ TAC 7, Sentencia N 76/2012, 27/06/2012, COUTO VILAR (Red.), CASTRO RIVERA, LÓPEZ UBEDA, publicada en DJDC, t. I, año I, FCU, Montevideo, 2013, c. 284, pág. 446.

²³⁰ TAC 1, Sentencia N 103/2008, 29/04/2008, SALVO LÓPEZ DE ALDA (Red.), VÁZQUEZ CRUZ, CASTRO RIVERA, publicada en BJN.

aquellos compromisos que al momento del perfeccionamiento del contrato hayan quedado en cabeza de la Administración (Cf. "Contratación Administrativa", Universidad de Montevideo, 1999, pág. 290). Por lo que el referido incumplimiento deberá regularse por el régimen de responsabilidad común. "... Según el principio general el deudor que incumple está obligado a reparar íntegramente el daño causado (art. 1.342)..." (Jorge Gamarra, "Tratado...", Tomo XVII, Vol. 1, pág. 254)".²³¹

Como puede apreciarse de este panorama jurisprudencial, la posición no es unánime, pero ha habido un avance y una considerable moderación de la posición tradicional. Actualmente se prioriza el efecto vinculante del contrato y el principio de buena fe en la ejecución de los contratos. Como consecuencia, si la Administración rescinde el contrato por razones de mera conveniencia, incurre en responsabilidad y deberá indemnizar a su co-contratante.

VIII.2. REVOCACIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN POR PARTE DEL COMITENTE

VIII.2.1. Previo

El contrato de construcción es probablemente uno de los más importantes de nuestro ordenamiento jurídico. La reconocida y multicitada obra de SÁNCHEZ FONTANS ha sido de gran utilidad para la resolución de conflictos vinculados a este contrato, y un legado invaluable para las generaciones futuras. Recientemente se ha actualizado toda la obra del autor en un estudio a cargo de los profesores DE CORES y GAMARRA SANTA CRUZ.²³²

Abundan los temas a tratar en lo que refiere a este tipo contractual pero su desarrollo excedería ampliamente el objeto de nuestro estudio. Por este motivo, nos enfocaremos en abordar la posibilidad que tiene el comitente de revocar el contrato de construcción antes de que culmine la obra (facultad prevista en el Art. 1847 CCU) y la indemnización correspondiente. El resto de las cuestiones vinculadas al arrendamiento de obra pueden ser consultadas en la obra citada.

²³¹ SCJ, Sentencia N 286/2009, 29/06/2009, VAN ROMPAEY SERVILLO (Red.), LARRIEUX RODRÍGUEZ, GUTIÉRREZ PROTO, RODRÍGUEZ CAORSI, RUIBAL PINO, publicada en BJN.

²³² DE CORES, Carlos, GAMARRA SANTA CRUZ, Raúl, Estudios sobre contrato de construcción. Actualización, t. I, II y III, La Ley Uruguay, Montevideo, 2020.

El artículo 1847 del Código Civil presenta ciertas particularidades. Por un lado se confiere al comitente un “libre arbitrio” para poner fin a una obra que ya se comenzó a ejecutar, pero asimismo lo obliga a abonar una indemnización especial a la empresa constructora y/o arquitecto a los efectos de ejercer dicha prerrogativa.

Sobre la naturaleza jurídica de esta decisión unilateral de terminar el contrato, como se aclaró al comenzar nuestro trabajo, para la doctrina mayoritaria - encabezada por el maestro GAMARRA - se trata de un derecho de revocación, pues tratándose de un contrato de ejecución continuada pero de cumplimiento instantáneo (se cumple la obligación con la entrega de la obra completa), no conviene hablar de receso. Para LARRAÑAGA en cambio, la facultad prevista en el artículo 1847 CCU es un verdadero derecho de receso unilateral en virtud de que no se pretende la extinción del negocio ni de los efectos generados, sino que la cesión de eficacia se produce para el futuro. No existe retroactividad, por este motivo el autor considera que estamos en presencia de un receso *ad nutum* con el correlativo derecho de la contratista a una indemnización.²³³

Los argumentos del autor son convincentes, y reconocemos que la cuestión resulta altamente opinable. No obstante, nos inclinamos por la posición de GAMARRA por cuanto creemos que se trata de un contrato de cumplimiento instantáneo.

Sin perjuicio de lo expuesto, la mayor interrogante que se nos plantea - y que será objeto de desarrollo a continuación - es si esta norma debe ser respetada o si por el contrario, puede ser dejada de lado por las partes, pactándose la revocación a favor del comitente sin necesidad de indemnización alguna.

Asimismo se examinará sucintamente en qué consiste específicamente lo que debe abonar el comitente para poner fin al contrato. A tales efectos, se hará un breve repaso por algunos casos jurisprudenciales recientes para determinar a qué tiene derecho la contratista cuando sufre la terminación del contrato.

VIII.2.2. Análisis del artículo 1847 CCU

El artículo 1847 del CCU establece: *“El que encarga una obra para la que el obrero debe poner los materiales puede a su arbitrio rescindir el contrato, aunque la obra ya esté*

²³³ LARRAÑAGA, Luis, “Extinción del contrato de construcción de las obligaciones”, en Estudios sobre contrato de construcción. Actualización, t. II, La Ley Uruguay, Montevideo, 2020, p. 748-762.

empezada a ejecutar, indemnizando al obrero de todos los gastos y trabajos y de todo lo que hubiese podido ganar en la misma obra”.

Dicha norma, que se ha mantenido intacta desde la sanción del Código de Narvaja, es una réplica bastante exacta del artículo 1794 del Código Napoleónico, que también sigue vigente en el derecho francés: *“Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise”*, cuya traducción al castellano es la siguiente: *“El propietario podrá rescindir, por su sola voluntad, el contrato a tanto alzado, aunque la obra ya se hubiese comenzado, resarciendo al contratista de todos sus gastos, de todos los trabajos realizados, y del lucro que podría haber obtenido en ese proyecto”*.²³⁴

En lo medular el comitente actuando en forma unilateral y sin el concurso del constructor, puede terminar anticipadamente la obra ya empezada, lo que a primera vista parecería una excepción al efecto obligatorio de los contratos previsto en el Artículo 1291 CCU. No obstante, quién encarga la obra actúa lícitamente en virtud de una facultad expresa prevista en la ley, que para ejercerla implica una indemnización a favor de quién sufre la terminación del contrato. Podría hablarse de una indemnización tarifada legalmente para que quien encarga una obra pueda “sustraerse” de la obligatoriedad del contrato.

Por eso es que para nosotros esta norma no es una excepción a la fuerza vinculante del contrato, porque en definitiva, producida la terminación anticipada de la obra, el comitente cumplirá igualmente con la contraprestación a la que se obligó al momento de celebración del contrato. En efecto, le tiene que abonar al constructor todos los gastos que haya tenido hasta ese momento y todo lo que hubiese ganado en la obra. En otras palabras, está cumpliendo la obligación principal de pago del precio que le impone el contrato de arrendamiento de obra.

Ya sea que se entienda que es una revocación o un receso unilateral, lo cierto es que nadie discute que el comitente no tiene que acreditar justa causa. Mientras que indemnice (como mínimo) al arrendador con lo previsto en la norma, la extinción unilateral del contrato es lícita, válida y eficaz y no genera responsabilidad. Así lo expresó SANCHEZ FONTANS: *“se deja al arbitrio de una de las partes la posibilidad de revocar unilateralmente el contrato, sin perjuicio de la obligación de indemnizar”*.²³⁵

²³⁴ Consultar: <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance>

²³⁵ SÁNCHEZ FONTANS, José, El contrato de construcción, t. II, Montevideo, 1953, p. 67.

El fundamento de este derecho que se confiere al comitente radica en que puede ocurrir que por circunstancias de hecho posteriores a la celebración del contrato – por ejemplo factores económicos vinculados al mercado inmobiliario o situación económica de la propia empresa inversora – la obra ya no represente la utilidad o la ganancia esperada, y que su culminación le impliquen unos esfuerzos económicos superiores que pagarle la indemnización a la constructora. Y esta solución tampoco es injusta para la otra parte, ya que la contratista tiene derecho a que se le reembolse todo lo que haya invertido hasta la revocación y a que se le indemnice todo lo que hubiese obtenido de ganancia por la ejecución completa de la obra.

Conceptualmente podemos dividir el artículo en dos partes, pero que deben interpretarse en forma conjunta e interrelacionada: a) por un lado se concede el ejercicio “arbitrario” al arrendatario para extinguir unilateralmente el contrato de obra, aun cuando ya se hubiese comenzado a construir la misma, y b) como contraprestación, se fija un pago al arrendador, que está tasada legalmente: *“indemnizando al obrero de todos los gastos y trabajos y de todo lo que hubiese podido ganar en la misma obra”*.

Tal como surge de la norma objeto de estudio, el comitente no puede ejercer libremente la facultad de finalizar el contrato, sino que se le concede un derecho pero condicionado a que abone una indemnización a su co-contratante. Como vimos a lo largo de nuestro estudio, se admite el receso compensado u oneroso en los contratos de duración sujetos a plazo. En este caso es la ley la que prevé la medida de la compensación. El comitente se libera del contrato pero debe pagar el precio al constructor.

VIII.2.3. Nulidad del pacto que admite la revocación sin la correlativa indemnización. Fundamento: principio de igualdad de los contratantes y obligatoriedad del vínculo contractual

Ahora bien, cabe preguntarse si la norma que estamos analizando puede ser dejada de lado por las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, o si por el contrario, constituye una disposición de orden público que no admitiría pacto en contrario.

Señala SANCHEZ FONTANS que esta disposición legal no tiene carácter de orden público: *“puede ser modificada por las partes, tanto en lo que se refiere a la renuncia por parte del comitente de esa facultad de revocar, como en lo que se refiere a otorgar al empresario el mismo derecho a la ruptura unilateral del contrato, como en lo que se refiere a*

*fixar por adelantado una suma a título de cláusula penal o liquidación anticipada de daños y perjuicios, que deberá pagar la parte que rescinda. La indemnización puede también limitarse convencionalmente a los trabajos efectivamente realizados, sin comprender la ganancia esperada”.*²³⁶

Sin perjuicio de ello, agrega el autor que a su entender sería nula la cláusula del contrato que autoriza al propietario a revocar sin pagar indemnización alguna, porque sería dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contrayentes.

Nos permitimos discrepar con la posición de SÁNCHEZ en este punto. En primer lugar, por cuanto entendemos que la norma no puede dejarse de lado por las partes. Pero además, en lo personal, nos resulta en cierto punto contradictorio que el autor admita que pueda “*limitarse convencionalmente a los trabajos efectivamente realizados, sin comprender la ganancia esperada*”, y más adelante sostenga que no se puede revocar sin pagar indemnización. Con todo el respeto que nos merece, creemos que la contradicción está dada justamente en que pagar por los trabajos realizados no constituye genuinamente una indemnización. Por el contrario, el pago de los trabajos realizados no es más que el pago del precio que se debe hasta ese momento. Si se limita contractualmente a que el comitente no queda obligado a pagar la ganancia esperada, entonces no hay, en puridad, indemnización alguna. Y es el propio SANCHEZ quien inmediatamente señala que es nula una cláusula que permita revocar sin indemnizar, por violación al artículo 1253 del CCU.

En definitiva, consideramos que es nula la cláusula que establezca que el constructor no tiene derecho a la ganancia que hubiese podido obtener por la obra. Compartimos la opinión de PEIRANO FACIO y ORDOQUI en cuanto sostienen que la existencia de una indemnización al contratista es la forma de que no se viole el artículo 1253 CCU: “*cabe preguntarnos entonces si la norma que regula el derecho de revocación (artículo 1847 C.C) no entraría en contraposición a lo establecido en el artículo 1253 del mismo cuerpo normativo. La respuesta es negativa desde el momento que si se aplica en toda su extensión lo establecido en el Artículo 1847 del Código Civil el derecho que ejerce el empresario o comitente implica asumir consecuencias perjudiciales, reparando los daños lícitos que le pueda haber causado al contratista, reparando el valor de los materiales e incluso el lucro que pudo o debió haber obtenido*”.²³⁷

²³⁶ SÁNCHEZ FONTANS, José, El contrato de construcción, t. II, Montevideo, 1953, p. 68.

²³⁷ PEIRANO FACIO, Jorge, ORDOQUI, Gustavo, Contratos, Del Foro, Montevideo, 1997, p. 616.

Esto está directamente relacionado con lo que mencionamos en forma precedente, en cuanto la norma debe leerse en conjunto para resultar acorde al principio de igualdad y a la fuerza vinculante del contrato: por un lado el “libre arbitrio” del empresario de revocar sin expresión de causa, pero, solamente si viene acompañado del pago de la indemnización legalmente establecida, como una base mínima que debe recibir la empresa constructora para que el receso pueda calificarse de lícito.

En este caso fue el propio legislador el que previó la forma de equilibrar la situación de las partes frente a la rescisión que ejerce quién encarga la obra. En el contrato de construcción es la ley la que determina el monto razonable para dicho ejercicio. Por tanto, habrá que concluir que un contrato que pretenda eludir la indemnización legalmente tarifada prevista en el presente artículo, violaría el equilibrio contractual y a nuestro entender estaría viciada de nulidad.

Se aplica perfectamente lo expresado por BLENGIO, refiriéndose a los casos de desequilibrio entre las partes contratantes: “*habrá que concluir que el principio de igualdad de las partes ha sido violado, si una relación contractual se presenta irracionalmente favorable a una de ellas, por ser expresión de un desequilibrio arbitrario y sin justificación adecuada*”.²³⁸

Hace ya varios años FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y LARRAÑAGA (siguiendo la posición de BLENGIO) expresaron que en la medida en que el derecho de receso que se pretenda ejercer sea irracional y arbitrario, viola el principio de igualdad y deviene ilegítimo y por tanto inexistente o absolutamente nulo.²³⁹ No obstante, recientemente LARRAÑAGA modificó su posición a partir del planteo de GAMARRA sobre la posibilidad de receso *ad nutum*, que ya fue estudiado *ut supra*. En este sentido, y con una nueva mirada sobre el tema, actualmente admite el pacto de receso *ad nutum*, en cuanto este no afecta “la validez y el cumplimiento de los contratos” según lo previó el codificador en el art. 1253 CCU. Concluye que este tipo de receso no altera la parte estructural ni funcional del negocio, y que sus efectos sólo atañen a la cesación de eficacia a partir del momento en que se haga valer.²⁴⁰

²³⁸ BLENGIO, Juan, “La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir”, ADCU, t. XXVII, FCU, Montevideo, 1996, p. 411.

²³⁹ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gabriel, LARRAÑAGA, Luis, “Límites al receso unilateral”, ADCU, t. XXX, FCU, Montevideo, 1999, p. 577.

²⁴⁰ LARRAÑAGA, Luis, “Extinción del contrato de construcción de las obligaciones”, en Estudios sobre contrato de construcción. Actualización, t. II, La Ley Uruguay, Montevideo, 2020, p. 786-790.

Por nuestra parte no compartimos la validez del receso *ad nutum* en los contratos sujetos a plazo, y en el caso específico del contrato de construcción (que es un contrato de cumplimiento instantáneo) entendemos que para extinguirlo se debe abonar una indemnización. De lo contrario hay un desequilibrio total entre las partes. El fundamento de que se prevea una indemnización también radica en la propia noción de justicia del contrato. Como señala BENÍTEZ CAORSI, *“un punto digno de mención es que la justicia contractual se conquista a través de un equilibrio mínimo de la operación económica”*.²⁴¹

Ciertamente no puede hablarse de equilibrio si una de las partes puede rescindir el contrato por su sola voluntad, sin que ello conlleve una indemnización para el co-contratante que tiene la legítima expectativa de culminar el contrato y obtener la ganancia pactada.

En un sentido similar, MOSSET ITURRASPE nos habla de la función social del contrato: *“El contrato debe ser la “obra de las partes”: una creación libre, no impuesta ni forzosa. Es el terreno de las voluntades autónomas, que se gobiernan a sí mismas. Sin perjuicio de que la realidad comercial de la modernidad muestra que la mayoría de los contratos se celebran entre partes con diferente “poder de negociación”: fuerte una y débil la otra; en posición dominante la primera y en posición subordinada la segunda. Ello hace que el contrato no deba ser exclusivamente una cuestión de los privados, que frente a los aprovechamientos que posibilita esa desigualdad se predique la “función social del contrato”. Y por esa vía, la intervención moderadora o equilibradora del Estado, sancionando los abusos con la nulidad”*.²⁴²

La jurisprudencia vernácula se ha manifestado de esta manera, secundando la tesis que defendemos: *“Desde esta óptica, el contrato en cuestión debería calificarse como contrato de construcción, lo que plantea la interrogante acerca de la validez de la cláusula Séptima en cuanto prevé un receso unilateral “por la sola voluntad” de las partes en un contrato que no es más que una especie de arrendamiento de obra y que, por ende, admite únicamente revocación en los términos del art. 1847 del CC. No se puede omitir la consideración de la remisión contenida en la citada cláusula Séptima a “las condiciones establecidas por el Código Civil” que bien podría interpretarse como referida a las previstas por el art. 1847 que establece que quien decide cesar unilateralmente los efectos del contrato*

²⁴¹ BENÍTEZ CAORSI, Juan, La revisión del contrato, AMF, Montevideo, 2008, p. 50.

²⁴² MOSSET ITURRASPE, Jorge, PIEDECASAS, Miguel, Código Civil Comentado. Doctrina - jurisprudencia - bibliografía, Contratos parte general, Rubinzal Culzoni Editores, Bs As, 2004, p. 14.

debe indemnizar a la otra parte “todos los gastos y trabajos” y “todo lo que hubiera podido ganar en la misma obra”, de lo que se derivaría que si bien la demandada estaba facultada para finalizar el vínculo, a la vez estaba obligada a reparar al comitente los daños referidos.

La única posibilidad de eximirse de esa indemnización radicaría en la prueba del incumplimiento de la actora que exiliaría la conducta de la demandada del ámbito del citado art. 1847 que tiene como presupuesto la inexistencia de incumplimiento del arrendador.-

Por lo demás, si se entendiera que la cláusula mencionada no se remite al art. 1847 en virtud de la renuncia a reclamar daños y perjuicios y si a la vez se sostiene –como lo hace la demandada- que existió un único contrato, debería postularse la nulidad del pacto de desistimiento unilateral puesto que –como se viene de decir- dicho pacto, aun en favor de ambas partes, sería claramente contrario a lo dispuesto por los arts. 1253 y 1291 del CC al dejar librado a la mera voluntad de cualquiera de los contratantes el cumplimiento del contrato, máxime en hipótesis de contrato de cumplimiento instantáneo en el que no juega la protección de la libertad jurídica que podría verse vulnerada si las partes permanecieran vinculadas de por vida.”²⁴³

El TAC 4 comparte la argumentación de su homónimo de primer turno en la sentencia citada, pues de evadirse el cumplimiento del Art. 1847 se violentan los Arts. 1253 y 1291 CCU en la medida en que permite a cualquiera de las partes desligarse por su sola voluntad de un contrato de cumplimiento instantáneo, reiterando que en esta hipótesis “no juega la protección de la libertad jurídica que podría verse vulnerada si las partes permanecieran vinculadas de por vida”.²⁴⁴

VIII.2.4. Breve repaso por los daños frente a la terminación anticipada de la obra

La medida de la indemnización en el caso de que la comitente ejercite el derecho de receso está legalmente tasada en el artículo 1847 del C.C. La obligación que impone la ley al comitente que rescinde unilateralmente el contrato constituye una aplicación de los principios establecidos por los Arts. 1345 y 1346 del CCU. La norma no ofrece dudas: se debe indemnizar al obrero “de todos los gastos y trabajos y de todo lo que hubiese podido ganar

²⁴³ TAC 1, Sentencia N 123/2012, 29/08/2012, SALVO LÓPEZ DE ALDA (Red.), VÁZQUEZ CRUZ, CASTRO RIVERO, publicada en BJNI.

²⁴⁴ TAC 4, Sentencia N 122/2014, 20/06/2014, GATTI SANTANA (Red.), MAGGI SILVA, TURELL ARAQUISTAIN, FRANCA NEBOT, publicada en BJNI.

en la misma obra”, es decir el daño emergente y el lucro cesante, limitándose a los daños que se han previsto o podido prever al tiempo del contrato y que sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento.

Como señala la doctrina²⁴⁵, el artículo 1847 refiere a tres rubros: a) gastos: se debe reembolsar el dinero empleado por el contratista para el pago de bienes o servicios que haya adquirido para realizar la obra. Comprende materiales comprados y aún no incorporados a la obra, máquinas o herramientas adquiridas con carácter exclusivo para esa obra, así como la diferencia entre el precio pagado y el que se pueda obtener en la reventa, a menos que el comitente prefiera quedarse con esos materiales, b) trabajos: resarcir lo que corresponda al resultado del trabajo, es decir, a la parte de la obra ejecutada. Debe entenderse también la mano de obra, es decir, la remuneración que paga el empresario por el trabajo de los obreros o subcontratistas empleados en la obra, y c) utilidad: comprende todo lo que hubiera podido ganar en la misma obra, es decir la ganancia líquida o diferencia entre el precio convenido y el costo efectivo de los materiales y mano de obra.

SÁNCHEZ agrega que si el propietario incurre en uso abusivo de su derecho, el empresario podrá reclamar – además de los tres rubros recién mencionados – por los perjuicios sufridos a raíz del abuso. Señala que ninguna limitación contiene este artículo en cuanto al monto de lo que le corresponde a título de indemnización. Siguiendo a PLANIOL y RIPERT expresa: *“Si el empresario sufre, sin embargo, un perjuicio moral por la desconsideración que la ruptura hiciera recaer sobre él, puede obtener una indemnización supletoria por tal motivo”*.²⁴⁶

Existen fallos en los cuales nuestros tribunales han condenado al pago de daño moral en los casos de receso unilateral. A modo de ejemplo se condenó al Colegio y Liceo Alemán a pagar U\$S 10.000 por concepto de daño moral al prescindir en forma abrupta de los servicios de un arquitecto que mantuvo un vínculo permanente con la Institución por más de 20 años. Al momento de la revocación el profesional prestaba servicios vinculados a programas constructivos en los diferentes locales de la institución. Se acreditó que en pleno desarrollo de una de las obras, sin aviso ni disconformidad previa, se le comunica que sería sustituido por otro técnico en todas las obras. En este sentido la Sede expresó: *“Antes de*

²⁴⁵ SÁNCHEZ FONTANS, José, El contrato de construcción, t. II, Montevideo, 1953, p. 72, PEIRANO FACIO, Jorge, ORDOQUI, Gustavo, Contratos, Del Foro, Montevideo, 1997, p. 616 y ss.

²⁴⁶ SÁNCHEZ FONTANS, José, El contrato de construcción, t. II, Montevideo, 1953, p. 66.

*ahora esta proveyente, ha adherido, y adhiere, a la posición que entiende que en hipótesis de responsabilidad contractual –en conclusión que se considera trasladable al sublite “...el criterio de que un incumplimiento contractual cualquiera sea de importancia, no crea por sí solo una presunción de daño moral resarcible, debiendo estar revestido de características muy especiales, que permitan suponer que hubo de afectar el equilibrio emocional y psíquico del otro contratante, para que pueda haber derecho a un resarcimiento. (...) Se estima que en el supuesto de autos se dan esas características muy especiales requeridas en la sentencia citada para que proceda su acogimiento, las que se acreditaron en los presentes. Así tenemos la declaración del médico psiquiatra que trata al actor desde fines de 2008, quien da cuenta de la depresión que sufriera el actor, que fue tratada con medicamentos y psicoanálisis. Entonces corresponde dar por probada la existencia del daño y su nexa causal con el receso ejercido por la accionada, siendo de señalar que Larrañaga- Fernández, se pronuncian a favor de su procedencia –cfr. ob.cit., p. 584”.*²⁴⁷

En relación a los gastos y trabajos que ya se ejecutaron (daño emergente), naturalmente serán exigibles, y es más sencillo de determinar su monto. Ahora bien, lo que resta analizar es cómo valorar todo lo que “*se hubiese podido ganar en la obra*”. Entendemos que se refiere al lucro cesante futuro. Por ejemplo, supongamos un edificio en construcción que cuenta con un avance de obra del 60% al momento de la revocación por parte del comitente. Si a la fecha la totalidad de certificaciones por avance de obra arrojó una ganancia de U\$S 600.000 para la contratista, se debe indemnizar a la constructora por el 40% restante, esto es un monto estimado de U\$S 400.000.

El cálculo resulta más sencillo cuando se trata de una obra por administración donde están estipulados por separado los costos y la remuneración que se le asigna a la empresa constructora.²⁴⁸ La determinación del honorario puede volverse más complejo tratándose de obras “llave en mano”, donde se estipula un precio final a cambio de la obra terminada, pero se desconoce cuánto corresponde a la mano de obra, materiales y a las utilidades u honorarios

²⁴⁷ JDO LDO 15, Sentencia N 23/2013, 12/04/2013, MACCIÓ AMBROSINI, publicada en BJNI.

²⁴⁸ Sobre el contrato por administración SÁNCHEZ FONTANS “*el sistema de construcción de una obra por administración o economía consiste en la eliminación del empresario: el comitente dirige personalmente la obra, contrata directamente a los obreros y adquiere los materiales. El comitente se obliga a pagar el costo efectivo de la mano de obra, de los materiales utilizados y demás gastos, además de una remuneración que se asigna al empresario por sus tareas de dirección, contratación del personal, suministro de útiles y enseres y gastos generales. Normalmente la remuneración se estipula en forma de porcentaje sobre el costo real de la obra, pero puede también estipularse una cantidad fija*”.

del constructor. En tal hipótesis, corresponde al arrendador de obra acreditar que porción corresponde a sus ingresos.

Respecto de lo que puede reclamar la contratista cuando la desarrolladora de la obra pone fin al contrato, el TAC 3, en una reciente sentencia donde cita al jurista italiano MESSINEO expresa: *“Sostiene prestigiosa doctrina que el poder general de separación unilateral del contrato – poder en el que se aprecia un supuesto de derecho potestativo – está subordinado al deber de mantener indemne al contratista de los gastos soportados, del valor de los trabajos realizados, de la falta de ganancia e inclusive del daño moral padecido, indemnización que el comitente está obligado a abonar y cuya adecuación importa una cuestión de hecho a determinar”*.²⁴⁹

Por su parte el TAC 1 ha sostenido: *“La rescisión unilateral del contrato dispuesta unilateralmente por el comitente, estando la obra en etapa de ejecución, confiere a las arquitectas demandantes de acuerdo con lo que dispone el artículo 1847 CC derecho a cobrar el trabajo ejecutado más todo lo que hubiera podido ganar en la misma obra. Ambas partes han admitido que se pactó como honorario el 12% sobre el costo de obra contratada, lo cual excluye tanto la aplicación del arancel profesional como pretenden las reclamantes como la estimación pericial que estima el honorario en proporción a las parte ejecutada de la obra proponiendo el pago del 50% del total”*.²⁵⁰

Asimismo encontramos un interesante fallo donde se sostuvo: *“En el arrendamiento de obra, la ruptura unilateral del vínculo contractual por parte del comitente da derecho al arrendador que pone los materiales a ser indemnizado de todos los gastos y trabajos y de todo lo que hubiere podido ganar en la misma obra (C. Civil art. 1847), lo que significa que corresponde reparar el daño emergente y el lucro cesante. En el caso, hubo un cumplimiento parcial por el cual corresponde pagar el precio pactado – y por ende, no corresponde pagar los gastos que eran de cargo del empresario para cumplir la obligación asumida – y eventualmente corresponde resarcir los gastos en que hubiera incurrido para realizar la parte que no pudo llegar a cumplir y la ganancia que esa parte le hubiera producido.*

En ese contexto, corresponde y así se dispuso el pago del precio por la parte ejecutada, más los intereses legales – que significan el resarcimiento que corresponde por la

²⁴⁹ TAC 3, Sentencia N 203/2012, 22/08/2012, ALONSO FLUMINI (Red.), CARDINAL PLIEGAS, CHALAR VECCHIO, DJDC, t. I, año I, FCU, Montevideo, 2013, c. 281, pág. 444.

²⁵⁰ TAC 1, Sentencia N 133/2009, 11/11/2009, CASTRO RIVERA (Red.), VÁZQUEZ CRUZ, SALVO LÓPEZ DE ALDA, publicada en ADCU, tomo XL, FCU, Montevideo, 2009, c. 126, pág. 113.

*demora en el pago (C. Civil art. 1348) – y ese es el único resarcimiento que corresponde por incumplir pagos. Eventualmente hubiere correspondido disponer el pago del lucro cesante, la privación de ganancias derivada del impedimento de ejecutar una parte del contrato. Sin embargo, la actora se agravia del rechazo de la pérdida causado por las demandas laborales, no pago de pólizas de seguros, reducción de capacidad para contratar con el Estado. Lo pretendido no puede calificarse como lucro cesante, sino que se trata de daño emergente y en nuestro derecho, la reparación de perjuicios alcanza a los daños que sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento (C. Civil art. 1346 inciso 2) lo que excluye cualquier pretensión reparatoria de daños indirectos o derivados del daño directo, como serían los reseñados”.*²⁵¹

Por su parte el TAC 2 señala: *“Revocado el contrato por el comitente de acuerdo con el artículo 1847 del Código Civil se impone la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados (gastos y trabajos, privación de ganancia). Esta obligación de resarcir los daños y perjuicios al decir de GAMARRA (Tratado...t. I, 2º ed., pág. 271) tiene su aplicación en la bilateralidad del arrendamiento de obra que obliga a tutelar a la otra parte, lo que encuentra su fundamento en la preeminencia o preponderancia del comitente, verdadero sujeto activo de la negociación. La indemnización de la citada disposición comprende dos aspectos: daño emergente y lucro cesante. Respecto del primer rubro son los gastos y trabajos que tuvo el locador, los gastos hechos y aquellos que ya se habían comprometido, previsibles y previstos. En cuanto al lucro cesante, se entiende que debe ser lo que verosímilmente debió ganar en la ejecución completa de la obra el locador, se le debe reembolsar la utilidad, el beneficio neto, es decir, deducir los gastos no hechos y sobre los cuales no puede existir provecho, como los salarios aún no satisfechos y los materiales aún no adquiridos (Cfm. SPOTA, Contrato, Vol. VI, pág. 242)”.*²⁵²

En definitiva, los fallos estudiados confirman que el comitente, a los efectos de ejercer la prerrogativa de poner fin al contrato de obra, deberá indemnizar a la empresa constructora, y esa indemnización tiene un piso mínimo que incluye: i) el daño emergente, esto es los gastos efectuados a la fecha y los trabajos ya realizados, teniendo en cuenta que tratándose de una hipótesis de responsabilidad contractual sólo puede reclamar los daños que sean

²⁵¹ TAC 1, Sentencia N 166/2012, 19/11/2012, CASTRO RIVERA (Red.), VÁZQUEZ CRUZ, SALVO LÓPEZ DE ALDA, publicada en ADCU, tomo XLIII, FCU, Montevideo, 2012, c. 37, p. 55.

²⁵² TAC 2, Sentencia N 46/2006, 05/04/2006, SOSA AGUIRRE (Red.), SASSÓN BALLETO, CHEDIAK GONZÁLEZ, ADCU, tomo XXXVII, FCU, Montevideo, 2006, c. 65, p. 36.

consecuencia directa e inmediata de la revocación, ii) el lucro cesante, que consiste en toda la ganancia esperada, tomando un concepto amplio de cuál sería la utilidad que se obtendría por finalizar la obra, y finalmente iii) el daño moral sólo en caso de acreditarse circunstancias muy especiales que ameriten se condene a indemnizar dicho rubro. Todo ello sin perjuicio de que las partes pacten contractualmente que la indemnización sea superior a la fijada legalmente.

VIII.3. ALGO MÁS SOBRE EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

VIII.3.1. El contrato de distribución en el siglo XXI

La distribución de bienes y servicios es esencial en cualquier mercado moderno. De hecho, resulta inconcebible que no haya estrategias de distribución en cualquier país que sea medianamente desarrollado. En Uruguay es muy común la celebración de contratos de distribución en prácticamente todos los rubros, pero en especial en la comercialización de combustibles, computadoras, automóviles, alimentos y vestimenta, entre otros.

Los contratos de distribución nacieron de la práctica comercial, que fue la que puso de manifiesto la necesidad de las empresas de buscar intermediarios para delegar la actividad de venta, y así concentrarse en los procesos de elaboración y producción.

La competitividad, la globalización y la diversidad de la oferta derivaron en que la distribución se volviera la única forma de penetrar eficazmente en el mercado.

Señala BACCHI que en el modelo de distribución se encuentran, al igual que en los contratos típicos, elementos esenciales que, como señala la doctrina, están caracterizados por criterios de justicia que involucran la idea de equilibrio.²⁵³

En nuestro ordenamiento jurídico no hay una legislación especial en materia de contratos de distribución. Son aplicables a este tipo de contratos los principios y pautas ya analizados sobre contratos de duración. No obstante conviene analizar este contrato, por su rol protagónico en nuestro derecho, ya que cada vez es más común para las grandes y medianas empresas recurrir a la dinámica de la distribución.

²⁵³ BACCHI, Adriana, “El distribuidor como parte contractual débil”, Estudios Jurídicos, UCU, 2012, pág. 329-330.

La definición que sugiere ARCE para este contrato es la siguiente: “*Aquel por el que el distribuidor (concesionario) se obliga a adquirir, comercializar y revender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante, productor o principal (concedente) en los términos y condiciones de reventa que éste señale. El empresario tendrá la facultad de imponer al distribuidor determinadas obligaciones sobre la organización del negocio para la comercialización y reventa de los productos. Eventualmente, y siempre que las partes lo acuerden, el contrato de distribución podrá contener el pacto de exclusividad limitado a cierto territorio y a cierto plazo*”.²⁵⁴ Similar concepto introduce en nuestro medio MERLINSKY.²⁵⁵

Para BERGSTEIN, la doctrina es conteste en caracterizar al contrato de distribución como un verdadero “cuadro normativo”, de contenido obligacional complejo y múltiple, cuyas prestaciones no se limitan a la venta del producto, sino que muchas veces consagra la exclusividad de un territorio, autoriza el uso de una marca, habilita al uso del nombre comercial, establece la garantía del distribuidor, obliga a éste a lanzar una campaña publicitaria o le impone un nivel mínimo de ventas.²⁵⁶

Señala el TAC 2 que la función típica del contrato de distribución es intermediar o facilitar la circulación de bienes y servicios, desde el lugar de su producción hasta su entrega al consumidor. Son contratos que permiten al productor la comercialización regular de sus productos a través de su vinculación permanente con otros comerciantes independientes con quienes contrata.²⁵⁷

Es de esencia de la relación de distribución su aptitud y vocación para proyectarse en el tiempo. Además es un contrato *intuitu personae*, es decir, la confianza y la consideración de las características de la contraparte son factores decisivos que inducen a las partes a contratar una con otra. Y en tercer lugar, se trata de un contrato de colaboración, en cuanto la satisfacción de la propia finalidad del contrato requiere de una estrecha colaboración entre las partes. Para BERGSTEIN estas tres notas han de iluminar la solución de las cuestiones más trascendentes que plantea la terminación de esta modalidad contractual.²⁵⁸

²⁵⁴ ARCE GARGOLLO, Javier, Contratos mercantiles atípicos, Porrúa, México, 2010, p. 364.

²⁵⁵ MERLINSKY, Ricardo, Modernas formas de distribución comercial, Ed. Universidad, Montevideo, 1992, p.17.

²⁵⁶ BERGSTEIN, Jonás. “Contratos de Distribución. Distribución de hecho. Justas causas de extinción. Rescisión abusiva. Preaviso Razonable”. ADCU, tomo XXVI, FCU, Montevideo, 1995, pág. 538.

²⁵⁷ TAC 2, Sentencia N 196, 08/10/2014, PÉREZ BRIGNANI, FRANCA, SOSA AGUIRRE, publicada en ADCU, tomo XLV, FCU, Montevideo, 2014, c. 114, pág. 138.

²⁵⁸ BERGSTEIN, Jonás, La extinción del contrato de distribución, FCU, Montevideo, 2010, pág. 20-21.

Por nuestra parte, nos enfocaremos estrictamente en la terminación del contrato de distribución para continuar con los objetivos inicialmente propuestos. No hay diferencias sustanciales con lo ya estudiado, pero resulta de utilidad analizar brevemente algunas especificidades de este contrato, en especial cuando no está sujeto a plazo o su plazo se encuentra vencido.

VIII.3.2. El abuso en la terminación del contrato de distribución que no está sujeto a plazo. Una mirada diferente de CAFFERA

Como es habitual en algunos temas, CAFFERA²⁵⁹ tiene una visión crítica de la doctrina que podemos llamar tradicional (o hasta mayoritaria) en lo que refiere al receso abusivo de un contrato de distribución sin plazo. No por eso vamos a dejar de estudiarla, si no por el contrario, entendemos que su aporte es de lo más valioso ya que nos obliga a no estancarnos en la comodidad de una posición generalmente aceptada, sea para reafirmar la visión que ya teníamos o bien para modificarla.

El autor parte de la base de que mundialmente existen dos sistemas: i) uno proteccionista del distribuidor, que es el sistema adoptado en países europeos, y ii) el clásico liberal - sin un régimen especial - en virtud del cual en todo contrato sin plazo se puede rescindir sin expresión de causa.

Señala que la doctrina “standard” uruguaya flota entre esos dos modelos, ya que sólo se debe indemnizar en caso de terminación abusiva. No obstante, observa CAFFERA, los resultados de la versión uruguaya del test del abuso de derecho, coincide con aquellos del modelo proteccionista, lo que demuestra que bajo la forma de una regla de compensación excepcional (sólo en caso de abuso) se esconde la verdadera regla que es la de compensación en todos los casos. Plantea que el problema es que eso no cierra con la regla legal admitida como premisa, a saber, que existe libertad de finalizar los contratos sin plazo sin pagar daños.

Continúa diciendo que de acuerdo a la doctrina nacional, hay abusividad cuando no se otorga un preaviso razonable de la terminación. ¿Qué significa para la doctrina un preaviso razonable? Este es definido como el que tiene “una duración que permita al recedido encontrar un negocio similar”, concediéndole “el tiempo necesario para reencontrar una

²⁵⁹ CAFFERA, Gerardo, “Principios desbocados: El abuso de derecho y el preaviso en los contratos de distribución”, DJDC, tomo II, año II, FCU, Montevideo, 2014, pág. 51-58.

distribución con ventajas análogas”. O a nivel judicial también se alude “al plazo que hubiera permitido a la actora intentar organizar su empresa”.²⁶⁰

Concluye que si se define un preaviso razonable como el que permite al distribuidor mitigar los daños el único resultado posible es que todo caso en que haya daño resarcible será abusivo. En este sentido abuso y daño terminan apareciendo como sinónimos. Señala que la única forma de recomponerse es abandonar el concepto de abusividad que se está usando.

Por eso lo titula un “principio desbocado”, que es aquel que se sustenta en premisas que le permitirían decir menos de lo que dice. Considera que esto es lo que ha pasado con el abuso en el receso de los contratos de distribución. Para volverlo a una sintonía razonable debe hacerse decir lo que genuinamente puede decir y no cualquier cosa. Según el autor ese principio seguramente condena los casos de dolo del fabricante o aquellos en que se genera una confianza razonable al distribuidor en la duración del vínculo, pero no aquellos en que meramente se le causa un daño por no preavisar.

La teoría de CAFFERA es shockeante porque es distinta. Nos sacude, nos interpela y nos lleva a la reflexión. No obstante, luego de leerla con detenimiento advertimos que el autor recurre a la generalización para que su relato tenga mayor peso. En efecto, no toda la jurisprudencia ha fallado de la manera que plantea. Hemos relevado varias sentencias que entienden no se precisa preaviso por no haberse probado el abuso o que considera razonable un preaviso de 2 o 3 meses, aun cuando el recedido haya sufrido daños mayores o efectivamente haya precisado más tiempo para recomponer su situación. El tiempo necesario del distribuidor para “reconvertirse” se presenta en relaciones de muy larga duración, en algunos casos por varias décadas. En estos supuestos especiales, un criterio general de buena fe permite concluir que amerita un preaviso mayor a 3 meses. También se da cuando la relación apenas comienza y el distribuidor realiza cuantiosas inversiones y de forma abrupta el fabricante pone fin al contrato, por ejemplo para beneficiarse de las erogaciones que hizo el distribuidor. En estos casos la abusividad es manifiesta, y por tanto la conducta ilegítima determina la indemnización de los daños causados al recedido.

Como señala BENITEZ CAORSI con la exquisita pluma a la que nos tiene acostumbrados en sus sentencias: *“particularmente en el contrato de distribución, el impacto del tiempo sobre la configuración de la relación jurídica es fundamental, para asegurar un*

²⁶⁰ CAFFERA, Gerardo, “Principios desbocados: El abuso de derecho y el preaviso en los contratos de distribución”, DJDC, tomo II, año II, FCU, Montevideo, 2014, pág. 52-53.

aprovisionamiento adecuado. (GARCÍA HERRERA, Alicia La duración del contrato de distribución exclusiva, tirant lo blanch, Valencia, 2006, págs. 358 y ss). Hay que tomar conciencia de la necesidad de una colaboración constante en interés de la relación contractual en común, evitando comportamientos oportunistas que genera el abuso en el ejercicio de un presunto derecho (LEBRETON, Sylvie L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, Litec, Paris, 2002, págs. 231 y ss). (...) Una de las consecuencias más relevantes de la naturaleza relacional del contrato de duración, es que las partes tienen una expectativa de continuidad (Kontinuitätserwartung) de la relación indeterminada por la confianza (Vertrauen) existente (OETKER, Harmut Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung J.C.B Mohr, Tübingen, 1994, pág. 273)”.²⁶¹

La doctrina y jurisprudencia en nuestro medio reconoce la necesidad de un preaviso (expreso en la mayoría de los casos pero también puede ser tácito) o de su correspondiente indemnización si hay ausencia del mismo, según el contrato que se trate, la mercadería y la operatividad en juego, el período de tiempo que duró la relación, en definitiva, analizando cada caso concreto. Por supuesto, pueden haber casos aislados de jueces que condenen daños que no parecerían ser indemnizables, pero en la generalidad de los casos no se asimila mecánicamente daño con abusividad.

A continuación comentaremos un fallo del TAC 1 que nos parece un claro ejemplo de que no toda la jurisprudencia asocia causación de daño con abuso, y que, como en todo, se debe estar al caso concreto.

VIII.3.3. Un fallo jurisprudencial de interés

En un caso que refiere a la temática antes analizada el TAC 1 señala que el desistimiento unilateral es abusivo cuando el derecho de receso se ejercita contrariando la buena fe, buena fe que -entre otras exigencias- supone un preaviso razonable a fin de que la extinción del vínculo no resulte intempestiva, sorpresiva o abrupta y el co-contratante tenga cierto tiempo para reorganizar su actividad empresarial y encontrar un modo alternativo de procurarse el ingreso del que se verá privado por la finalización del vínculo.

Nótese la sutileza del uso de la palabra “cierto tiempo”; denota que es limitado, lo cual puede parecer menor pero no lo es, ya que el preaviso evita la terminación abrupta y

²⁶¹ JDO. LDO. CIVIL 5, Sentencia N 7/2020, 20/02/2020, BENÍTEZ CAORSI, publicada en BJN.

brinda “algún” tiempo para reorganizarse, pero no necesariamente todo el lapso que podría consumir lograr otro negocio de idénticas características.

Para el tribunal no resulta creíble que no se hubiera convenido un plazo para el cese de la empresa INSAR como distribuidora exclusiva de los productos de CIALE, máxime cuando estuvieron vinculados por 20 años. Entonces, si bien no se niega el derecho de CIALE a optar por una nueva forma de venta de sus productos en nuestro país, ello no puede implicar que deje de lado a INSAR en forma intempestiva, salvo que el receso estuviera justificado, pero no se probó justa causa.

La Sala acota *“que no participa de la tesis que entiende que el preaviso enerva toda ilicitud en el receso, pero sí que si se da en tiempo razonable, puede determinar la inexistencia de daños. En el caso concreto, se podría justificar que CIALE, agotadas las posibilidades de una salida negociada, hubiera comunicado a INSAR su voluntad de cesar el vínculo dentro de un plazo de 6 meses a fin de que aquélla pudiera intentar reencauzar su actividad”*. Nuevamente, el uso del término “intentar” tiene especial relevancia, pues basta con se brinde la oportunidad de intentar retomar otra actividad.

Sin embargo, en el caso comentado, la reunión en que se comunica el receso se celebró a fines de agosto de 2010 e inmediatamente (en septiembre de ese año) se constituyó CIALE URUGUAY SRL que vino a sustituir a INSAR en la distribución de semen en el Uruguay, quitándole por vía de hecho la exclusividad que ostentaba. En este sentido, el juzgado actuante concluye que corresponde que INSAR sea indemnizada por el daño sufrido por haber recedido el contrato que las vinculaba sin preaviso.

En primera instancia se condenó a pagar el equivalente a las utilidades promedio de 20 meses, tomando a tales efectos la diferencia entre las ventas y las importaciones. En segunda instancia el TAC 1 estimó razonable un preaviso de 6 meses, puesto que es universalmente aceptado que la duración del preaviso omitido o insuficiente fija la medida de la indemnización debida por el recedente. También se aclara que lo que se debe reparar es la utilidad neta porque, de otro modo, se está ignorando la existencia de gastos directos e indirectos que inciden en el resultado económico de la actividad.²⁶²

El fallo citado nos parece del todo acertado. Nadie duda el derecho de rescindir unilateralmente el contrato que no está sujeto a plazo, pero ese receso no puede ser

²⁶² TAC 1, Sentencia N 81/2014, 29/05/2014, SALVO LÓPEZ DE ALDA (Red.), CASTRO RIVERA, VÁZQUEZ CRUZ, publicada en DJDC, tomo III, año III, FCU, Montevideo, 2015, c. 414, pág. 600-601.

intempestivo; mucho menos en una relación que perduró por 20 años. Por ejemplo, no puede constar de tan sólo 10 días como lo fue en el caso resuelto por el TAC 1. No obstante, el fabricante tampoco está obligado a indemnizar lo que le llevaría al distribuidor reinventarse, pues por algo no se fijó un plazo. No sería justo para el fabricante asumir esa carga. Celebramos que no haya lugar a abusos, pero tampoco el preaviso puede ser excesivo. Por supuesto no hay fórmulas preexistentes para resolver los casos, pero un plazo de 20 meses (plazo al que se condenó en primera instancia) parece excesivo. Aun cuando el distribuidor pudiera probar que le llevó 20 meses alcanzar el mismo negocio que tenía antes, se le estaría imponiendo una carga al fabricante o productor que no corresponde. A nuestro parecer el preaviso lo que evita es el abuso, entonces lo que hay que brindar es un plazo para organizarse, pero no para que el distribuidor pueda tener exactamente el mismo negocio que tenía antes. Por ejemplo, un plazo de 3 a 6 meses es razonable para buscar otros fabricantes, reorganizar el sistema de distribución y liquidar eventuales stocks vigentes, dependiendo del rubro. Sin perjuicio de que pueden haber excepciones. En el caso de un producto donde el fabricante ostenta un monopolio es más difícil reinsertarse, como sucede con los combustibles líquidos. Este tipo de negocios complejos implican plantas de producción, cadenas de distribución en absolutamente todo el país (ya que por tratarse de un bien de interés público es obligatorio tener presencia en todas las ciudades de todos los departamentos), se precisan equipos especiales, unidades de transporte y la logística puede llegar a incluir miles de empleados en planilla. En esos casos excepcionales, se requiere de mayor plazo para desmontar toda esa estructura aparatosa e interdependiente, y podría llegar a hablarse de una indemnización mayor a 6 meses aunque nunca superior a un año.

Es sabido que no hay una fórmula general, sino que se impone el casuismo, procurando un preaviso razonable para permitir reencontrar una situación negocial de ventajas similares a la que ofrecía la distribución cesada. Por tal motivo, alejados de la arbitrariedad, hay que regirse por una discrecionalidad racional en base a la cláusula general de razonabilidad.²⁶³

A modo de conclusión queremos dejar en la cabeza del lector dos palabras que nos resultan de lo más relevante cuando toca terminar un contrato de distribución sin plazo, que son las siguientes: “prudencia” y “razonabilidad”. Estos dos conceptos deben guiar al juez pues son la clave para una resolución adecuada al caso concreto.

²⁶³ JDO. LDO. CIVIL 5, Sentencia N 7/2020, 20/02/2020, BENÍTEZ CAORSI, publicada en BJN.

IX. CONCLUSIONES

En el marco de nuestra interrogante principal - que de hecho titula nuestro ensayo - esto es, si realmente son tiempos de buena fe contractual²⁶⁴, la respuesta es, en esencia, afirmativa.

La exposición de los diversos criterios y teorías barajadas permite concluir que la relevancia de los principios en materia de rescisión de contrato es indiscutible. Basta pensar, por ejemplo, en la significación que tiene el principio de igualdad a la hora de rescindir un contrato sujeto a plazo. En términos generales, su aplicación ha llevado a que la opinión predominante en nuestro medio sea la de calificar como nula la cláusula de receso *ad nutum*, que de otra manera habilitaría a poner fin al contrato durante el transcurso del plazo si así se hubiese acordado por las partes. Tampoco podemos dejar de mencionar el principio de libertad como eje central en los contratos de duración sin plazo determinado. Los contratos no pueden durar para siempre; nadie puede estar vinculado de por vida. A través del receso unilateral y la potestad de finiquitar el contrato sin expresión de causa queda a resguardo el principio de temporalidad del vínculo contractual. Ahora bien, al mismo tiempo que consentimos la posibilidad de cesar el vínculo contractual sin necesidad de alegar justa causa, también reconocemos que esa libertad se debe encuadrar dentro de ciertos límites. “Toda libertad debe ser responsable”; y específicamente en lo que respecta a la posibilidad de desligarse del contrato, esa libertad lleva de la mano un accionar acorde al principio general de buena fe, principio que en los últimos tiempos ha tenido mayor auge en nuestro derecho. Nuestra postura fue clara al respecto: derecho potestativo no puede ser sinónimo de derecho arbitrario, irrestricto o discrecional.

Como fue explicado en el desarrollo del presente trabajo, con una visión más clásica - asociada a la corriente del positivismo rígido - lo acordado por las partes era palabra sagrada y la autonomía de la voluntad era el principio con mayor “protagonismo” en los ordenamientos, que como el nuestro, tuvieron una fuerte influencia (por no decir ascendencia directa) del Código Napoleónico.

Con una perspectiva más reciente advertimos que los tres principios heredados de la tradición francesa (libertad-igualdad-fraternidad), se encuentran en un mismo rango de

²⁶⁴ Haciendo referencia a la relevancia de los principios en materia de receso unilateral de contrato y en especial el de buena fe.

jerarquía, y que cuando entran en pugna, no es necesario sacrificar un principio sobre otro, sino que se puede recurrir a la técnica de la ponderación de principios. Como han advertido prestigiosos magistrados nacionales, la visión constitucionalista del derecho no exige necesariamente abandonar el positivismo.

De más está decir que algunos autores mantienen una posición aún un tanto rígida o más de tipo liberal, por lo que suelen apegarse más al texto y a la normativa legal más que recurrir a los principios. En la vereda de enfrente están aquellos que sostienen que el contrato debe ser justo y no ven el negocio jurídico como una oposición de intereses, sino que consideran que debe reinar un espíritu de solidaridad y deber de lealtad entre los sujetos que contratan. Quedó en evidencia que la variedad de opiniones es muy rica. Por nuestra parte nos inclinamos por una posición que respete la previsión contractual, siempre que no se violen principios generales que son la base de nuestro ordenamiento. De ser así corresponde aplicar las sanciones correspondientes: podrá ser la nulidad o la indemnización al pago de daños y perjuicios ocasionados por la conducta ilegítima.

En nuestro ensayo fuimos distantes con los extremos. No somos partidarios de un positivismo rígido con apego estricto a la ley (“juez boca de la ley”), así como tampoco de una jurisprudencia por principios que desaplique la ley que el juez entiende injusta pues para eso hay que transitar determinados mecanismos constitucionales. Optamos por un “camino del medio”. Recepcionamos con entusiasmo la interpretación desde la Constitución, donde se revalorice la función judicial. No obstante, una mirada más cercana a los principios, en ningún caso puede servir de excusa para modificar lo que dice la ley o para desaplicarla sin promover el proceso de inconstitucionalidad previsto a tales efectos.

Volviendo a la pregunta inicial que motivó nuestra tesis. Sucede que a veces las respuestas a interrogantes complejas como la planteada están en los lugares más evidentes. Nos referimos a que sin perjuicio de lo estudiado, la respuesta siempre estuvo a la vista, en la parte general del Código Civil. El artículo 1247 define al contrato como *“una convención por la cual una parte se obliga para con la otra, o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.”* Pero esta definición por sí sola resulta incompleta; hay que complementarla con el artículo 1291 inc. 2 que hace alusión directa a la buena fe y a la equidad. Queda en evidencia que la ejecución del contrato de acuerdo al principio de buena fe es una máxima de nuestro ordenamiento y que el legislador no vaciló en ponerlo “negro sobre blanco”.

Ese principio general de buena fe no es algo abstracto. Los resultados de nuestra investigación muestran cómo la evaluación de la conducta de las partes en el marco de la buena fe ha permitido frenar abusos. En nuestro derecho no hay normativa legal específica que consagre un régimen protector especial para quien sufre la rescisión de un contrato de duración que no está sujeto a plazo. No obstante, y pese a esa falta de reglamentación específica, mediante la teoría del abuso de derecho y la aplicación del principio general de buena fe se sostiene que el receso en los contratos que carecen de plazo no puede ser abusivo o sorpresivo. Si así fuera, corresponde indemnizar los daños y perjuicios derivados de esa intempestividad.

Finalmente, y siendo fieles a nuestro objetivo de acompañar la teoría con la práctica judicial, creemos que la mejor forma de concluir este estudio es enumerando las soluciones a las que arribamos luego de estudiar los distintos enfoques sobre el desistimiento unilateral de contrato:

1) En respuesta a la interrogante sobre la validez o nulidad de la cláusula de receso en los contratos sujetos a plazo podemos afirmar: resulta nula la cláusula de receso *ad nutum* por ser contraria al Artículo 1253 CCU. Dicha facultad será válida cuando se hayan previsto hechos objetivos y/o externos en el contrato ajenos a la voluntad del recedente. De igual forma admitimos el receso compensado, en virtud del cual se acuerda una suerte de multa penitencial que debe abonar quién tiene intenciones de poner fin al contrato. Mucho dependerá de cómo se consagre esta potestad, esto es, cómo esté redactada la cláusula de receso. Si la posibilidad de desistir unilateralmente el contrato está reglada y la suerte del mismo no queda al arbitrio de uno de los contrayentes entonces el pacto de receso será válido. Por otra parte, si nada se previó en el contrato pero existen justas causas, se podrá rescindir en aplicación de los principios generales de derecho. Sin perjuicio de lo expuesto, no podemos dejar de reconocer que existe disparidad de criterios. Hay quienes sostienen que efectivamente se puede rescindir sin justa causa - receso *ad nutum* - en cualquier momento del plazo, por entender que el poder del titular del receso no coincide con el arbitrio meramente potestativo de los artículos 1253 y 1413 del Código. Se plantea además que no se deja al arbitrio el cumplimiento, sino su duración; solución que no compartimos.

2) Las conclusiones expuestas no varían aunque la cláusula esté pactada a favor de ambos contrayentes. En una interpretación armónica de los artículos 1253, 1291, 1294, 1413 y 1436 cabe concluir que si para contratar se requiere acuerdo de voluntades, para dejar

sin efecto el contrato también. De lo contrario, esto es, prevista la potestad de receso *ad nutum*, en algún momento del tracto contractual una de las partes por sí podrá decidir la suerte del contrato sin sujeción a circunstancias objetivas y sin la existencia de una retribución que contrabalancee las consecuencias disvaliosas para quién sufre el receso. Una situación de genuina paridad entre los sujetos implica que ninguno ostente un señorío sobre los derechos que derivan del vínculo contractual.

3) La jurisprudencia ha fluctuado entre estas dos posiciones. No obstante, el criterio mayoritario actual es el que entiende nula la cláusula de receso *ad nutum* en los contratos sujetos a plazo. En lo que refiere a la práctica forense, conviene tener presente el estudio de casos y los criterios jurisprudenciales al momento de redactar el contrato, y también a la hora de aconsejar al cliente sobre cómo ejecutarlo.

4) Respecto a las diferencias entre el incumplimiento y la justa causa estamos en condiciones de afirmar que el incumplimiento es, a la vez, justa causa para rescindir el contrato. Pero la justa causa no necesariamente tiene que ser un incumplimiento - al menos no de una obligación principal - pero aún así habilita a rescindir el contrato en forma válida.

5) Luego de vencido el plazo acordado por las partes el contrato se sigue ejecutando con las mismas condiciones pero el régimen aplicable a los efectos del receso es el de los contratos con plazo indeterminado. Si se pactó que finalizado el plazo inicial, el contrato se prorroga salvo comunicación con determinada antelación de la voluntad de rescindir, se deberá respetar dicho preaviso, bajo apercibimiento de daños y perjuicios. Omitir ese preaviso determina un ejercicio abusivo. Sin embargo, no implica que comience a correr un nuevo plazo contractual pues el preaviso tiene que ver con el ejercicio del receso, no con su validez. Aun cuando el desistimiento sea válido, se deberán indemnizar los daños derivados del abuso.

6) No debe soslayarse la aplicación de la teoría del acto propio. Si la parte recedida puede demostrar que se había generado la legítima confianza de que el contrato continuaría, el ejercicio del receso podrá ser calificado como abusivo.

7) Resulta indiscutible la potestad de rescindir el contrato de duración con plazo indeterminado. Allí prima el principio de libertad y como derivación de este también el de temporalidad del vínculo contractual. Pese a ello, el receso no puede ser intempestivo. Su ejercicio debe enmarcarse dentro de los límites de la buena fe contractual. En líneas generales la jurisprudencia ha entendido que se verifica abuso cuando el receso se ejerce con intención

de dañar, cuando es sorpresivo y abrupto y esa intempestividad genera daños que resultan indemnizables.

8) La justa causa enerva el abuso y habilita a rescindir el contrato sin necesidad de preaviso. En efecto, si media justa causa, entonces el actuar del recedente es legítimo y los daños que haya podido causar el receso no son exigibles.

9) El preaviso refiere a la antelación con la que se debe comunicar la decisión de ejercer el derecho extintivo de desistimiento para evitar abusos. Adoptamos una visión amplia de preaviso, por cuanto entendemos que no hay formalidades específicas para que se configure, salvo que el propio contrato estableciera algún requisito como puede ser la comunicación por escrito, o siendo más específicos, por telegrama colacionado. Fuera de estos casos, basta con informar con cierto plazo la intención de dar fin al contrato para que se configure el preaviso. Esto quiere decir que puede haber un preaviso “tácito” (por oposición al expreso que generalmente es mediante el envío de un telegrama), cuando una de las partes da señales concretas de que se va a rescindir el contrato. Ese preaviso tácito también tendrá validez para excluir el abuso. Así lo ha aceptado la jurisprudencia. Por ejemplo, se ha entendido que no hay intempestividad cuando el recedido tenía conocimiento de que la terminación del contrato era inminente. También cuando las tratativas infructuosas de renegociación son la antesala de la terminación del vínculo.

10) El eje central para determinar el plazo de preaviso es tomar un criterio de razonabilidad y analizar las circunstancias del caso. Nuestra investigación pretendió esbozar, a partir de un amplio y complejo número de situaciones jurídicas algunas características que pueden llegar a ser generalizadas para detectar criterios medianamente uniformes que puedan servir al intérprete en el estudio de casos futuros. Con esto queremos decir que no hay fórmulas mágicas. Es un caso típico del juez haciendo justicia en el caso concreto en función de las probanzas allegadas al proceso. Pese a esto, estimamos que los elementos a tener en cuenta para determinar un preaviso razonable son los siguientes: duración del vínculo contractual, rubro o ramo de que se trate, obligaciones a cargo del recedido y la naturaleza del contrato en cuestión así como sus fines.

11) En nuestro derecho el contrato es uno, y no cambia su naturaleza. Es decir, partimos de una concepción unitaria del contrato. En palabras de DURÁN MARTÍNEZ contrato civil y contrato administrativo son dos especies que pertenecen al género contrato. Sin perjuicio de las características especiales que tenga el contrato administrativo entra dentro

de la categoría contrato, por tanto la Administración si decide contratar con el particular queda obligado, y no tiene la potestad de receso unilateral o *ius variandi a piacere*. La Administración sólo puede modificar el contrato exclusivamente en las hipótesis previstas en el TOCAF. Si el Estado entiende que corresponde rescindir el contrato por razones de interés general debería lograr acuerdo con el particular y de no poder alcanzarlo, plantear el caso en vía judicial. Pudo validarse la hipótesis de que admitir que la Administración tiene la potestad de rescindir por su sola voluntad sin expresión de causa y fundándose únicamente en cuestiones de mérito resulta violatorio de los principios de buena fe contractual así como del principio de igualdad y su derivación que es el principio de igualdad ante las cargas públicas. Luego de un recorrido por los fallos judiciales advertimos que la posición no es unánime. En un principio predominó la visión clásica que admitía la posibilidad de la Administración de rescindir el contrato en base a la teoría de los poderes exorbitantes. Actualmente se ha ido morigerando dicha posición. Se prioriza la fuerza vinculante del contrato y el principio de buena fe en la ejecución de los negocios.

12) El punto de partida es que el contrato no pueda quedar al arbitrio de ninguno de los contrayentes, y se llegó a la conclusión de que ello resulta aplicable a todos los contratos. Esta deducción también alcanza al contrato de construcción y tiene relevancia la aclaración ya que la consagración de un poder de revocación a favor de quién encarga la obra prevista en el artículo 1847 no es una excepción. La norma prevé la posibilidad de terminar un contrato de arrendamiento de obra que ya se comenzó a ejecutar pero esa potestad se encuentra sujeta a que se abone la indemnización a su co-contratante. Estimamos nula la cláusula que establezca que el arrendador de obra no tiene derecho a la indemnización de los gastos y la ganancia que hubiese podido obtener por la obra. Una disposición contractual que pretenda eludir dicha indemnización legalmente tarifada violaría el equilibrio contractual que fue consagrado por el propio legislador y al violar el principio de igualdad resulta nula.

13) El contrato de distribución ha adquirido un rol protagónico en los mercados emergentes, pues facilita la circulación de bienes y servicios y permiten al productor la comercialización de sus productos a través de distintos canales por medio de los cuales llegar al consumidor final. En nuestro ordenamiento no hay una legislación especial sobre esta figura contractual. Resultan aplicables los principios y pautas analizados sobre contratos de duración, con algunas particularidades reseñadas por la doctrina: es de esencia de la relación de distribución su aptitud de permanencia en el tiempo, la confianza y un sentido de

colaboración entre las partes. Desde esta perspectiva, surge la interrogante de qué recaudos debe tomar quién decide finalizar el negocio de distribución. En términos generales la doctrina y jurisprudencia reconocen la necesidad de un preaviso - o de su correspondiente indemnización si hay ausencia del mismo - y su duración variará según el contrato que se trate, la mercadería y el tipo de operatividad en juego, el período de tiempo que duró la relación. En definitiva, analizando cada caso concreto para determinar si hubo abusividad.

Al final, cobra especial sentido una enseñanza de GAMARRA que puede sintetizarse de la siguiente forma: Es ineludible un replanteo del receso, poniendo énfasis en el principio de buena fe contractual, pues analizando los distintos ejemplos manejados todos pertenecen al incumplimiento de obligaciones que nacen de la buena fe: falta de preaviso, defraudar expectativas creadas por el propio recedente, causación de daños desproporcionado o innecesarios, el ejercicio del receso en el momento de mayor ganancia para el recesado.²⁶⁵ Los casos mencionados pertenecen a la “moralización” del contrato por intermedio de una integración judicial supletoria o extensiva.

De lo expuesto se deriva que ya no es pretexto suficiente sostener que aquello que no figura plasmado en el contrato no obliga porque en nuestro derecho existe un artículo 1291 que marca pautas concretas: los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley. Tampoco es válido sostener que cualquier contenido contractual resulta vinculante. Nadie discute la importancia de la palabra empeñada ni la vigencia del *pacta sunt servanda* en los vínculos contractuales. Pero este principio debe equilibrarse con otros de igual relevancia como el de igualdad, buena fe e incluso el de justicia.

En este sentido, nos animamos a afirmar que quedó obsoleta la expresión acuñada por SHAKESPEARE en el Mercader de Venecia que rezaba “contra mi contrato ni una palabra”. Celebramos que así sea.

²⁶⁵ GAMARRA, Jorge, Buena fe contractual, FCU, Montevideo, 2011, pág. 127.

APÉNDICE: SOBRE EL COVID-19 Y SUS EFECTOS EN LOS CONTRATOS

El derecho está inmerso en un contexto social que abarca varias esferas y se interrelaciona directamente con el ámbito económico, político y cultural. Estudiar derecho en forma estática nos deja a medio camino.

El surgimiento de una pandemia como la de COVID-19 ciertamente ha logrado “sacudir” a la humanidad toda. Naturalmente, un brote epidémico de tal magnitud trae consigo diferentes medidas a nivel global así como gubernamentales de cada país para poder frenar la propagación masiva del virus. Personalmente quien suscribe, hija de la década del 90, no conoce precedente alguno. Esto nos lleva a detenernos en la posible afectación que tenga la emergencia sanitaria en los contratos vigentes en nuestro país.

La pandemia trastocó a la mayoría de los países del mundo, y Uruguay no fue la excepción. La economía sufrió un trastabilleo que en algunos casos vuelve más onerosa la prestación de determinados contratos. En este sentido, algunos autores han analizado si es posible aplicar la teoría de la imprevisión frente al COVID, ya que durante la ejecución del contrato acaece una situación imprevisible que, según el tipo de contrato, puede tornar excesivamente onerosa la prestación.

En nuestro medio BLENGIO, con anterioridad a la emergencia sanitaria ha sostenido que esta doctrina tiene recepción en nuestro Derecho. El distinguido civilista sostiene la viabilidad de la tesis de que la excesiva onerosidad superviniente que afecte la prestación a cargo de una de las partes, exige a ambas partes cooperar y renegociar en busca de un equilibrio razonable y, de no hacerlo, justifica que lo haga el juez. Expresa que de ese modo *"se satisface una necesidad axiológica del sistema"* que está *"destinado a la realización de valores útiles y justos"*.²⁶⁶

En cambio, la doctrina nacional, en general, ha negado que sea aplicable en nuestro ordenamiento jurídico.²⁶⁷ Por su parte la jurisprudencia en forma prácticamente unánime ha rechazado la aplicación de la teoría de la imprevisión por entender que no está prevista ni

²⁶⁶ BLENGIO, Juan, "El principio de equilibrio con especial referencia a su incidencia en la ecuación contractual en la emergencia económica", publicado en ADCU, t. XXXV, Montevideo, 2004, FCU, p.581.

²⁶⁷ GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. VIII, FCU, Montevideo, p. 129; "Imprevisión y equivalencia contractual. Código Civil o Torre de Babel", Cuadernos del ADCU, N 13, FCU, Montevideo, 2006, SARLO, Oscar, CARNELLI, Santiago, "El Principio de igualdad y la contratación en el código civil", ADCU, t. XXXI, FCU, 2000, p.597-613, CAFFERA, Gerardo, "Obligaciones", FCU, Montevideo, 2018.

consagrada en el Código Civil. Nos remitimos a un fallo del TAC 1° que resume las posiciones jurisprudenciales en los distintos tribunales.²⁶⁸

CAFFERA en una exposición virtual organizada por la UDELAR sobre la emergencia sanitaria, señala que doctrina y jurisprudencia prácticamente en forma unánime rechazaron dicha teoría, y recuerda que fue desechado por los jueces durante dos crisis que afectaron gravemente la economía de nuestro país: post-crisis provocada por la “tablita” en el año 1982 y durante la crisis económica-financiera del año 2002.²⁶⁹ De manera que en principio no hay remedio a la vista para el contratante que se ve afectado por la crisis, pues actualmente no hay solución en nuestro sistema.

En opinión de quién suscribe, en virtud de la normativa vigente en nuestro país, cabe concluir que si producto de la pandemia la prestación se volvió más engorrosa o costosa pero hay posibilidad material de cumplir, entonces el deudor mantiene su obligación. No obstante, celebramos las propuestas legislativas que se están elaborando para encontrar una solución a esta situación, y en el futuro haya una previsión al respecto.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe acotar el invaluable aporte de DE CORES²⁷⁰ en ocasión de la pandemia, quien en su exposición expresó que la teoría de la imprevisión es la adecuada en esta situación. Sostiene que estamos frente a un acontecimiento imprevisto que impacta sobre un contrato pendiente de ejecución que hace que la prestación de una de las partes sea excesivamente onerosa. Ello justifica que haya una instancia de renegociación entre las partes (Art. 1291 inciso 2 CCU), y si fracasa esa negociación, se recurra a la revisión judicial. Para DE CORES en el pasado no se hizo lugar a los reclamos que invocaban esta teoría porque no se trataba de hipótesis de imprevisión. Cita como ejemplo que se ha solicitado su aplicación cuando se pacta una obligación de pago en moneda extranjera. En cambio, en la hipótesis actual efectivamente hay un caso de situación realmente imprevisible. Por tanto no descarta que los jueces en este caso hagan lugar a la teoría de la imprevisión. De hecho, opina que sería una actuación de los jueces haciendo justicia en el caso concreto y aplicando la ejecución de los contratos de acuerdo con el principio de buena fe. Como reflexión final aclara que dado que esta teoría no está consagrada en nuestro derecho y que

²⁶⁸ TAC 1, Sentencia N 9/2009, 18/02/2009, CASTRO RIVERA (Red.), VÁZQUEZ CRUZ, SALVO LÓPEZ DE ALDA, publicada en BJA.

²⁶⁹ CAFFERA, Gerardo, “El derecho ante la emergencia sanitaria”, Fder Uruguay, 11/05/2020. Consultar: https://www.youtube.com/watch?v=mkvmFCV_BYA

²⁷⁰ DE CORES, Carlos, “Covid 19 y derecho contractual en Uruguay”, conferencia en CAU, 2/04/2020. Consultar: http://www.colegiodeabogados.org/2011/noticia.php?id_noticia=469

hasta el momento no ha tenido recepción en la jurisprudencia, quizás sea buen momento para desempolvar el proyecto de ley presentado hace algunos años por BERDAGUER.²⁷¹

Ahora bien, fuera de la teoría de la imprevisión, cabe preguntarse qué sucede en materia de causa extraña no imputable. De conformidad con lo establecido en el artículo 1342 del CCU el deudor, a fin de exonerarse de responsabilidad, debe acreditar que la falta de cumplimiento de su obligación provino de causa extraña no imputable.

Repasemos brevemente estos conceptos. La jurisprudencia destaca que para que opere esta eximente de responsabilidad debe poseer dos notas, imprevisibilidad e irresistibilidad: *“Si la causa extraña se distingue como un hecho extraño al ofensor, irresistible e imprevisible, que ocasiona el daño, no puede dudarse que el hecho del tercero, incide en el comportamiento del ofensor y en el plano de la culpa; de ahí, el Maestro concluye: En suma, el carácter imprevisible e irresistible del hecho tiene esta relevancia: descarta la culpa del ofensor y con ello excluye por completo su responsabilidad” (Tratado de Derecho Civil Uruguayo, tomo XIX, p. 352 y 356)”.²⁷²*

Ejemplos de causa extraña son: fuerza mayor o caso fortuito, hecho del tercero, hecho de la víctima, acto del príncipe. En lo que refiere a este último, en el caso de Uruguay, el gobierno no dictó un acto de prohibición de todas las actividades. En otras palabras, no hubo cuarentena general obligatoria como en otros países. Más bien se trató de una exhortación, es decir de una advertencia o un aviso que intenta persuadir. La exhortación tiene una connotación débil, en cuanto no prohíbe, no ordena, y tampoco trae acompañada una sanción.

Nótese las dificultades que se presentan frente al término exhortación, porque en este caso no se configura exactamente una prohibición, sino una recomendación del gobierno por un tema de salud pública. GAMARRA en una conferencia radial donde se discutió esta cuestión²⁷³ lo asimila al “soft law” del derecho internacional, que si bien no hay una obligación, se espera que los países cumplan esas exhortaciones. Si bien hubo cierta insistencia de la exhortación, hay ausencia de coacción, es decir, quedaba a criterio de cada

²⁷¹ BERDAGUER, Jaime, “Teoría de la Imprevisión y lesión calificada. Fundamentación y comentarios del nuevo proyecto de ley presentado al Instituto de Derecho Civil”, ADCU, t. XXXVII, FCU, Montevideo, 2007, p. 539.

²⁷² TAC 2, Sentencia N 11/2016, 24/02/2016, FRANCA NEBOT (Red.), SOSA AGUIRRE, PÉREZ BRIGNANI, , publicada en DJDC, t. V, año V, FCU, Montevideo, 2017, c. 455, p. 613.

²⁷³ GAMARRA, Diego, En perspectiva, La mesa de los juristas: “exhortar” vs “obligar”, extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=N5Z5nMS5DGY&t=141s>

uno salir o quedarse en su casa, abrir o no su comercio, siempre que no se encontrara dentro de las actividades expresamente prohibidas.

La causa extraña como vimos tiene la nota de irresistibilidad, esto es, impide la posibilidad de cumplimiento. BERDAGUER²⁷⁴ en una exposición sobre el efecto de la pandemia expresa que salvo algunas actividades concretas, la pandemia no provoca una imposibilidad de la prestación. Quizás sí una suspensión temporaria, en que la obligación quede postergada, pero no necesariamente se extingue la prestación, posición que compartimos plenamente.

Por supuesto existen excepciones. Por ejemplo en lo que tiene que ver con espectáculos públicos o eventos en salones de fiestas. Pero salvo una prohibición expresa de alguna actividad, a nivel general no hubo medidas prohibitivas.

Trasladándonos al objeto de nuestro estudio que son los contratos de ejecución continuada, entendemos que se debe estar a cada caso concreto. Si se trata de un contrato de suministro de un producto particular cuyos insumos son importados de China y las fronteras están cerradas, dicho producto no llegará a Uruguay. Entonces hay causa extraña no imputable, ya que no es posible acceder a los insumos. Si dichos productos debían ser entregados en una fecha concreta, entonces se extingue la obligación. Si es posible cumplir en forma tardía, entonces se suspende la prestación en forma temporaria.

En cambio, si se trata de un contrato que no se ve afectado por el cierre de fronteras, aun cuando se vuelva más costoso cumplir con la obligación, la misma se mantiene. Recordemos también que las obligaciones de género no se extinguen por causa extraña no imputable. Por tanto la pandemia nunca podría afectar la obligación de pagar el precio.

Otro ejemplo es el arrendamiento de un espacio en un shopping. Durante los tres meses que permanecieron cerrados, los Shoppings no pudieron brindar el espacio que es objeto del contrato. En esta hipótesis si bien no se cumple, no hay responsabilidad porque efectivamente acaeció un acto del príncipe al emanar del gobierno una prohibición expresa de cierre de los centros comerciales.

En definitiva, la prohibición gubernamental tiene que tener incidencia en la obligación, pues si solo vuelve más costoso su cumplimiento, no hay causa extraña que exonere de responsabilidad. Es decir, si no hay hecho del príncipe que impida el

²⁷⁴ BERDAGUER, Javier, “El derecho ante la emergencia sanitaria”, Fder Uruguay, 11/05/2020. Consultar: https://www.youtube.com/watch?v=mkvmFCV_BYA

cumplimiento de la prestación entonces se mantiene la obligación de cumplirla. En los supuestos en que el cierre de fronteras anula la posibilidad de cumplir, así como en el caso de cierre de los shoppings o de espectáculos públicos, hubo una verdadera prohibición que exonera de responsabilidad. En cambio en el resto de las actividades la exhortación no tiene carácter obligatorio, por tanto no se puede invocar la causa extraña. Algunos comercios como los restaurantes intentaron readaptarse, por ejemplo incrementando la funcionalidad del “delivery”. Las tiendas de ropa también tuvieron que reinventarse, muchas mejoraron sus páginas web para la venta online de sus productos. En este sentido, si no había prohibición de abrir el restorán entiendo que el alquiler del local se debe seguir pagando. Reiteramos, los ingresos en algunos casos se pudieron mantener a través del “delivery” o “take away”. Por supuesto que siempre juega la buena fe en la ejecución de los contratos, y que seguramente muchos propietarios habrán tenido la debida contemplación para - al menos - ajustar el precio, pero entiendo que no estaban obligados a hacerlo. Personalmente no visualizamos que un juez haga lugar a un pedido de exoneración en el pago del arrendatario durante los meses en que transcurrió la pandemia. En este sentido, urge la sanción de una normativa que solucione estas cuestiones en el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

ADCU, tomo XXXVII, FCU, Montevideo, 2006.

ADCU, t. XXXVIII, FCU, Montevideo, 2007.

ADCU, t. XXXIX, FCU, Montevideo, 2008.

ADCU, t. XL, FCU, Montevideo, 2009.

ADCU, t. XLI, FCU, Montevideo, 2010.

ADCU, t. XLIII, FCU, Montevideo, 2012.

ADCU, t. XLIV, FCU, Montevideo, 2013.

ADCU, t. XLV, FCU, Montevideo, 2014.

ADCU, t. XLVII, FCU, Montevideo, 2016.

ADCU, t. XLVIII, FCU, Montevideo, 2017.

ADCU, t. XLIX, FCU, Montevideo, 2018.

ARCE GARGOLLO, Javier, Contratos mercantiles atípicos, Porrúa, México, 2010.

Base de jurisprudencia nacional.

BACCHI, Adriana, “El distribuidor como parte contractual débil”, Estudios Jurídicos, UCU, 2012.

BENÍTEZ CAORSI, Juan, La revisión del contrato, AMF, Montevideo, 2008.

BENÍTEZ CAORSI, Juan, Solidaridad contractual, Reus, Madrid, 2013.

BENÍTEZ CAORSI, “Meditaciones sobre la igualdad”, ADCU, t. XLVII, FCU, Montevideo, 2016.

BERDAGUER, Jaime, “La “Justa Causa” de Receso Unilateral en los Contratos de Duración con Plazo Determinado”, ADCU, t. XXXIII, FCU, Montevideo, 2002.

BERDAGUER, Jaime, “Teoría de la Imprevisión y lesión calificada. Fundamentación y comentarios del nuevo proyecto de ley presentado al Instituto de Derecho Civil”, ADCU, t. XXXVII, FCU, Montevideo, 2006.

BERDAGUER, Jaime, “Constitución y Derecho civil”, en ADCU, t. XXXIX, FCU, Montevideo, 2008.

BERDAGUER, Javier, “El derecho ante la emergencia sanitaria”, Fder Uruguay, 11/05/2020. Consultar: https://www.youtube.com/watch?v=mkvmFCV_BYA

BERGSTEIN, Jonás, La extinción del contrato de distribución, FCU, Montevideo, 2010.

BERGSTEIN, Jonás. “Contratos de Distribución. Distribución de hecho. Justas causas de extinción. Rescisión abusiva. Preaviso Razonable”. ADCU, t. XXVI, FCU, Montevideo, 1995.

BERGSTEIN, Jonás, “La extinción del contrato de duración: Trece años después”, ADCU, t. XXXIX, FCU, Montevideo, 2008.

BERRO, Federico La relevancia jurídica de la conducta anterior (teoría de los actos propios), AMF, Montevideo, 1989.

BLENGIO, Juan, “El plazo como elemento del contrato”, ADCU, t. X, FCU, Montevideo, 1979.

BLENGIO, Juan, “La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir”, ADCU, t. XXVII, FCU, Montevideo, 1996.

BLENGIO, Juan, "El principio de equilibrio con especial referencia a su incidencia en la ecuación contractual en la emergencia económica", publicado en ADCU, t. XXXV, FCU, Montevideo, 2004.

BLENGIO, Juan, “Abuso de Derecho. Breves reflexiones sobre algunos de sus aspectos principales”, ADCU, t. XXXVIII, Montevideo, 2007.

CAFARO, Eugenio, CARNELLI, Santiago, Eficacia contractual, FCU, Montevideo, 2007.

CAFFERA, Gerardo, Obligaciones, FCU, Montevideo, 2018.

CAFFERA, Gerardo, Una teoría del contrato, FCU, Montevideo, 2009.

CAFFERA, Gerardo, “Principio de igualdad y contrato en el derecho civil uruguayo”, El principio de igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica, FCU, Montevideo, 2012.

CAFFERA, Gerardo, “Principios desbocados: El abuso de derecho y el preaviso en los contratos de distribución”, DJDC, t. II, año II, FCU, Montevideo, 2014.

CAFFERA, Gerardo “Receso unilateral y operación económica. Enredos ilustrativos” DJDC, t. IV, año IV, FCU, Montevideo, 2016.

CAFFERA, Gerardo, “El derecho ante la emergencia sanitaria”, Fder Uruguay, 11/05/2020. Consultar: https://www.youtube.com/watch?v=mkvmFCV_BYA

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Sobre derecho administrativo, t. II, FCU, Montevideo, 2012.

CARNELLI, Santiago, “Licitud del ejercicio del receso unilateral”, Revista Jurídica Regional Norte, UDELAR, N° 2.

CARNELLI, Santiago, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XIV, FCU, Montevideo, 2009.

CARNELLI, Santiago, SARLO, Oscar, "El principio de igualdad y la Contratación del Código Civil", ADCU, t. XXXI, FCU, Montevideo, 2000.

CARNELLI, Santiago, “La reconstrucción judicial del contenido contractual”, en ADCU, t. XLVI, FCU, Montevideo, 2015.

CASTRO RIVERA, Alicia, “A propósito de argumentación, constitucionalismo y postpositivismo. Una discusión impostergable”, en ADCU, tomo XXXIX, FCU, Montevideo, 2008.

CAUMONT, Arturo, “Desistimiento unilateral: análisis técnico ante hipótesis de conferimiento acumulativo en desequilibrio”, ADCU, t. XIX, FCU, Montevideo, 1988.

CAUMONT, Arturo, “El pacto de desistimiento unilateral en negocio jurídico de ejecución no continuada”, ADCU, t. XXII, FCU, Montevideo, 1991.

CAUMONT, Arturo, “Un ensayo de reflexión sobre tres pilares del derecho contractual uruguayo provenientes de la revolución francesa y secundados por la constitución de la República”, ADCU, t. XLVII, FCU, Montevideo, 2016.

CERISOLA, Andrés, HERNÁNDEZ, Alejandro, “El test jurisprudencial de dos pasos para determinar la existencia de una rescisión abusiva”, ADCU, t. XXVIII, FCU, Montevideo, 1997.

CHALAR, Laura, MANTERO, Elías, “Reflexiones en torno al receso unilateral en los contratos de ejecución continuada. Crítica a una tesis novedosa”, ADCU, t. XXXII, FCU, Montevideo, 2001.

DE CORES, Carlos, Pasado, presente y futuro de la teoría general del contrato, UCU, Montevideo, 2015.

DE CORES, Carlos, GAMARRA SANTA CRUZ, Raúl, Estudios sobre contrato de construcción. Actualización, t. I, II y III, La Ley Uruguay, Montevideo, 2020.

DE CORES, Carlos, “Covid 19 y derecho contractual en Uruguay”, conferencia en CAU, 2/04/2020. Consultar: http://www.colegiodeabogados.org/2011/noticia.php?id_noticia=469

DE CORES, Carlos Andrés, CAL, Juan Manuel, “El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa”, Revista Derecho UM, 2012.

DELPIAZZO, Carlos, “Los tres tránsitos de la contratación pública”, Revista de derecho público, N 44, año 22, Montevideo, 2013.

Diccionario de la lengua española, Real academia española, Bs. As. 2001.

DJDC, t. I, año I, FCU, Montevideo, 2013.

DJDC, t. II, año II, FCU, Montevideo, 2014.

DJDC, t. III, año III, FCU, Montevideo, 2015.

DJDC, t. IV, año IV, FCU, Montevideo, 2016.

DJDC, t. V, año V, FCU, Montevideo, 2017.

DJDC, t.VI, año VI, FCU, Montevideo, 2018.

DURÁN MARTÍNEZ, “Efectos y cumplimiento de los contratos”, LJU, cita online: UY/DOC/97/2008.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “El contrato administrativo en Uruguay”, Estudios jurídicos N 12, UCU, 2014.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gabriel, LARRAÑAGA, Luis, “Límites al receso unilateral”, ADCU, t. XXX, FCU, Montevideo, 1999.

FLORES DAPKEVICIOUS, “Nuevo régimen de los contratos administrativos y la licitación pública en Uruguay: de acuerdo al TOCAF, decreto N° 150/012”, LJU, cita online: UY/DOC/72/2012.

FREYTES, Alejandro, “La rescisión unilateral y los contratos de duración”, Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 2, Nro. 2, 2011, p. 142.

GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. IX, FCU, Montevideo, 2010.

GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XVIII, FCU, Montevideo, 2006.

GAMARRA, Jorge, Buena fe contractual, FCU, Montevideo, 2011.

GAMARRA, Jorge, Neoconstitucionalismo, Código y ley especial, FCU, Montevideo, 2012.

GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. VIII, FCU, Montevideo, p. 129; “Imprevisión y equivalencia contractual. Código Civil o Torre de Babel”, Cuadernos del ADCU, N 13, FCU, Montevideo, 2006.

GAMARRA, Jorge, “Prórroga automática del contrato y derecho a no prorrogarlo”, DJDC, t. I, año I, FCU, Montevideo, 2013.

GAMARRA, Jorge, “El pensamiento formalista en la jurisprudencia uruguaya”, en DJDC, t. III, año III, FCU, Montevideo, 2015, p. 134.

GAMARRA, Jorge, “Argumentación e interpretación judicial estudiadas desde una sentencia de Macedo”, en DJDC, t. IV, año IV, FCU, Montevideo, 2016.

GAMARRA, Jorge, “Triunfo del neoconstitucionalismo en la jurisprudencia”, en DJDC, t. V, año V, FCU, Montevideo, 2017.

GAMARRA, Jorge, “Constitución y ley”, en DJDC, t. VI, año VI, FCU, Montevideo, 2018.

GAMARRA, Jorge, “La resolución del contrato por incumplimiento” en Tratado Jurisprudencial y Doctrinario - Incumplimiento de Contrato, Tomo III, DE CORES, Carlos, GAMARRA, Raúl, VENTURINI, Beatriz, La Ley Uruguay, 2013.

GAMARRA SANTA CRUZ, Raúl, “Derecho a la vida vs. principio de igualdad”, en ADCU, t. XL, FCU, Montevideo, 2009.

GAMARRA, Diego, En perspectiva, La mesa de los juristas: “exhortar” vs “obligar”, extraído de:<https://www.youtube.com/watch?v=N5Z5nMS5DGY&t=141s>

GREGORINI, Eduardo, “Contratos de distribución. La reparación por su ruptura intempestiva y la intempestividad de la ruptura”, LJU, Cita Online: AR/DOC/6613/2001.

LARRAÑAGA, Luis, “Extinción del contrato de construcción de las obligaciones”, en Estudios sobre contrato de construcción. Actualización, t. II, La Ley Uruguay, Montevideo, 2020.

LORENZETTI, Tratado de los Contratos, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.

MARCHESANO, Agustín, “Consideraciones sobre el receso unilateral de contrato”, Revista de Derecho y Tribunales, N° 31, AMF, 2017.

MARIÑO LÓPEZ, “La interpretación judicial del contrato en el estudio uruguayo. Estudio del sistema de reglas hermenéuticas del Código Civil”, ADCU, t. XXVIII, FCU, Montevideo, 1997.

MARIÑO LÓPEZ, Andrés, “Extinción y modificación del contrato administrativo por declaración unilateral de voluntad de la Administración”, LJU. Cita online: UY/DOC/213/2017.

MERLINSKY, Ricardo, Modernas formas de distribución comercial, Universidad, Montevideo, 1992.

MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, t. IV, Buenos Aires, 1979.

MOLINARI, Miguel, “Breves reflexiones sobre las prerrogativas del contrato administrativo”, Universidad Nacional del Litoral.
<https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2015/03/miguel-molinari1.pdf>

MOSSET ITURRASPE, Jorge, PIEDECASAS, Miguel, Código Civil Comentado. Doctrina - jurisprudencia-bibliografía, Contratos parte general, Rubinzal Culzoni Editores, Bs As, 2004.

OLVEIRA, FLAVIA y DOVAT, MIGUEL “Interpretación del contrato. Ejercicio del derecho de receso unilateral. Interpretación del supuesto fáctico que lo habilita. Comentario a las sentencias Números 138/2015 del TAC 2 turno y 210/2016 de la SCJ”, DJDC, t. V, año V, FCU, Montevideo, 2017.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, Lecciones de derechos de las obligaciones, t. III, Vol. 1, Del Foro S.R.L, Montevideo, 1999.

ORDOQUI, Gustavo, “Daño producido por el abuso en el ejercicio del derecho de rescisión unilateral sin causa del contrato de suministro”, extraído de:
<http://www.guantor.com/assets/derecho-de-receso-y-abuso-en-el-contrato-de-suministro-de-abuso-de-derecho.pdf>

PEIRANO FACIO, Jorge, ORDOQUI, Gustavo, Contratos, Del Foro, Montevideo, 1997.

RAMOS OLANO, Sebastián, “El Derecho de receso y la redacción del contrato”, en Revista de Derecho, UM, N 27, 2015.

RIVERA, Gonzalo, “La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa”, Revista de Derecho (UCUDAL), año 10, N 14, 2016.

RUBINO, Domanico, Dell' Appalto, Commentario del Codice Civile, Libro IV - Delle Obbligazioni, Bologna, 1962.

SAETTONE, Mariella, “Extinción del contrato administrativo”, LJU, tomo 151.

SÁNCHEZ FONTANS, José, El contrato de construcción, t. II, Montevideo, 1953.

SÁNCHEZ FONTANS, José, “El mandato irrevocable”, Revista de la Facultad de Derecho, Jornadas de Derecho Comparado, 1955.

SANCHEZ FONTANS, Prórroga y negocio modificativo, AEU, 1961.

SAYAGUÉS LASO, Tratado de derecho administrativo, t. I, FCU, Montevideo, 2010.

URÍA, Rodrigo, Derecho Mercantil, Marcial Pons ediciones jurídicas, Madrid, 1995.