

# Análisis funcional de los elementos esenciales de los contratos

*Conocer la realidad implica construir sistemas en continua transformación que se corresponden, más o menos, a la realidad*

Jean Piaget

*Andrés Nicolás Beltramo\**, *Maximiliano Boned\*\**,  
*Tamara Escudero\*\*\** y *Emiliano Estevarena\*\*\*\**  
*Revisión y corrección: Dra. Lidia María Rosa Garrido*  
*Cordobera\*\*\*\*\**

## Resumen

Como bien indica el título de la obra, este es un análisis de cómo “funcionan” los elementos esenciales de los contratos. Este trabajo es uno de los

\* Abogado (UBA). Auxiliar graduado en Contratos Civiles y Comerciales, cátedra Ameal-Barocelli, Miembro del Instituto de Derecho Informático del C.P.A.C.F. Se encuentra realizando la Carrera de Especialización en Derecho Informático en la Facultad de Derecho (UBA), [anbeltramo@gmail.com](mailto:anbeltramo@gmail.com).

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA). Ayudante en Contratos Civiles y Comerciales, cátedra Ameal-Barocelli. Miembro del grupo de trabajo del Proyecto de Interés Institucional 2015 sobre el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (FD-UBA), coordinado por el Prof. Dr. Sergio Sebastián, [maxiboned@gmail.com](mailto:maxiboned@gmail.com).

\*\*\* Estudiante de Abogacía (UBA). Ayudante en Contratos Civiles y Comerciales, cátedra Ameal-Barocelli, Miembro del grupo de trabajo del Proyecto de Interés Institucional 2015 sobre el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (FD-UBA), coordinado por el Prof. Dr. Sergio Sebastián Barocelli, [escudero509@est.derecho.uba.ar](mailto:escudero509@est.derecho.uba.ar).

\*\*\*\* Traductor Público (Eng-Spa) (UBA). Miembro del grupo de trabajo del Proyecto de Interés Institucional 2015 sobre el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (FD-UBA), coordinado por el Prof. Dr. Sergio Sebastián Barocelli, [emiliano.estevarena@yahoo.com.ar](mailto:emiliano.estevarena@yahoo.com.ar).

\*\*\*\*\* Doctora en Derecho (UBA). Profesora adjunta en Contratos Civiles y Comerciales, cátedra Ameal-Garrido, [lgarrido@derecho.uba.ar](mailto:lgarrido@derecho.uba.ar).

primeros pasos en el desarrollo de un método de enseñanza que equilibre conocimientos teóricos y prácticos en materia contractual, cuya necesidad surgió ante el déficit que hemos notado en los estudiantes a la hora de aplicar sus conocimientos teóricos. Esta obra es eminentemente dogmática, sin embargo, su foco no radica en la conceptualización de la teoría contractual sino en explicar el funcionamiento de estos elementos esenciales y su interrelación con los institutos de derecho civil aplicables en materia contractual. Con esto en mente, desarrollaremos sobre los elementos esenciales de los contratos (sujeto, objeto y causa), sus componentes y cómo aplican los institutos del derecho de los contratos a dichos elementos, y abordaremos cuestiones de actualidad como los contratos informáticos y el sobreendeudamiento.

Palabras clave: contratos, consentimiento, capacidad, oferta y aceptación, autonomía de la voluntad, objeto, licitud, causa fin, frustración del fin del contrato, fraude, contratos conexos, teoría de la imprevisión, interpretación, teoría de la equivalencia de las prestaciones, responsabilidad.

## **Abstract**

As hinted in the title, this is an analysis of how the elements of a contract work in Argentina, where the Civil-Law legal system of construction of contracts is in force. These elements are agreement, subject matter and causa. For us, this article is an initial step in developing a hybrid teaching system that balances theory and practice, as a response to our noticing that many students have difficulties when applying theoretical knowledge. Being an initial step, this article is mainly theoretical. The difference with other theoretical articles in this topic, which are mainly focused on definitions, is that we dwell on how these elements work and how they relate with the different institutes of contract law. From that standpoint, we will explain the elements of contracts, its constituents, and how do institutes of contract law to these elements. We will also address current issues like e-contracts and over indebtedness.

Keywords: contracts, agreement, capacity, offer and acceptance, freedom of contract, subject matter, legality of subject matter, causa, frustration

of purpose, fraud, linked contracts, hardship, interpretation of contracts, adequacy of Contracts, liability.

## **Glosario de abreviaturas:**

CN	Constitución de la Nación Argentina
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010
CCyCN	Código Civil y Comercial de la Nación (2014)
CCiv.	Código Civil [Ley 340 t.o.]
LDC	Ley de Defensa del Consumidor [Ley 24.240 t.o.]
LCyQ	Ley de Concursos y Quiebras [Ley 24.522]

## **Introducción**

Como se ha indicado en el resumen/abstract, el propósito de este trabajo es analizar el funcionamiento de los elementos esenciales generales de los contratos. En nuestra experiencia docente, hemos encontrado que los estudiantes tienen dificultades a la hora de interrelacionar lo estudiado en materia de contratos y el funcionamiento global del derecho en este rubro. Esto nos motivó a crear un trabajo en el que se considere el aspecto funcional de los contratos por sobre el aspecto conceptual y la comparación y contrastación de opiniones doctrinarias, sin desmerecer la validez de estos últimos dos enfoques, los cuales están reducidos a un mínimo residual en esta obra.

Dado que no hemos encontrado en la doctrina un trabajo encarado de este modo, creemos firmemente que la originalidad de este trabajo está en su enfoque, ya que estos temas están en su mayoría ampliamente discutidos. Lo que en realidad nos proponemos es desarrollar un enfoque que nos permita enseñar contratos desde otro punto de vista para complementar las falencias que notamos en el método tradicional de enseñanza del derecho.

Ahora bien, en este trabajo también haremos referencia a algunas cuestiones actuales, a saber:

- El derecho de los contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación, a entrar en vigencia.

- Algunas particularidades de los contratos informáticos en el marco de los institutos tradicionales del derecho de los contratos.
- Los desafíos que presentan las nuevas tecnologías al esquema clásico de la oferta y aceptación y jurisdicción aplicable.
- La posibilidad de que la predisposición contractual derive en daño colectivo, en particular con relación al derecho a la privacidad en Internet.
- La ausencia de un régimen jurídico en el derecho argentino para combatir el fenómeno del sobreendeudamiento.

En cuanto a la estructura del trabajo, analizaremos los tres elementos esenciales de los contratos: consentimiento, objeto y causa fin. Esto lo haremos explicando cómo funciona cada elemento y relacionando cada elemento con los distintos institutos, previa provisión de una breve definición de cada elemento para poner al lector en tema, ya que nos proponemos escribir no solo para profesionales sino también para estudiantes de derecho.

Dentro del *consentimiento* (Capítulo I), nos centraremos en el análisis de la capacidad (Cap. I.A), la teoría de la oferta y de la aceptación (Cap. I.B), y la autonomía de la voluntad (Cap. I.C). En materia de *objeto* (Capítulo II), estudiaremos sus requisitos: posibilidad (Cap. II.A), determinación (Cap. II.B), patrimonialidad (Cap. II.C) y licitud (Cap. II.D). En cambio, en materia de *causa fin* (Capítulo III) en vez de analizar sus variantes (objetiva, subjetiva y función social del contrato), nos centraremos en analizar los institutos y fenómenos pertinentes a este elemento, como la frustración del fin del contrato (Cap. III.A), el fraude (Cap. III.B) y la conexidad contractual (Cap. III.C).

## I. Consentimiento

Entendemos al consentimiento como aquél elemento esencial del contrato que consiste en la creación del acuerdo de voluntades, lo que incluye a las partes y la forma en la que estas crean un contrato.

Para analizar el consentimiento como elemento del contrato hay que tener en cuenta:

- La capacidad de las partes para celebrar contratos como presupuesto legal;
- las presunciones del derecho de cómo y cuándo las partes crean un contrato;

- la autonomía de la voluntad y la negociación contractual, en función de sus límites legales, impuestos por las normas de orden público y los límites económicos.

I.A - Capacidad - Evolución Histórica: la capacidad para contratar concierne el hecho de en qué condiciones el derecho considera que una persona puede celebrar válidamente un contrato. En este punto analizaremos, en primer lugar, el esquema de Vélez y su evolución, luego, el sistema vigente y, por último, los institutos oponibles.

### *I.A.1 Sistema de Vélez y su evolución*

Vélez Sarsfield construyó un sistema de capacidad basado en tres ejes:

- La edad de la persona;
- la salud mental de la persona;
- el rol que ocupa esa persona.

Sin embargo, la capacidad no solo puede analizarse desde esos tres ejes, sino también en otras dos perspectivas. La primera, la más importante, es si el acto puede ser atacado por la vía de la lesión o la sanción de nulidad. La segunda, más cercana a los tres ejes propuestos por Vélez, es si esa persona está facultada a ejercer actos de administración y de disposición. Por cuestiones didácticas, desarrollaremos la evolución del concepto de capacidad partiendo desde el esquema de Vélez.

El primer eje de la capacidad es la edad. En el año 2009, se redujo la mayoría de edad a los 18 años (art. 126 CCiv.), lo que resultó en la derogación del sistema de emancipaciones.<sup>1</sup> La mayoría de edad otorga plena capacidad, por lo cual, el problema de la capacidad no radica en la mayoría de edad, sino en la minoría de edad.

La pregunta, entonces, es si son los menores capaces para contratar. La respuesta es sí y no. Los menores de edad han celebrado contratos desde su nacimiento, sea por sí mismos o a través de la representación legal de sus padres, curadores o tutores, y la gran mayoría de estos contratos siempre

1. Hubo un desfasaje entre las normas de mayoría de edad y la de emancipación por matrimonio, ya que para obtener la dispensa judicial se continuó exigiendo el requisito de ser mayor de dieciocho años.

han sido válidos. Basta con pensar en unas vacaciones, comprar en un almacén o en un quiosco, ir a clases particulares, ir al cine, o viajar en tren o en colectivo, todos estos representan una variedad de contratos: turismo, locación, servicios, compraventa, transporte.

Empero, los menores no tienen capacidad plena para contratar. El “orden público” ha considerado que los menores deben ser tutelados en cuanto a su capacidad de contratar. En este punto entran a jugar los institutos mencionados párrafos atrás. Pero, antes de desarrollar qué es lo que indica el derecho a este respecto analizaremos la siguiente categoría de personas objeto de incapacidad.

La salud mental de una persona es óbice para restringir la capacidad para contratar de ella. En este punto, el derecho crea dos categorías de incapaces: los declarados insanos en juicio (art. 140 CCiv.) y los inhabilitados (art. 152 bis CCiv.). A ambos se le asigna un curador, a los fines de suplir su incapacidad de contratar. Aun así, a la hora de contratar, estamos de vuelta con la misma incógnita: ¿por qué una persona incapaz como un menor, una persona que padece una patología mental o un inhabilitado pueden celebrar la gran mayoría de los contratos que celebran en su vida diaria de forma válida?

Esto se puede ver desde una perspectiva positivista al analizar la diferencia entre acto de administración y acto de disposición. Un acto de administración es aquel tendente a la circulación económica del patrimonio. Esto incluye un sinnúmero de operaciones económicas, las cuales el derecho considera más válidas que anulables si son celebradas por un incapaz. En cambio, un acto de disposición es aquel que altera sustancialmente el patrimonio (como una serie de enajenaciones de cosas inmuebles) o el estado jurídico de un bien (como la constitución de derechos reales). El acto de disposición hecho por un incapaz es considerado nulo (cfr. art. 141 CCiv. y cc.).

Asimismo, la problemática de la capacidad puede analizarse desde un punto de vista axiológico y jurídico. El derecho argentino ha considerado incapaz a aquel que no tiene las aptitudes suficientes para dirigir su persona y administrar su patrimonio. Esta definición genera un binomio dialéctico: o se es capaz, o se es incapaz.

Ahora bien, esta es una ficción jurídica construida desde una perspectiva patrimonialista. Los incapaces son objeto de derecho desde el punto de vista del CCiv. porque no pueden administrar su patrimonio y merecen especial protección para evitar que se generen situaciones dañosas para con

ellos y a terceros. Este enfoque suele resultar en el desplazamiento del incapaz como sujeto de derecho a través de un curador, lo que degrada los derechos de los incapaces.

En la actualidad, el marco axiológico y jurídico es distinto. A partir de la promulgación de leyes especiales con derechos de segunda y tercera generación, y en especial de la reforma de la CN de 1994 que incorpora un plexo de derechos constitucionales vía el artículo 75 inciso 22 (incorporación de tratados internacionales), se cambia el marco de protección objetivo-patrimonialista para empezar a considerar al incapaz como un sujeto de derecho que necesita asistencia en la realización de su persona. Se deja atrás la ficción de “capaz-incapaz”, para albergar un esquema de capacidad gradual.

Un ejemplo de esto último puede evidenciarse, por ejemplo, en el artículo 152 ter del CCiv., introducido por la Ley 26.657 de salud mental, el cual prescribe que toda declaración de inhabilitación o de incapacidad debe fundarse en evaluaciones interdisciplinarias, tiene un plazo máximo de tres años y debe especificar para qué actos el inhábil o insano no tiene capacidad procurándose la menor afectación a la autonomía personal de este.

Queda entonces, indicar la tercera categoría de sujetos incapaces. Hasta ahora, se discutió la incapacidad de ejercicio. La tercera categoría de incapacidad, la “incapacidad de derecho” (art. 1160 CCiv. y cc.), consiste en una serie de prohibiciones de contratar impuestas por el orden público y expresamente numeradas en el CCiv. La mayoría de ellas tiene que ver con el rol que cumple la persona y la moralidad del acto: por ejemplo, comprarse y venderse cosas entre cónyuges supone un desacato a las reglas de la sociedad conyugal y al sistema ganancial de bienes del matrimonio del CCiv.

### *I.A.2. Sistema actual*

El sistema de capacidad del CCyCN distingue entre las categorías de capacidad de derecho (art. 22), que es limitable solo respecto de algunos actos jurídicos, y la capacidad de ejercicio (art. 23), la cual recae sobre personas por nacer, personas que no cuentan con la edad y madurez para ejercer sus derechos y las personas declaradas incapaces en juicio, en la extensión determinada por la sentencia (art. 24).

De conformidad con los fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, para la comisión redactora del anteproyecto era necesaria una adecuación del derecho positivo a la Convención Internacional

de los Derechos del Niño y a la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad.<sup>2</sup> Todo ello, hace que el CCyCN aborde la cuestión de la capacidad con una mayor flexibilidad. En este sentido, la comisión que se encargó de redactar el anteproyecto estimó conveniente la adopción de la noción de la autonomía progresiva y de conceptos jurídicos indeterminados como la “madurez” del menor, así como imponer a los jueces la obligación de oír al menor cada vez que se encuentre involucrado en un proceso.

El artículo 26 del CCyCN regula el ejercicio de los derechos por parte de los menores (personas que tienen menos de 18 años de edad) y los adolescentes (quienes tienen entre 13 y 18 años de edad). En principio, los menores ejercen sus derechos a través de sus representantes o a través de un asistente letrado ante un conflicto de intereses entre el menor y sus representantes. Pero, el menor que cuenta con la edad y madurez suficiente puede ejercer los actos jurídicos que el ordenamiento jurídico le permite, como tomar decisiones acerca de sus tratamientos médicos o ejercer su profesión habiendo obtenido título habilitante. Asimismo, se permite la emancipación del menor que contrae matrimonio (art. 27 CCyCN).

En materia de personas afectadas por la salud mental, el CCyCN adopta el paradigma impuesto por la ley 26.657 de salud mental. La comisión consideró que el nuevo código debería hacer referencia solo a las cuestiones generales de la capacidad en esta materia y dejar el resto de las cuestiones reguladas de forma especial. Este sistema de normas también es aplicable con respecto de quien puede ser inhabilitado judicialmente por dirigir su persona con prodigalidad (art. 48 CCyCN).

El artículo 31 del CCyCN enumera los principios por los que deben velarse al momento de restringir la capacidad de las personas. En este nuevo sistema, las restricciones al ejercicio de la capacidad son excepcionales y en beneficio de la persona. Asimismo, se impone una obligación de información a favor de las personas cuya capacidad se ve o se puede llegar a ver restringida, y, sobre todo, se hace un especial énfasis en el tratamiento interdisciplinario de las personas que padecen patologías mentales.

2. De todos modos, tal como lo aclaramos en este párrafo y en el párrafo de autonomía de la voluntad, las normas constitucionales son plenamente operativas, forman parte del derecho positivo y prevalecen por sobre las normas de derecho privado común. Por ello, lo necesario era adecuar las normas de derecho privado común a las nuevas normas de fuente constitucional vigentes e incorporadas vía la reforma de la CN en el año 1994.

En este sentido, la declaración de incapacidad y la designación de un curador por el juez es un último recurso (art. 32 CCyCN). Asimismo, como medida alternativa se admite la imposición de sistemas de apoyo judiciales y extrajudiciales para facilitarle a quien lo necesite la toma de decisiones, dirección de su persona, administración del patrimonio y manifestación de la voluntad en el ejercicio de sus derechos.

En cuanto a la validez de los actos, cabe destacar que, una vez dictada la sentencia que restringe la capacidad de una persona e inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, todo acto que contraríe a dicha sentencia será nulo (art. 44 CCyCN). En cambio, si el acto que se pretende declarar nulo es anterior a la sentencia que restringe la capacidad de una persona, dicha pretensión será viable si: a) la enfermedad mental era ostensible al momento de celebrarse el acto, b) hubo mala fe de la contraparte, o c) el acto fue a título gratuito.

### *I.A.3. Institutos oponibles*

Ahora queda ver qué puede pasar si se celebra un contrato con una persona incapaz. Según el tipo de incapacidad, el contrato será nulo de pleno derecho o anulable. Será nulo si la incapacidad es de derecho o si la complejidad del negocio jurídico excede la capacidad del menor, inhabilitado o de la persona que padece una patología mental. En cambio, será anulable todo contrato en el que la capacidad gradual del menor, inhabilitado o de la persona que padece una patología mental recaiga en una “zona gris”, esto es, si hay dudas acerca de la aptitud del incapaz para comprender y ejecutar esa operación. De todas formas, la nulidad es una sanción que se impone en sede judicial, por lo que, la gran mayoría de estos contratos serán válidos hasta tanto la sanción de nulidad sea impuesta.

En sentido contrario, un incapaz puede hacer valer un contrato que recae dentro de la “zona gris” de su capacidad gradual e incluso ajustarlo de forma equitativa si fuera necesario. El instituto de la lesión provee este mecanismo, dado que el incapaz por su estado configura uno de los tres presupuestos de la lesión: la impericia o la inexperiencia. Esta protección está ligada al discernimiento como presupuesto de validez de un acto jurídico. Entonces, habiéndose celebrado un contrato con prestaciones desproporcionadas y habiendo un aprovechamiento de la contraparte, si el incapaz en

su carácter de imperito o inexperto opta por la validez del contrato, podrá ampararse en el instituto de la lesión.

I.B. Oferta y aceptación: en este punto, relacionaremos la teoría de la oferta y de la aceptación local e internacional, como también desarrollaremos la incidencia del derecho del consumidor en esta materia. Finalmente, concluiremos indicando la pertinencia de la responsabilidad precontractual en esta materia.

### *I.B.1. Teoría de la oferta y de la aceptación a nivel local*

La teoría de la oferta y la aceptación vigente en el derecho argentino indica que el consentimiento se manifiesta a través de una oferta recepticia (dirigida a persona o personas determinadas o determinables) y completa (es decir, debe tener todos los antecedentes constitutivos del contrato que se pretende celebrar) según el art. 972 del CCyCN, sobre un contrato, por una parte, y una aceptación de dicha oferta por el todo,<sup>3</sup> por la otra parte. En este esquema la aceptación parcial de una oferta constituiría una cadena de contraofertas hasta llegar a una aceptación total y final (art. 978 del CCyCN). Por excepción, el derecho puede imponer como requisito adicional para el perfeccionamiento la tradición o la entrega de una cosa, según corresponda.

La oferta y la aceptación puede darse entre presentes, en donde se requiere la inmediatez de la aceptación para que el contrato se encuentre formado (arts. 974 y 980 a) del CCyCN), o entre ausentes. En el caso de aceptación entre ausentes, el CCyCN en su art. 980 b) establece que el contrato entre ausentes se perfecciona con la *recepción* de la aceptación por parte del oferente durante el plazo de vigencia de su oferta. Este plazo de vigencia responde a lo establecido por el tercer y cuarto párrafo del art. 974 del CCyCN, a saber: cuando no sea fijado un plazo para la vigencia (o caducidad) de la oferta, el oferente se encuentra obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación, a su vez, los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción, excepto que se haya previsto algo diferente.

3. Lo que se conoce como principio de congruencia o *mirror image rule*.

Nuestro derecho positivo contiene una serie de excepciones a la concreción del contrato entre ausentes al momento de la *recepción* de la aceptación. La aceptación podrá ser retractada antes de que llegue a conocimiento del oferente o conjuntamente con la aceptación (art. 981 del CCyCN), y caducará en caso de fallecimiento o incapacidad de alguna de las partes antes de la recepción de la aceptación (art. 976 CCyCN).

Si bien un porcentaje importante de los avances tecnológicos no cuenta con una regulación específica en nuestro ordenamiento, suele ser bastante simple la transposición de normas generales a este ámbito. Así, por ejemplo, una compraventa realizada por medios informáticos estará sujeta mayormente a la regulación clásica de este contrato que establece el CCyCN.

En este orden de ideas, en la temática de la formación del consentimiento en los contratos, utilizaremos el esquema de contratos entre presentes y ausentes en la contratación a través de medios electrónicos según estemos frente a contratos *online* u *offline*, esto no porque los contratantes cuenten o no con una conexión a internet al momento de la formación del contrato, sino con respecto a si están utilizando esa conexión a internet (o a una red compartida) para la formación del negocio (contrato), lo que permitiría una interacción y respuesta inmediata, y por lo tanto la formación de un contrato entre presentes. Por lo tanto, serían contratos entre presentes aquellos realizados a través de llamadas (sean a través de un teléfono convencional o internet), y más aún los realizados a través de *videoconferencia*, e incluso los realizados a través de mensajes de texto o programas de mensajería instantánea como *WhatsApp* o de redes sociales, todos estos últimos siempre que medie esta inmediatez o respuestas “en directo”.

### *I.B.2. Teoría de la oferta y de la aceptación a nivel internacional*

Dicho lo precedente y dadas las nuevas tecnologías en materia de comunicación, debe extenderse la distinción entre presentes y ausentes elaborada por nuestro CCiv. no solo a la perspectiva temporal, sino también a la espacial. En el marco decimonónico en que se redactó el CCiv. no se pensó en medios que permitiesen que, a la distancia pero en el mismo momento temporal, dos partes puedan negociar de manera directa y con respuestas inmediatas.

Esto genera el problema de encuadrar los contratos celebrados en tiempo real, con inmediatez (y por lo tanto, temporalmente entre presentes),

pero ubicados físicamente en distintas jurisdicciones (o *foros*). En estos casos, con respecto al momento de la celebración del contrato estaremos efectivamente ante un contrato entre presentes, pero se considerará como celebrado entre ausentes con respecto a dónde se formó el consentimiento, lo que influye en la forma del contrato, que en principio será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato y sus efectos, dado que las disposiciones del CCyCN en esta materia siguen en su mayoría la teoría clásica del CCiv. y no prevén esta contingencia explícitamente.

En cambio, el CCyCN regula la aplicación de normas de derecho privado internacional de forma genérica. Los artículos 2594 y 2598 indican que prima la aplicación de tratados internacionales. En materia de oferta y aceptación son aplicables los artículos 36 a 42 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.

De todos modos, en materia de contratación internacional siempre es útil prevenir el riesgo de que ocurra una disputa judicial y acordar de antemano cuál será el Estado del foro, esto es, en qué jurisdicción se resolverá la disputa. Acordar esto por ejercicio de la autonomía de la voluntad es posible, en tanto y en cuanto no se vulnere una disposición de orden público o se busque defraudar a la ley (art. 2598 y 2600 CCyCN), como puede ser las disposiciones en materia de jurisdicción indicadas en la LDC (ver art. 37).

En este sentido, una regla útil para definir el Estado del foro es la regla 2 de las reglas del proceso civil transnacional, redactadas por UNIDROIT. La regla aconseja fijar la jurisdicción en el domicilio de una de las partes o el lugar en donde se hallen los bienes litigiosos (en especial si son inmuebles o intangibles).

Asimismo, UNIDROIT indica que estas reglas pueden aplicarse a un proceso arbitral, si las partes prefieren un método alternativo de resolución de conflictos. También prevé la división de acciones colectivas en caso de que las reglas de UNIDROIT no sean aplicables a la totalidad del caso. Aun así, las reglas aconsejan utilizar las reglas procesales del Estado del foro en caso de acciones colectivas.

En resumen, las reglas UNIDROIT están diseñadas para resolver litigios en materia de contratos comerciales internacionales, ya que aquellas cuestiones de orden público encuentran una resolución más eficiente y justa dentro de la jurisdicción en la que una determinada norma o conjunto de normas son de orden público. Debe entenderse, asimismo, que el concepto de litigio en el *common law*, de transacción o evento, es más amplio que la

concepción del litigio en el derecho continental, que se limita a la pretensión de un demandante.

En materia de derecho aplicable, el juez puede aplicar derecho extranjero o armonizarlo con el derecho local (art. 2595 CCyCN), siempre y cuando el derecho extranjero tenga una conexión relevante con la causa (art. 2597 CCyCN), el derecho extranjero no haga un reenvío al derecho argentino (art. 2596 CCyCN), no se busque defraudar a la ley o no se vulnere una ley de orden público.

### *I.B.3. Incidencia del derecho del consumidor*

Los contratos de consumo presentan una serie de reglas particulares que operan durante el periodo de las negociaciones. Así el artículo 7° de la LDC obliga al que haga oferta a consumidores potenciales indeterminados a respetar en el contrato las condiciones de contratación ofrecidas, durante el tiempo contenido en el soporte en que se plasme esta oferta y en los términos que consten allí, y solo se considerará revocada cuando esta revocación se haga pública por medios similares a los empleados para hacerla conocer. En igual sentido, el artículo 8° de la LDC establece la obligatoriedad de la publicidad para el oferente.

Por otro lado, en el marco del derecho del consumidor la oferta tendrá un efecto vinculante mucho mayor que en el derecho clásico, en donde al no estarse todavía frente a un contrato se deberá reclamar por los daños precontractuales ocasionados. Conforme con el artículo 10 bis, ante el incumplimiento de la oferta por parte del proveedor, el consumidor podrá además de reclamar los daños y perjuicios ocasionados, exigir el cumplimiento forzado de la oferta o aceptar otro producto o servicio equivalente.

Además de lo mencionado en los párrafos anteriores, la LDC contiene un instituto particular en sus artículos 32 a 34, el derecho de arrepentimiento, mal llamado “revocación de la aceptación”. Este derecho significa la potestad de extinguir dentro de determinado plazo un contrato, que debe ser instrumentado por escrito y con ciertas precisiones, que la ley le confiere al consumidor al darse una serie de situaciones fácticas en las que se ve expuesto a una especial vulnerabilidad.

Así, si bien el contrato (clásico) es ley para las partes, y la aceptación es irrevocable en contratos entre presentes, y solo puede ser retractada o caduca excepcionalmente, aquí, en el marco de los artículos mencionados, la

aceptación podrá ser “revocada” ya operando el contrato. Por supuesto que en el orden de ideas que venimos desarrollando en esta sección, incluso si se trata de un contrato entre ausentes (de ser entre presentes la formación del contrato sería instantánea), enviada la aceptación al oferente, queda perfeccionado el contrato, por lo que la voluntad revocatoria del consumidor siempre se dirige a un negocio ya configurado y no a su mera aceptación. Lo que en realidad se deja sin efecto (*extingue*) cuando se ejerce el derecho de arrepentimiento es el contrato propiamente dicho.

Asimismo, dentro del Título III del CCyCN, que trata los contratos de consumo, en el Capítulo 3, denominado “Modalidades Especiales”, se encuentra la temática de las contrataciones fuera de los establecimientos y del derecho de arrepentimiento. Aquí, se pretende dar mayor definición a las limitadas pautas que establece la LDC en esta materia, sin afectar drásticamente el panorama, y pudiéndose dejar de lado estas nuevas previsiones cuando en un caso concreto su aplicación resulte más gravosa para el consumidor, en atención a que el CCyCN no ha sustituido expresamente los artículos pertinentes de la LDC.

Por lo tanto, los artículos introducidos en materia de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y derecho de arrepentimiento solo se aplicarán cuando favorezcan a la situación del consumidor con respecto al esquema de la LDC. Y es que además así lo establece expresamente el CCyCN en su artículo 1094, in fine: “En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.

#### *I.B.4. Responsabilidad precontractual*

En materia de oferta, contraoferta y aceptación, el análisis de la formación del consentimiento se puede realizar desde dos puntos de vista: *contenido* y *temporalidad*. En cuanto al contenido de la oferta o de una contraoferta, lo importante es de qué manera ejercen las partes la autonomía de la voluntad, tema que se desarrollará en el párrafo siguiente. En cuanto a la temporalidad, lo importante es entender cuándo el derecho considera que ha comenzado la etapa precontractual y cuándo se efectiviza el consentimiento, lo que generalmente se da con la aceptación de la oferta.

La teoría de la oferta y de la aceptación implica que la formación del consentimiento se desarrolla en un período de tiempo, esto es, la etapa de

las llamadas tratativas o negociaciones previas, que incluso anteceden a la oferta. Durante este tiempo, las partes realizan tratativas precontractuales (porque preceden a la oferta y, por ende, al contrato) y se involucran en actividades tendientes a la formación de un contrato.

La etapa precontractual de los contratos informáticos (aquellos procesos negociales que tienen por objeto la prestación de bienes y servicios vinculados a la información automatizada) es particularmente importante para que el futuro contrato resulte satisfactorio para las partes, especialmente cuando se trata de contratos de mediana o gran envergadura. Aquí es conveniente moderar la práctica generalizada de redactar cláusulas utilizando el vocabulario construido sobre la base de neologismos y plagado de novedades que caracteriza al ámbito tecnológico-informático, para respetar apropiadamente el deber de información para con el usuario que exige el principio de buena fe. Es así que en la medida que esta información y consejo por parte del proveedor sean prestados de manera clara y entendible para el usuario, corresponderá a este último hacer una descripción correcta y detallada de sus necesidades, que se suelen plasmar en un *cuadro de necesidades*.

En cualquier relación precontractual, y especialmente en aquella relativa a la contratación informática, es muy conveniente la correcta documentación de todos los elementos que componen el intercambio negocial-contractual, para que quede un registro de este intercambio que pueda servir a un mejor entendimiento del contrato por las partes o el juez en caso de controversias. Así, en grandes contratos lo aconsejable es que las partes fijen reglas sobre qué se va a documentar y de qué manera (o en qué formato) durante la etapa precontractual.

La importancia de tener presente el período precontractual no es menor en tanto aquí puede surgir la obligación de reparar los daños ocasionados por los actos que vulneren el principio de buena fe (entendida como lealtad, confianza, y expectativas de una de las partes) cuando la celebración del contrato se vea frustrada, o cuando, a pesar de no impedir la celebración, estos actos de todas formas causan daños a la contraparte. En otras palabras, no solo las partes negocian las cláusulas y condiciones de un contrato, sino que también hacen actos preparativos con miras a ejecutar el contrato que está por ser celebrado y, si en este período se transgrede el principio de buena fe, entonces corresponderá la reparación.

En cambio, el derecho argentino indica que recién habrá contrato cuando un acto jurídico bilateral de contenido patrimonial con causa en un negocio jurídico reúne tres elementos: consentimiento, objeto y causa fin.

El hecho de saber cuándo hay contrato permite determinar la esfera y los supuestos de responsabilidad así como los remedios legales que corresponden ante un hecho dañoso. No es lo mismo la responsabilidad contractual que la responsabilidad precontractual. Por ejemplo, si no hay contrato, no hay obligaciones, por lo que no se puede solicitar la ejecución forzada de un contrato, salvo contadas excepciones, pero sí se puede accionar para lograr la reposición en términos patrimoniales de la situación que existiría de no haberse embarcado las partes en la negociación.

I.C. Autonomía de la voluntad: Este apartado busca echar luz al contexto actual que rodea el fenómeno de la autonomía de la voluntad en los contratos haciendo foco principalmente en tres aristas. Primero, aquella distorsión progresiva de la concepción de autonomía de la voluntad (o la manera en que esta se ha ido desdibujando) desde su inclusión como principio rector en la creación de los contratos en el Código Civil decimonónico. En segundo lugar, la diferencia entre los contratos llamados “paritarios”, que más se acercan al paradigma contractual del siglo XIX, y los “predispuestos”, que materializan y acentúan aquellas diferencias en el poder negocial y capacidades técnicas de las partes. Por último se abordarán una serie de temas que también rodean al fenómeno del consentimiento en los contratos y permiten entenderlo, como la buena fe y la cooperación entre las partes que deriva de ella, el riesgo, y algunas nociones adicionales sobre el ya mencionado período precontractual.

### *I.C.1. Bases constitucionales del derecho contractual*

Uno de los principales aspectos prácticos a considerar en relación a la autonomía de la voluntad es que no puede limitarse al esquema del CCiv. (en donde sin mayores limitaciones se libra a las partes para que acuerden lo que les plazca). En este sentido, nuestro paradigma de Estado constitucional de derecho (que nuestro máximo tribunal ha ido –y sigue– construyendo pretorianamente) significa que la Constitución de la Nación Argentina tiene fuerza normativa vinculante e irradia sus contenidos sustanciales al resto de nuestro ordenamiento, así como a todas las relaciones verticales (entre las

personas y el Estado) y horizontales (entre las personas entre sí). Por lo que consecuentemente no se puede pensar a la autonomía de la voluntad como abstraída del resto del sistema, sino que debe ajustarse a lo que exige el paradigma descrito, que nulifica todo vínculo que lo vulnere. Esto así también para aquellas relaciones nacidas bajo las normas del Nuevo CCyCN, que aun habiendo sido ideado y presentado como una constitucionalización y adecuación del derecho civil a la jurisprudencia y doctrina imperante, no se encuentra exento de transgredir este paradigma en casos concretos.

Un claro ejemplo de los efectos invalidatorios que tiene nuestro paradigma de Estado constitucional de derecho sobre aquellas relaciones que lo transgreden es el caso “Hertzriken Luciano y otro c/ Sanfuentes Fernández”.<sup>4</sup> Allí, una pareja judía que se vio imposibilitada de alquilar un departamento inició una demanda por daños y perjuicios contra la propietaria del inmueble, que se rehusó a tener inquilinos de determinada creencia religiosa u origen racial. El tribunal resolvió favorablemente para la pareja, utilizando como uno de sus fundamentos el paradigma constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos imperante que, como señaló el tribunal, orquesta parámetros jurídicos obligatorios para nuestro país. También en esta sentencia se dijo que “la intimidad del ámbito donde se expresaron las ideas no puede servir de válido eximente para dejar inmune una violación a la CN, ni tampoco para tomar decisiones arbitrarias”.

Al ser el contrato principalmente un instrumento de cambio, aunque en nuestro sistema jurídico se puede instrumentar también una liberalidad, la autonomía de la voluntad, que encuentra su sustento constitucional en el juego armónico de los artículos 14, 19, 28 y 33 de la CN, se erige como un pilar del sistema capitalista en tanto y en cuanto permite la realización del derecho a comerciar libremente y a obtener réditos de la explotación de la propiedad privada, con arreglo a los límites que se imponen a través del orden público, es decir, aquellas cuestiones que nuestro derecho positivo remueve de la esfera de negociación de las partes. Esta injerencia del orden público sobre las facultades decisorias de las partes en la modernidad tiende a un “orden público protectorio”, que resguarda a la parte más débil o vulnerable de determinada relación jurídica. Es así que si bien el contrato reúne

4. CNCIV - Sala J - sentencia del 30/10/2006, *Hertzriken, Luciano y otro c/ Sanfuentes Fernández, Magdalena s/ daños y perjuicios* - ED 220-266.

las características mencionadas al principio de este párrafo, además tiene una dimensión o fin adicional: la realización del progreso no solo económico, sino también ético y social de las comunidades.

En principio, siempre que se respete las normas constitucionales, las partes pueden efectuar operaciones económicas instrumentadas en contratos y contar con la protección del derecho, en especial de los institutos protectorios en materia contractual. En otras palabras, si bien hay libertad de contratar, ese derecho no es absoluto. Esto entra en evidencia, como analizaremos a continuación, cuando el Estado se ve obligado a intervenir en las políticas económicas y jurídicas para garantizar el bienestar de los ciudadanos.

El Estado argentino en sus tres poderes (o mejor dicho funciones) tiene políticas criminales, sociales, económicas, ambientales, de seguridad y de salud, entre tantas otras. Estas políticas se manifiestan a través de regulación administrativa, legislación y jurisprudencia, y se efectivizan a través del ejercicio de las facultades estatales por parte de los tres poderes. Si bien puede ser que los tres poderes no estén en consonancia, comparten un mismo objetivo: velar por la protección del orden público y el bien común para garantizar la vida en sociedad.

En este sentido, por ejemplo, se sanciona con nulidad y se penaliza todo contrato que tenga por objeto o fin cometer un delito penal. Así también, en épocas de crisis sociales y económicas, se ha restringido la autonomía de la voluntad de los locadores habiendo crisis habitacional (“Ercolano”), como también se ha impuesto la pesificación de montos en dólares estadounidenses y la prohibición de actualizar precios a través de índices habiendo el Estado entrado en estado de cesación de pagos (art. 4 Ley 25.561). Con los mismos fundamentos, el Estado también regula la competencia en los distintos mercados de forma general y particular (piénsese en el mercado de servicios de comunicación audiovisual, por ejemplo). Todos estos ejemplos suponen algún tipo de intervención por parte del Estado en la celebración de distintos contratos.

### *I.C.2. Negociación y predisposición contractual*

No obstante, el meollo de la autonomía de la voluntad está en cómo se lleva a cabo la negociación de las cláusulas y condiciones de contratación en las distintas operaciones económicas que se instrumentan a través de

un contrato, y cómo reacciona el derecho frente a este hecho en términos reales. Entonces, lo importante es lo que ocurre durante las tratativas pre-contractuales.

De la capacidad de negociación depende en gran parte la posibilidad de una o de ambas partes de obtener y maximizar réditos en una determinada operación económica. Es decir, quien negocia mejor, obtiene mejores beneficios. En este orden de ideas, si bien todos son libres para contratar, no todas las personas son iguales, por lo que se puede afirmar que entre las partes, por lo general, existen “desigualdades negociales”.

No todas las personas negocian de la misma forma. Los límites a los que las partes están sujetos a la hora de negociar pueden resumirse en dos: los recursos (económicos o técnicos) que estas poseen y la naturaleza de la operación económica. Si por alguna de estas dos aristas una parte tiene más ventajas por sobre la otra, lo más probable es que la parte que posea la ventaja aproveche esa situación para imponer condiciones de contratación más ventajosas a su favor. Esto en sí, no es ilícito, pero cuando esta ventaja se ejerce al extremo de poner en detrimento los derechos de la contraparte, el derecho se ve obligado a dar una respuesta.

Dicha respuesta yace principalmente en una de las reglas más básicas del derecho argentino en materia contractual: la teoría de la equivalencia de las prestaciones. Para que un contrato sea lícito y válido conforme con el derecho argentino debe haber un equilibrio entre los derechos y obligaciones de cada una de las partes. En caso contrario, se presumirá que hubo un vicio en el consentimiento, y como principal remedio se otorgará el reajuste equitativo de las prestaciones. Esta es la lógica de institutos como la lesión y las cláusulas abusivas.

Ahora bien, la realidad que queremos exponer es compleja. Como bien se dijo los límites de la capacidad de la negociación tienen que ver con los recursos con los que cuentan las partes y la naturaleza de las actividades económicas. Nuestro sistema económico prima a quien genera valor agregado, es decir, riquezas, y le otorga mayores posibilidades de obtener recursos, que de ser invertidos adecuadamente pueden generar aún más riquezas. La acumulación de riquezas, por un lado, es una arista importante.

Por el otro, también son importantes las necesidades de las personas y, sobre todo, teniendo en cuenta la magnitud de la población mundial, es igual de importante el modo en que estas necesidades son satisfechas. Hoy en día, los bienes y servicios se producen, prestan y comercializan en masa y

en serie. Esto genera un escenario paradójico: por una parte, las empresas, quienes se encargan de satisfacer estas necesidades, ven necesario contratar en masa y de forma uniforme para poder llevar a cabo su actividad de manera normal y, por la otra, tienen una ventaja económica –debido a su rol de generadores de riqueza– que les permite imponer las condiciones de contratación. Este fenómeno se conoce en el derecho como predisposición contractual.

Es importante remarcar que la predisposición implica además de la ventaja económica del predisponente, muchas veces una ventaja técnica también. Así, por ejemplo en el marco de los contratos informáticos es prevalente el desequilibrio técnico entre proveedor y contratante o usuario, y no así necesariamente el desequilibrio económico (el Estado es uno de los principales adquirentes de servicios informáticos).

En muchas ocasiones, es el mismo Estado que por razones de orden público impone las condiciones de contratación. Un ejemplo de esto es el Derecho del Transporte, cuyas condiciones generales de contratación están plasmadas en leyes, decretos y resoluciones de los distintos Ministerios (por ejemplo, la resolución 1532/98), a pesar de ser una actividad netamente comercial. En otras tantas, en pos de garantizar el bienestar general de sus ciudadanos, el Estado se ve obligado a tomar medidas para garantizar la protección de aquellas personas que se ven vulneradas y marginalizadas por el aprovechamiento abusivo del poder de predisposición de las empresas, siendo los dos casos más paradigmáticos el Derecho de la Competencia y el Derecho del Consumidor.

A todo esto, se suma otro caso incluso más paradigmático, en el cual el Estado por razones de orden público impone la obligación de contratar, como es el caso de la contratación seguros de responsabilidad civil ante la obtención de la titularidad de un automóvil.

Un riesgo inherente al fenómeno de la predisposición contractual es que al redactarse este contrato en serie y estipular lo mismo para un amplio número de personas, una modificación en las cláusulas y condiciones de contratación puede generar un daño a un grupo indeterminado de contratantes que, por lo general, son consumidores. En otras palabras, debido al volumen de operaciones celebradas por una determinada persona a través de la predisposición contractual, esta persona puede llegar a generar un daño colectivo.

Esto es lo que ha ocurrido en el caso IN RE: Gmail Litigation,<sup>5</sup> iniciado ante el Tribunal Federal de Primera Instancia para el Distrito Norte de California. Una modificación de las condiciones del servicio de Gmail, entre otros servicios de la compañía Google, le permitió a la empresa valerse de la “lectura” automatizada de correos electrónicos enviados desde una cuenta de Gmail o recibidos por ella, para vender información con fines de colocar publicidad localizada.

Ahora bien, esta acción de clase consolidada fue desestimada<sup>6</sup> por el Tribunal en tanto y en cuanto en la demanda colectiva se alegó que los miembros de las distintas clases demandantes no habían prestado su consentimiento a dichas modificaciones en las condiciones del servicio de Gmail. En la resolución que desestimó la causa, el Tribunal aclaró que para que una acción colectiva o una acción de clase prosperen se debe aducir y probar un hecho y un daño colectivo. En este sentido, probar que cada demandado no ha prestado su consentimiento a las modificaciones de las condiciones del servicio de Gmail sería imposible y hartamente costoso en una acción de clase. De todos modos, más allá del fracaso de la acción, el conocimiento público de la causa llevó a que Google revisara sus programas de forma tal que no se afecte la privacidad de sus usuarios.

En Argentina, el daño colectivo está reconocido en el artículo 1737 del CCyCN, en tanto y en cuanto los artículos 14 y 240 del CCyCN reconocen los derechos de incidencia colectiva, y prohíbe todo ejercicio abusivo de los derechos individuales que afecten al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. La legitimación activa (art. 43 CN) en materia de acciones colectivas corresponde al Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

5. United States District Court Northern District of California San Jose Division, In re Google Inc. Gmail Litigation, “Consolidated First Amended Class Action Complaint”, California, EE.UU., 07/03/2013, consultado el 30/09/2013 en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1341&context=historical>

6. United States District Court Northern District of California San Jose Division, In re Google Inc. Gmail Litigation, “Order Denying Plaintiffs’ Motion For Class Certification”, California, EE.UU. 18/03/2014, consultado el 10/04/2015 en: [https://privacyassociation.org/media/pdf/publications/Order\\_denying\\_Class\\_gmail.pdf](https://privacyassociation.org/media/pdf/publications/Order_denying_Class_gmail.pdf)

Los fundamentos del proyecto motivan la inclusión de estas provisiones en el precedente Halabi.<sup>7</sup> En el fallo CSJN indicó en materia de acciones colectivas, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando este pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Asimismo, los fundamentos del proyecto indican que a través de la acción colectiva y el daño colectivo también se protegen los derechos individuales homogéneos, esto es, casos en los que una causa común afecta a una pluralidad de derechos.

### *I.C.3. Ejercicio positivo de la autonomía de la voluntad*

De todas formas, no todo es límite en materia de la autonomía de la voluntad. También hay bases objetivas para el ejercicio positivo y razonable de la autonomía de la voluntad, como lo es el principio de buena fe. El ejercicio de la autonomía de la voluntad no solo es importante por motivos de intercambio, sino también por otros motivos que exceden el mero intercambio: en primer lugar, el contrato puede construirse como un instrumento de previsión de riesgo, en segundo lugar, el contrato también puede construirse como un instrumento de coordinación de esfuerzos conjuntos.

El contrato como instrumento de coordinación y de previsión de riesgos, junto con el ejercicio de la buena fe en la contratación, se efectiviza a través del ejercicio de los deberes de colaboración e información durante la etapa precontractual. Al saber que toda operación económica tiene un riesgo inherente, es útil para las partes contar con toda la información posible a la hora de negociar a los fines de disminuir el riesgo y, de no ser posible, distribuirlo conforme con bases equitativas y razonables entre las partes. Asimismo, las partes deben colaborar entre sí durante la etapa precontractual: no solo deben actuar conforme con el estándar de la buena fe, sino que tienen que hacer todos los actos preparatorios necesarios como para que la ejecución del contrato sea lo más perfecta posible. El cumplimiento de estos dos deberes hace que la negociación sea óptima y, en consecuencia,

7. CSJN “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986” 24/02/2009, consultado el 05/06/2015 en: <http://www.iprofesional.com/notas/78867-Fallo-Halabi-Ernesto-c-PEN---ley-25873---dto-156304-s-amparo-ley-16986>

se genere entre las partes la posibilidad de obtener mayores beneficios en la ejecución de un contrato.

Como ejemplos claros de esto se puede citar: los contratos de colaboración empresaria, el transporte de mercaderías, en especial cuando la mercadería es peligrosa, el fideicomiso con fines de inversión, el mandato irrevocable fundado en un interés conjunto de mandante y mandatario, y los contratos de prestación de servicios de salud, en especial a nivel profesional.

En este sentido, debe notarse, a modo de conclusión, que la autonomía de la voluntad no es una mera formalidad jurídica limitada por el orden público en tanto y en cuanto: 1) la autonomía de la voluntad es esencial para la realización de las actividades de intercambio sobre las cuales está sostenido el sistema económico capitalista, y 2) la autonomía de la voluntad supone un esfuerzo de las partes, conforme con el principio de la buena fe, para lograr una negociación óptima que genere beneficios para ambas partes.

II. Objeto: En términos prácticos, el objeto de un contrato está conformado por la operación económica de un contrato, a la cual el derecho le inviste los caracteres de acto jurídico, obligaciones, prestación e interés, que, mediando consentimiento válido entre las partes y no habiendo ningún límite de naturaleza legal, obliga legalmente a ambas partes al cumplimiento de esa operación económica.

En el derecho, el contrato es un acto jurídico (bilateral y patrimonial) conformado por obligaciones, las que a su vez están conformadas por prestaciones, que según el derecho pueden consistir en dar un bien, hacer algo o no hacerlo, pero que en la práctica contractual consisten en la ejecución de una operación económica. A los fines de este trabajo, operación económica hará referencia al intercambio de bienes y servicios, y a las liberalidades de una parte hacia la otra.

Asimismo, el derecho (art. 1003 CCyCN y cc.) determina los requisitos que el objeto de un contrato debe reunir para ser legalmente válido. Estos son: posibilidad, determinación, patrimonialidad, y licitud. Analizaremos cada uno de ellos pormenorizadamente.

II.A. Posibilidad: Este requisito en su faz negativa implica que una operación jurídica o económica imposible de ejecutar no puede ser objeto de un contrato. Esta construcción es dogmática y tiene por efecto la sanción

de nulidad. Sin embargo, resulta extraño que las partes estén dispuestas a celebrar un contrato cuyo objeto es imposible.

En su faz positiva, este requisito implica mantener la validez del contrato mientras sea posible de ejecutar, y en la medida que ello le siga generando provecho a las partes. En torno a esto, es importante analizar institutos jurídicos tales como los principios de interpretación, las garantías contractuales, la teoría de la imprevisión, y la imposibilidad de cumplimiento.

### *II.A.1. Interpretación*

La interpretación involucra el reconocimiento y la recreación del significado de una norma jurídica existente sobre la cual hay un problema con respecto a su claridad o su precisión. Desarrollamos esta temática de acuerdo con los siguientes puntos: 1) posibilidad e imposibilidad, 2) análisis sistémico y 3) texto y contexto.

#### *II.A.1.a) Interpretación y validez*

El artículo 1066 del CCyCN regula bajo el nombre de “principio de conservación” la regla por la cual en una cláusula ambigua que dé a entender un significado que torna la cláusula nula y otra interpretación que la torne válida, se primará la validez de la cláusula en la medida que esa opción sea adecuada al objeto del contrato.

Explicaremos esto a través de un ejemplo un tanto burdo:

“La garantía del automóvil durará por 6 meses a partir de la entrega del auto o hasta los 100.000 kilómetros de uso”.

Supongamos para este ejemplo que la compraventa se hizo en el marco de una relación de consumo. Supongamos, asimismo, que el automóvil es o km. Con estos supuestos, tenemos que tener en cuenta que la garantía legal es de 6 meses. Por lo tanto, si el consumidor hace 100.000 km, ¿persiste la garantía legal?

- 1) Si la respuesta es no, el resultado es que la cláusula es nula e inoponible al consumidor, en virtud del instituto de las cláusulas abusivas, y el juez impondrá la garantía legal.
- 2) Si la respuesta es sí, quiere decir que el juez ha interpretado que la cláusula es válida en tanto y en cuanto los 6 meses son la garantía legal, aun válida, y los 100.000 km una garantía convencional extinta.

En similar sentido, el CCyCN regula cómo se interpreta una cláusula ambigua que provee dos significados jurídicamente válidos a través del principio *favor debitoris* el cual opera de distinto modo según se trate de un contrato oneroso o uno gratuito:

“Cuando [...] persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado, y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes” (artículo 1068, CCyCN).

En este sentido, se puede decir que esta regla está estrechamente relacionada a institutos como la lesión, el abuso del derecho o las cláusulas abusivas.

### *II.A.1.b) Interpretación sistémica*

Otros principios de interpretación, en cambio, se centran sobre la reconstrucción del contrato para que sea funcional a la intención de las partes (Arts. 1061 y 1065, CCyCN). El derecho argentino crea institutos para determinar esta intención, en especial, al tener en cuenta la conducta de las partes y al estudiar al contrato como un sistema.

En este orden de ideas, la doctrina de los actos propios es de gran relevancia, en tanto y en cuanto las conductas de las partes son una de las mejores pruebas de la voluntad de las partes (art. 1065 CCyCN). Hay un fallo un tanto controversial<sup>8</sup> que puede resultar didáctico a la hora de explicar esta doctrina. Resulta que un matrimonio decide contratar un servicio de fertilización asistida. De esa fertilización se crean varios embriones, uno se implanta con éxito y de ahí nace el primogénito de la pareja. Un par de meses después, la pareja se divorcia. En pleno trámite del juicio de separación, la mujer decide implantarse un nuevo embrión, a lo que el varón se niega y entabla la demanda que llevó al fallo de cámara en cuestión. El tribunal falló a favor de la mujer mediante la aplicación de la doctrina de los actos propios con respecto a la conducta del varón. Básicamente, el tribunal entendió que contratar con el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER) para tener

8. CNCIV - Sala J - sentencia del 13/09/2011, *P. A. c/ S. A. C. s/ Medidas Precautorias* - Accedido en [<http://revista.cpacf.org.ar/Revista003/Jurisprudencia%20Rev%2003/Implante.pdf>] el 29/06/2014.

hijos, indica la voluntad de tener hijos, por lo tanto, por aplicación de la doctrina de los actos propios, la parte no puede alegar que no quiere tener hijos con su futura ex cónyuge. En síntesis, lo que esta doctrina impone es una prohibición a las partes de contradecir su conducta anterior jurídicamente relevante, en especial en el marco de un juicio. En este respecto, el CCyCN en su artículo 1067 indica que la prohibición que se le impone a las partes de contradecir sus conductas jurídicas relevantes hace a la protección de la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente.

Asimismo, un contrato puede analizarse desde un punto de vista sistémico. A nuestro entender, este enfoque, el cual desarrollaremos a continuación, está acogido en parte por el artículo 1065 del CCyCN el cual dispone que las fuentes de interpretación del contrato, en caso de fallar la interpretación de los términos en forma particular o la reconstrucción del sentido global del texto por el contexto, son: a) las circunstancias por las cuales se celebró el contrato y las tratativas precontractuales, b) las conductas de las partes, incluso las posteriores, y, c) la naturaleza y la finalidad del contrato.<sup>9</sup>

Para analizar el punto de vista sistémico, hay que tener en cuenta que detrás de todo contrato hay un negocio jurídico que contiene un sistema de operaciones económicas que deberían funcionar como una. Para desarrollar esta idea nos centraremos en 1) la naturaleza de la operación, 2) los usos y costumbres, y 3) el texto y la situación comunicativa del contrato.

En primer lugar, la naturaleza de la operación es útil para la interpretación sistémica del contrato en cuanto traza la línea divisoria entre lo posible y lo imposible. También determina en gran parte el contenido del contrato al ser el objeto del contrato.

En segundo lugar, los usos y costumbres (art. 1063, CCyCN)<sup>10</sup> funcionan como una especie de estandarización de cómo debería realizarse esta operación. Para entender esto, es necesario explicar la lógica del derecho contractual. El razonamiento deductivo es el que se utiliza por defecto para la resolución de conflictos en el Derecho argentino, en el cual la ley es princi-

9. Nótese a lo largo de este texto la inclusión de normativa en el Código Civil y Comercial de la Nación (2014) con miras a reforzar la importancia de la causa fin de los contratos, la cual antes se fundaba en el “estiramiento” de los artículos 503 y 504 del Código Civil [Ley 340 t.o.] por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

10. En el CCyCN, los usos y costumbres más que como principio se plantean como excepción a la regla general.

pal fuente de derecho, por lo tanto, se falla con la estructura *regla general*><*caso particular*>*resolución*. En cambio, la creación de los tipos contractuales parte de una lógica inductiva *caso particular*>*regla general*>*resolución*. Lo que sucede es lo siguiente: la gente contrata porque tiene que satisfacer necesidades económicas, no porque a un legislador se le ocurrió que sería una gran idea que la gente celebrara los contratos que él saca de su galera. Ahora bien, estas necesidades y las formas de satisfacerlas a través de contratos pueden ser y han sido homogéneas. Esto ha permitido la creación, vía usos y costumbres, de contratos con tipicidad social, es decir aquellos que se encuentran instalados en la conciencia social, y a través de su cotidianidad social y jurídica tienen un tratamiento casi uniforme en la práctica. Luego, cuando los legisladores lo han estimado conveniente y necesario, han estandarizado esos tipos de contratos y le han otorgado tipicidad legal. En otras palabras, las reglas generales de los contratos nacen a partir de las necesidades particulares de las partes, por ello, puede concluirse que la lógica del derecho contractual es inductiva, y que los usos y costumbres, dentro de lo posible del objeto, delimitan lo usual o lo estandarizado del objeto en materia de interpretación de los contratos.

#### *II.A.1.c) Interpretación del texto y situación comunicativa del contrato*

Por último, queda analizar el texto y la situación comunicativa del contrato. Para poder entender este último punto hay que partir de un análisis lingüístico del contrato. Sin embargo, primero citaremos los principios jurídicos relevantes:

- Ante la existencia de leyes o convenciones particulares que impongan la interpretación restrictiva de un término, ese término se interpretará con el alcance restrictivo que la ley o las partes le dieron, salvo que el contrato haya sido predispuerto o tenga finalidad de consumo (art. 1062 CCyCN).
- En principio, los términos de un contrato se interpretan por su significado general, salvo que otro surja de una interpretación restrictiva lícita o de los usos y costumbres (art. 1063 CCyCN).
- Las cláusulas de los contratos se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto (art. 1064 CCyCN).

- Asimismo, son aplicables a la interpretación de los contratos las fuentes de interpretación legal mencionadas en los artículos 1 y 2 CCyCN, a saber: la CN, los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, la finalidad de las leyes en particular y sus leyes análogas, los principios y valores jurídicos, y los usos, prácticas y costumbres.

Estos principios son de por sí claros, pero cómo el juez los aplica depende de cómo se haya construido el contrato y de cuál sea la corriente jus-filosófica del juez en esta materia. Para explicar nuestra posición, analizaremos esta cuestión a partir de la noción de texto y situación comunicativa.

El contrato, como *texto* en forma escrita, posee a grandes rasgos las siguientes características:

- Es un texto expositivo-instructivo cuya función pragmática es indicar cómo debe llevarse a cabo una operación económica, y enumerar los derechos y obligaciones de las partes.
- Contiene todos los elementos esenciales a un contrato: consentimiento, objeto y causa fin.
- El consentimiento se expresa, por lo general, a través de la definición de las partes y las firmas de ellas.
- El objeto está determinado principalmente por la operación económica y la situación comunicativa en la que se da.
- Es un texto formal, cuyo estilo de redacción y terminología se decide en torno a dos estándares: la naturaleza y la complejidad de la operación económica, por un lado, y la capacidad de las partes de comprender todo lo relativo al contrato, por el otro.
- Está escrito en tercera persona impersonal, se refiere a las partes en tercera persona.
- Los hechos, manifestaciones y garantías se redactan en presente histórico, mientras que, las obligaciones se expresan a través de alguno de estos patrones: 1) “se obliga a” + infinitivo, 2) debe/deberá + infinitivo, o 3) verbo en futuro, y, los derechos y facultades se expresan a través de patrones como: 1) “tiene derecho a” + infinitivo, y 2) puede/podrá + infinitivo.

Ahora bien, ¿cuál es la *situación comunicativa* de un contrato? Para dilucidarlo, haremos análisis sobre las partes, quienes vienen a ocupar los roles de emisor y receptor del texto del contrato.

Como se ha explicado en el párrafo anterior, las condiciones de las partes no siempre son equitativas y su capacidad de negociación depende principalmente de dos factores: la posesión de los recursos y medios de producción necesarios para ejecutar la operación económica, y el conocimiento de las vicisitudes de la operación económica. Esto traza la línea entre si el contrato será paritario o predispuesto.

Paralelamente, el contexto actual que aporta el ordenamiento jurídico nos lleva a diferenciar a grandes rasgos dos tipos de contratos: los contratos entre empresas o entre particulares con fines comerciales, y los contratos de consumo. Esto se debe principalmente a que los contratos de consumo, a diferencia de los contratos con fines comerciales, estarán protegidos por el plexo normativo del Sistema de Defensa del Consumidor con institutos tales como la interpretación pro consumidor (art. 3 LDC, art. 1095 CCyCN), los controles de inclusión y contenido (art. 10 LDC, art. 985 CCyCN) y las cláusulas abusivas (art. 37 LDC, art. 988 CCyCN), entre otros.

Todo esto, nos lleva a razonar que el contrato está construido en torno a las necesidades, recursos e información de las partes. El artículo 42 de la CN adopta los derechos del consumidor como clase socio-jurídica, entre ellos, el derecho a la información. Ahora bien, la información es tan central a la construcción de un contrato, que ella es incluso un derecho fundamental para los que contratan con fines comerciales.

Conforme con el artículo 42 de la CN el derecho a la información se efectiviza al otorgar información “veraz y adecuada”. La importancia de la veracidad de la información está en la transparencia y en la buena fe (art. 1061 CCyCN). Asimismo, la información es adecuada cuando es clara y precisa. Claro es aquel enunciado que no produce dudas respecto de su significado, mientras que, preciso es el enunciado que logra el efecto pretendido por sus enunciantes.

En otras palabras, el artículo 42 de la CN provee una serie de principios que impregnan los principios de interpretación que reconstruyen el contrato como texto, y que cambian el paradigma de interpretación, en donde se prioriza la intención de las partes y la protección de las partes por sobre el significado particular que deba tener una palabra.

## II.A.2. Garantías contractuales

Las *garantías contractuales* son importantes dado que generan una obligación de sanear todo vicio que pueda impedir el cumplimiento del contrato o la satisfacción del interés del acreedor una vez cumplido el contrato. Si bien las garantías son cláusulas naturales y por la autonomía de la voluntad pueden variar en su contenido, hay dos garantías que son de especial importancia para el legislador: la garantía de evicción y la garantía de vicios redhibitorios.

La garantía de evicción (art. 1044 y ss. CCyCN) genera tres obligaciones, de las cuales las primeras dos garantizan el cumplimiento, y en última instancia se provee un resarcimiento. La primera obligación en la garantía de evicción es mantener la indemnidad de la contraparte contra turbaciones de hecho y de derecho por parte de terceros y del enajenante, y la segunda, en caso de corresponder, asistir en la defensa técnica en juicio o arbitraje cuando se cuestiona el título del garantido. Esta garantía cobra especial importancia en operaciones como compraventas de inmuebles, alquileres (locación de inmuebles) y licencias de uso de software, entre otras.

La garantía de vicios redhibitorios obliga al garante a indemnizar al garantido ante un vicio oculto que impide el uso del bien garantido (aunque puede incluir también los vicios evidentes, en especial, en el marco de una relación de consumo), de dos modos: 1) resolver el contrato con devolución de lo dado en concepto del contrato, y 2) reducir el precio del contrato (lo que se conoce como acción *quantum minoris*). El CCyCN en su artículo 1037 el da al adquirente tres posibilidades de sanear el vicio: 1) subsanación del vicio, 2) sustitución del bien, y 3) resolución. Siempre queda a salvo, sin embargo, el derecho a peticionar daños (art. 1040 CCyCN).

El garante puede ofrecer la reparación de la cosa (art. 1057 CCyCN). En este caso, el adquirente no podrá resolver el contrato. Sin embargo, ante la pérdida total o parcial del objeto, el riesgo debería ser soportado por el garante (art. 1058 CCyCN).

Ahora bien, en materia de defensa del consumidor la garantía de vicios redhibitorios se aplica en paralelo a la garantía legal, cuyo plazo mínimo es de 6 meses para los bienes nuevos, y de 3 para los usados. Esta garantía legal se aplica a cosas muebles no consumibles (art. 11 LDC), opera de pleno derecho y otorga los siguientes derechos:

- indemnización por vicios de cualquier índole (Arts. 11 y 17, Ley 24240 t.o.),
- servicio técnico, reparación y provisión de repuestos (art. 12, Ley 24240 t.o.),
- sustitución del bien por otro idéntico (Arts.10 bis y 17, Ley 24240 t.o.), e,
- indemnización por vicios redhibitorios (art. 18, Ley 24240 t.o.).

### II.A.3. Teoría de la imprevisión

Otro instituto de especial relevancia es la *teoría de la imprevisión*.<sup>11</sup> Este es otro instituto que como segundo remedio otorga el ajuste equitativo de las prestaciones (el remedio principal es la extinción). En este sentido, una de las miras de la teoría de la imprevisión es remediar una situación que podría generar la imposibilidad de cumplimiento. El instituto se aplica ante todo contrato oneroso y en curso de ejecución que por factores imprevisibles y externos al alea y riesgo normal del contrato se vuelve excesivamente oneroso para una de las partes.

Un instituto con similar construcción es la *excesiva onerosidad* el cual se aplica en materia de contratos internacionales y está regulado dentro de los Principios UNIDROIT. Según esta norma, el principio es cumplir el contrato aunque se torne oneroso para una de las partes, excepcionalmente, operan las disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (artículo 6.2.1).

Este instituto opera cuando el equilibrio de un contrato se altera fundamentalmente, bien porque incrementa el costo o disminuye el valor de una de las contraprestaciones, por el acontecimiento de eventos imprevisibles

11. Hay discusiones doctrinarias acerca de si en este artículo se habla de “teoría de la imprevisión” o de “excesiva onerosidad”. Este instituto es idéntico, salvo ciertos matices, a la “excesiva onerosidad” postulada en los principios UNIDROIT sobre los contratos civiles y comerciales, que tiene como fuentes a la “excesiva onerosidad” italiana, la “imprevisión” francesa y la “hardship” anglo-estadounidense, entre otras. Puede afirmarse que, más allá del nombre o de su fuente moderna, este instituto tiene fundamento en el principio del derecho de los contratos “*rebus sic stantibus*” por el cual los contratos tienen fuerza vinculante en tanto y en cuanto las circunstancias que motivaron las condiciones de contratación se mantengan en el mismo estado que al momento de la celebración del contrato.

para las partes, cuyo riesgo no asumieron y que son conocidos por las partes con posterioridad a la celebración del contrato (artículo 6.2.2).

La norma exige la alteración fundamental del equilibrio del contrato, la cual depende de cada caso en particular y no debe impedir el cumplimiento. En cuanto a la disminución del valor de una de las prestaciones, se incluyen tanto aquellas que derivan de un cambio drástico de las condiciones del mercado como las que derivan de la frustración del fin del contrato por circunstancias ajenas a las partes en tanto y en cuanto esta finalidad sea conocida por ambas partes. La norma también admite que los eventos sobrevinientes que generan la excesiva onerosidad se den de forma abrupta o gradual.

Este remedio aplica solo para las prestaciones en curso de ejecución o de ejecución diferida. Para esta norma, la excesiva onerosidad puede concurrir con la “fuerza mayor” (artículo 7.1.7). En ese caso, la parte afectada puede elegir qué remedio prefiere: si el reajuste (“excesiva onerosidad”) o la extinción (“fuerza mayor”).

Dados estos presupuestos, en primer lugar, se requiere que la parte afectada inicie negociaciones con la contraparte para reajustar el contrato previo a recurrir a la sede judicial (artículo 6.2.3). Esto no suele darse en contratos con montos actualizables, especialmente si el reajuste está previsto por la indexación. Durante la negociación, la suspensión del cumplimiento solo puede ser concedida en casos muy excepcionales. Además, la parte afectada debe observar el principio de buena fe (artículo 1.7) y el deber de cooperación (artículo 5.1.3) a la hora de alegar y renegociar casos de “excesiva onerosidad”.

La falta negligente de la celeridad en la renegociación del contrato puede resultar en una presunción judicial en contra de la parte afectada sobre la inexistencia de la “excesiva onerosidad”. Por ello, es importante que la renegociación se dé apenas surja o se detecte la “excesiva onerosidad”.

Asimismo, el pedido de reajuste debe ser completo, a los fines de que la contraparte pueda evaluar si el pedido de reajuste es justo y viable. El incumplimiento de esto también genera una presunción judicial en contra de la parte afectada.

Ante la negativa o la inacción de reajustar por parte de la contraparte, la parte afectada puede acudir a la sede judicial. En este caso, el tribunal puede optar entre dictar las condiciones de la extinción o reajustar las prestaciones. Esta elección se hace en base a la conveniencia de los remedios.

Si ninguno es conveniente, el tribunal puede ordenar el cumplimiento del contrato de conformidad con las condiciones originalmente pactadas.

#### *II.A.4. Imposibilidad de cumplimiento*

Queda, por último, desarrollar acerca de dos institutos relacionados a la imposibilidad de cumplimiento. Al discutir acerca de *caso fortuito* y *fuerza mayor*, se habla de dos institutos que constituyen causales de exención de responsabilidad ante el incumplimiento contractual en cuanto se genera la ruptura del nexo causal a causa de un hecho ajeno a las partes, el cual no les es imputable, y que impide el cumplimiento del contrato.

El CCyCN engloba en su artículo 955 al caso fortuito y a la fuerza mayor,<sup>12</sup> bajo la rótula de “imposibilidad de incumplimiento”. Asimismo, se agrega en el artículo 956 de la mencionada norma el supuesto de imposibilidad de cumplimiento temporaria, el cual permite extinguir el contrato cuando una obligación principal está sujeta a plazo esencial, o se frustra el interés perseguido por las partes de modo irreversible.

En cuanto al hecho ajeno en la imposibilidad de cumplimiento, es importante remarcar que para ser tal, el hecho debe haber ocurrido fuera de la esfera de la actividad y la responsabilidad de las partes, esto es, sin que medie culpa o dolo. En caso contrario, el hecho le será imputable a las partes. Lo mismo aplica si una de las partes hubiere cometido un acto ilícito o incurriere en mala fe. Asimismo, la imposibilidad de cumplimiento se juzga a partir de un criterio subjetivo: se tiene en cuenta las circunstancias particulares de las partes, y se decide, conforme con la buena fe, si a la parte le es posible jurídica y económicamente ejecutar la operación económica habiendo ocurrido este hecho ajeno a ella.

Ahora bien, se puede garantizar el cumplimiento de un contrato aun mediando caso fortuito o fuerza mayor a través de cláusulas naturales tales como la garantía de indemnidad. Este es un pacto en principio válido pero de interpretación restrictiva, en tanto y en cuanto la garantía de indemnidad constituye un traslado de riesgo del caso fortuito o fuerza mayor hacia el garante. Empero, en materia de defensa del consumidor esta cláusula puede

12. E incluso los trata como sinónimos (ver art. 1730 CCyCN).

ser considerada abusiva, anulada e integrada en los términos del artículo 37 de la Ley 24240 t.o.

II.B. Determinación: Este requisito implica que las vicisitudes principales de la operación económica sean determinadas con anterioridad a la celebración del contrato o determinables al momento de su ejecución. Este punto está relacionado a la concepción del contrato como una técnica para prevenir riesgos o asignar su carga a alguna de las partes. A su vez, la determinación del objeto permite analizar la equivalencia de las prestaciones, esto es, la base objetiva para oponer institutos como la lesión y las cláusulas abusivas. Por último, este punto tiene su relevancia en determinar cuándo hay incumplimiento en un contrato.

El CCyCN describe cómo deberá ser la determinación del objeto al momento de la contratación, admitiendo la posibilidad de que esté determinado o sea determinable.

En la primera parte del artículo 1005, se establece que al tratarse el objeto de bienes, estos deben estar determinados en género y especie, no siendo necesario especificar la cantidad. En su segunda parte establece que el objeto será determinable cuando se den los criterios necesarios para su especificación.

Por otra parte el artículo 1006 contempla la posibilidad de que un tercero determine el objeto, siempre que este vele por el respeto de los artículos precedentes (1003 y 1004), los cuales determinan qué objetos serán avalados y cuáles prohibidos. En caso de que la determinación del objeto determinable no tenga lugar ya sea por su imposibilidad, porque no se han tenido en cuentas los criterios establecidos por las partes, o porque no se respetaron los usos y costumbres, las partes podrán recurrir a la determinación judicial. Esta acción tramitará por la vía procesal más breve prevista por la jurisdicción donde se solicite.

### *II.B.1. Determinación y riesgo*

Como ya se ha ido discutiendo, el contrato funciona, en parte, como instrumento de prevención y asignación de riesgos. También se ha hecho referencia al contrato como el ropaje jurídico de una determinada operación económica. En igual sentido, habría que discutir el negocio jurídico, las

cláusulas naturales o de salvaguarda, el derecho a la información y la teoría de la equivalencia de las prestaciones.

El deber de cooperación, en especial el deber de información, que las contrapartes se deben entre sí tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la poscontractual tiene su fundamento en diversos motivos.

El primero se relaciona con la disminución del riesgo: a mayor información, mayor posibilidad de prever riesgos y disminuir el margen de pérdidas inherente a todo negocio. Esta elección, sin embargo, conlleva un costo en la medida que la información tiene un costo que se suma al de la operación económica objeto del contrato, por lo tanto, la información debe ser útil y recabada de forma eficiente a los fines de que se puedan maximizar las utilidades de dicha operación económica a favor de ambas partes.

En segundo lugar, el deber de información está relacionado a la distribución de riesgos, a la teoría de la equivalencia de las prestaciones y al poder de negociación entre las partes. La información es útil para dilucidar no solo cómo disminuir los riesgos, sino que parte está en mejores condiciones de asumir un determinado riesgo en caso de que ocurra.

Ahora bien, conforme a la teoría de la equivalencia de las prestaciones, si una parte asume un riesgo, debe haber una disminución en el valor de la prestación debida a la otra parte, en el sentido de que conforme con el derecho argentino las contraprestaciones en los contratos deben ser equitativas. En otras palabras, a mayor riesgo asumido, menor precio. Ese es el principio general, pero, para que esto se dé en la realidad, la información dada entre las partes debe generar una simetría en la información, y el poder de negociación de las partes debe ser equivalente.

No obstante, debido a la especificidad y el volumen de las operaciones económicas que se dan en la actualidad, lograr una simetría de la información entre partes puede ser costoso e incluso imposible. A esto debe sumarse el hecho de que quien posee los medios de producción tiene ventajas en la negociación por sobre quien necesita del producto. Como resultado, se genera la posibilidad a favor de quien posea mayor información y poder de negociación de trasladar los riesgos a la contraparte sin que esta última pueda reajustar equitativamente las contraprestaciones.

Frente a esta situación de traslado de riesgos que generan una ventaja desproporcionada hacia una parte, la parte afectada, según su posición jurídica puede pedir el reajuste equitativo de las prestaciones a través de institutos tales como la lesión, las cláusulas abusivas y el principio

de interpretación contra el estipulante en materia de contratación internacional (Principios UNIDROIT, artículo 4.6).

Relacionada a la idea del contrato como instrumento previsor de riesgo están las cláusulas naturales o de salvaguarda. Además de negociar cómo llevar a cabo la operación económica objeto del contrato, las partes también negocian acerca de cuestiones técnicamente jurídicas y contractuales destinadas a disminuir el riesgo de la operación económica, a saber: resolución de conflictos, extinción, incumplimiento, imposibilidad de cumplimiento, distribución de riesgos, interpretación, derecho aplicable, jurisdicción, etc. Todas estas cuestiones, si bien secundarias, junto con la operación principal conforman el negocio jurídico que da origen a un determinado contrato.

La importancia de las cláusulas naturales, conocidas por ser comunes a todos los contratos cuando las partes nada digan en contrario, reside en dos aspectos: el traslado de riesgos, como fue anteriormente discutido, y la negociación conforme al principio de la buena fe. Como ya se ha dicho, negociar de buena fe, esto es, cooperar entre partes para optimizar los beneficios de una determinada operación económica, trae aparejado no solo beneficios patrimoniales, sino que también permite la creación de una relación de confianza entre las partes. La creación de una relación de confianza sumada a la actitud previsor de las partes y del derecho asimismo otorga seguridad jurídica, lo que permite reducir costos de contratación y mantener relaciones a largo plazo, lo que redundará, dentro de este sistema económico, en la generación de mayores riquezas.

### *II.B.2. Teoría de la equivalencia de las prestaciones*

Seguiremos por el abordaje la determinación y la teoría de la equivalencia de las prestaciones. Tal como hemos dicho, acorde con esta teoría, y con el derecho argentino, las contraprestaciones de un contrato (lo que una parte debe a cambio de la otra) deben ser equitativas, esto es, generar un plexo de derechos y obligaciones de similar valor y carga en cada parte. Ciertas alteraciones en el balance de las contraprestaciones pueden generar un vicio en el contrato, lo que se remedia a través de institutos tales como la lesión, la teoría de la imprevisión y las cláusulas abusivas.

Regulada en el artículo 332 del CCyCN, la lesión es el instituto por el cual se ajustan equitativamente las prestaciones que han sido desproporcionadas al momento de originarse el contrato. Como hecho ilícito, la lesión se

considera un vicio del consentimiento en el cual: 1) una parte se aprovecha de 2) la inexperiencia, ligereza (debilidad síquica) o estado de necesidad de la otra parte 3) para imponer condiciones de contratación inequitativas a su favor. Habiéndose encontrado estos presupuestos, se configura la lesión, ante la cual como remedio se otorga la nulidad de la cláusula o contrato viciado, o el reajuste equitativo de las prestaciones, prefiriéndose el último remedio por sobre el primero.

En Argentina, las cláusulas abusivas (art. 37, LDC y art. 988 CCyCN) son un instituto particular del Sistema de Defensa del Consumidor, cuya aplicación ahora se extiende a todo tipo de contratos predispuestos. En materia de defensa del consumidor, el primer presupuesto para que opere este instituto es la existencia de una relación de consumo (art. 3, LDC), esto es, un vínculo jurídico entre consumidor y proveedor. Se consideran "...cláusulas abusivas las que afectan inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes" (Decreto Ley 1798/94). El artículo 37 de la LDC prescribe los siguientes estándares: 1) la desnaturalización de las obligaciones, 2) la renuncia o restricción de los derechos del consumidor, y 3) la ampliación de los derechos del proveedor. La configuración de cualquiera de estos presupuestos significa la abusividad de una cláusula. Asimismo, el artículo enumera dos tipos de cláusulas que son ineficaces de pleno derecho: 1) las que limitan la responsabilidad del daño, y 2) las que impongan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. También puede ser una cláusula abusiva, aquella que por su contenido, redacción o presentación no es razonablemente previsible (art. 988 inc. c) CCyCN). El remedio que se otorga ante una cláusula abusiva es, por un lado, su interpretación o, por el otro, su nulidad y, consecuentemente, su integración por el juez. En el artículo 964 del CCyCN se dispone el siguiente orden de prelación a la hora de integrar un contrato: 1) normas indisponibles (de orden público), 2) normas supletorias, y 3) los usos y costumbres del lugar de celebración.

Si bien la teoría de la equivalencia de las prestaciones es una construcción eficaz para garantizar la legalidad de los créditos considerados de forma individual, en ella no se incluyen institutos que den alguna especie de respuesta frente al fenómeno de los préstamos múltiples. En este sentido, un préstamo en sí puede ser equitativo conforme a la teoría de la equivalencia de las prestaciones y, no obstante, resultar gravoso para el deudor si se tiene en cuenta la totalidad de los créditos asumidos por el deudor.

A nuestro entender, esta situación está insuficientemente resuelta por el derecho argentino, en tanto y en cuanto no se penaliza a una persona que otorga créditos a sabiendas de que se está sobreendeudando a un deudor y el único remedio disponible para el deudor es el proceso concursal, con la gravedad que ello implica para su situación patrimonial. En este sentido, las herramientas de prevención están provistas en el artículo 42 CN, el derecho a la información y la protección del interés económico del consumidor, pero ello por sí solo es insuficiente.

### *II.B.3. Incumplimiento: responsabilidad y otros institutos aplicables*

Finalmente, queda discutir el último punto esencial en determinación. La determinación del objeto cumple la función de trazar la línea entre el cumplimiento y el incumplimiento de las obligaciones durante la etapa contractual y postcontractual. Esto permite asignar dos cosas: la responsabilidad ante el incumplimiento y cómo proceder ante el incumplimiento.

#### *II.B.3.a) Responsabilidad*

En primer lugar, desarrollaremos acerca de la responsabilidad contractual. Para ello hay que definir una serie de cuestiones. Primero, hay que analizar cuándo hay cumplimiento y cuándo incumplimiento. Más adelante, se analizará qué respuestas da el derecho de los contratos ante el incumplimiento, como los tipos de reparación viables, las defensas oponibles entre partes y las cláusulas contractuales que estipulan cómo proceder ante el incumplimiento.

Al analizar el incumplimiento, se parte del hecho de que la fuente de la responsabilidad civil contractual es el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Una diferenciación inicial en los contratos es distinguir entre las obligaciones principales y accesorias. Las obligaciones principales de un contrato son aquellas que están relacionadas a la ejecución de la operación principal del contrato. El resto de las obligaciones contractuales son accesorias a las obligaciones principales. En el artículo 857 del CCyCN, se regula que las obligaciones accesorias siguen la suerte de las obligaciones principales. De acuerdo con esta lógica, si se extinguen las obligaciones principales también lo harán las accesorias. Aunque excepcionalmente puede ser que haya

obligaciones accesorias sujetas a la condición suspensiva de que se extingan de modo normal las obligaciones principales, como la obligación de garantía que tiene el vendedor ante el comprador con respecto a la cosa vendida.

Otra diferenciación que puede resultar útil es si ciertas estipulaciones son manifestaciones o garantías. Las manifestaciones contractuales son meras declaraciones de hechos de la realidad. Por ello, no suelen generar responsabilidad. En cambio, una garantía es una declaración de obligarse a asegurar la indemnidad de la contraparte con respecto a una vicisitud del contrato. Al ser una obligación civil en cabeza del garante, la garantía es fuente de responsabilidad civil contractual. Por ejemplo, si en una cláusula de un contrato de locación con destino a vivienda urbana nos encontramos con una estipulación como “El Locador manifiesta que el inmueble se halla en buen estado y garantiza el inmueble por vicios redhibitorios”, la primera parte de la estipulación es una mera descripción de un hecho que no genera responsabilidad salvo que medie dolo, mientras que en la segunda parte de la estipulación el locador se obliga –de forma accesoria– a reparar todo vicio oculto que impida el uso de vivienda por el cual el locatario decide celebrar el contrato.

El principal remedio legal en materia de incumplimiento contractual es la ejecución forzada de las obligaciones (art. 777 CCyCN), que consiste en el pago de lo debido y, excepcionalmente, el pago de una indemnización monetaria (daños compensatorios).

En este sentido, pueden surgir las distintas variantes:

- Primero, el incumplimiento absoluto, esto es, la imposibilidad absoluta de cumplir con el objeto del contrato, cuando es imputable a una de las partes, de lo contrario, habría caso fortuito o fuerza mayor. En este caso corresponde la indemnización pecuniaria. En este supuesto puede encuadrarse el incumplimiento de obligaciones con plazos esenciales.
- Segundo, el incumplimiento tardío, esto es, un cumplimiento total pero fuera de término en un contrato cuyo plazo no es esencial. Ante ello, en principio opera la mora automática, de lo contrario, se debe constituir al deudor en mora (art. 886 CCyCN). En este caso corresponde una indemnización monetaria.
- Tercero, el incumplimiento defectuoso, esto es, un cumplimiento parcial, ante el cual la parte inocente puede optar entre el pago de lo debido y la indemnización monetaria.

Asimismo, la reparación del incumplimiento está sujeta al tipo de responsabilidad que opere. En el caso de la responsabilidad subjetiva, hay que probar el nexo de causalidad (art. 1726 y cc. CCyCN), y el dolo o la culpa (art. 1724 CCyCN), como es en el caso de las obligaciones de medios, mientras que, ante una responsabilidad objetiva (art. 1722 CCyCN) basta con probar el nexo de causalidad, como en las obligaciones de resultado.

Paralelamente, junto con la ejecución forzada, en aquellos supuestos en donde haya una violación grave a una ley y esa ley prescriba una sanción de índole civil, esta será aplicable de forma accesoria a la reparación. Un ejemplo de ello son los daños punitivos (art. 52bis, LDC), que proceden ante el incumplimiento grave de las disposiciones de la LDC.

Definidos los parámetros de la responsabilidad contractual, queda definir el alcance de la responsabilidad postcontractual. Cumplidas las obligaciones principales, el contrato se extingue. De todas formas, puede suceder que nuevas obligaciones surjan o que haya obligaciones pendientes de cumplimiento. Estas obligaciones están fundadas básicamente en el deber de buena fe y de no dañar (art. 1710 CCyCN), aunque también pueden surgir de leyes especiales o formar parte de un pacto especial dentro de un contrato. El incumplimiento de estas obligaciones genera responsabilidad civil en la etapa poscontractual.

Las obligaciones en la etapa poscontractual son, entre otras, los pactos de no concurrencia (como en la venta de fondos de comercio), las garantías contractuales (como la evicción), y el deber de confidencialidad. Desarrollaremos brevemente sobre ellas.

El pacto de no concurrencia es una cláusula accidental que es común en materia de venta de fondos de comercio (Ley 11.867). Esta cláusula consiste básicamente en un pacto por el cual una vez transferido el fondo de comercio y por un plazo razonable, el vendedor se obliga a no competir contra el comprador del fondo de comercio en el mismo rubro dentro de una determinada zona geográfica. Esta cláusula está fundamentada en la conservación del valor de llave del fondo de comercio. La jurisprudencia ha dicho que un plazo razonable de esta cláusula es aquel que no exceda el de la prescripción liberatoria.<sup>13</sup>

13. CNCom., Sala A, sentencia del 12-06-1998, *Farmacia Onix S.C.S. c. Blanco de Turro, Dolores y otro*, la ley, 1999-A, 108.

A esta altura ya hemos desarrollado acerca de las garantías contractuales, así como hemos explicado que ellas tienen validez especialmente después de la ejecución del contrato, como las garantías de servicio técnico, evicción y vicios redhibitorios en compraventa de cosas muebles e inmuebles, así como en contratos de ventas de licencias de uso. En este sentido, la garantía legal de seis meses para cosas nuevas en materia de defensa del consumidor se erige como un claro ejemplo de una obligación legal y contractual exigible una vez cumplida la ejecución principal, la venta de la cosa nueva (art. 11 Ley 24240 t.o.).

El deber de confidencialidad es otro de los deberes que trasvasa las tres etapas contractuales. Este deber está presente y estipulado en especial en los contratos de servicios, donde la relación de confianza entre el cliente y el prestador del servicio es central al contrato, y el secreto que el prestador de servicios se obliga a guardar tiene un valor comercial o un valor relacionado al derecho a la privacidad y a la intimidad. Este deber también está acogido por el derecho a través de la ley 24.766, la cual le otorga protección legal a la confidencialidad. Un ejemplo en particular de este deber surge también del artículo 85 de la Ley 20.744 t.o. Esta norma impone el deber de no divulgar secretos a los ingenieros de planta con posterioridad al cese de sus funciones.

Asimismo, como las partes deben obrar de buena fe entre sí aun después de la ejecución del contrato, todo acto que en relación a un contrato ya extinto genere un daño puede llegar a ser resarcido. En este sentido, se ha admitido en sede judicial el daño moral que un empleador (demandado) le ha causado a su ex empleado (actor) en el marco de una causa de estafa, de la cual el actor ha sido sobreseído. La decisión está fundada básicamente en el deber de no dañar (art. 1109 CCiv.). En este sentido, se ha encontrado que entre el daño y la relación laboral extinta hay una relación suficiente como para configurar un ilícito postcontractual.<sup>14</sup>

Cuando estas cláusulas están pactadas en un contrato el remedio que se utiliza para hacer valer dichas obligaciones es la ejecución forzada, de la forma ya explicada. Sin embargo, la responsabilidad poscontractual tiene fundamento en obligaciones legales, en la buena fe y en el principio de no

14. CNTRAB - Sala II - sentencia del 21/03/2006 - *Sebastiani Omar Horacio c/ Domenichelli Atilio Luis y otro s/despido* - S. 94114 Expte. 24190/03 -, elDial.com - AA33CB.

dañar, por lo que la esfera de responsabilidad es, en principio, extracontractual, y lo que se repara es el daño causado por la comisión de ilícitos poscontractuales.

### *II.B.3.a) Otros institutos ante el incumplimiento*

Queda, por último, desarrollar a partir de lo ya expuesto algunos de los institutos oponibles en materia de incumplimiento, como la excepción de incumplimiento y la extinción de los contratos.

El CCyCN regula en su art. 1031 la “suspensión de cumplimiento”, conocida en el CCiv. como “excepción de incumplimiento”. En el supuesto de que una de las partes reclame judicial o extrajudicialmente a la otra el cumplimiento, esta última podrá oponer este instituto para retardar el cumplimiento de su obligación (*incumplir*), siempre que la parte que demanda el cumplimiento sea ella misma incumplidora, sin necesidad de estar constituida en mora. Así, en el ámbito judicial, este instituto permite al demandado oponer su derecho a postergar el cumplimiento del contrato cuando la parte actora no haya cumplido las obligaciones a su cargo.

A su vez, el art. 1032 del CCyCN habilita a una de las partes suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia.

Una particularidad de este instituto es que invierte la carga de la prueba, y es la parte (actora) a la que se ha opuesto la excepción la que deberá probar haber cumplido, ofrecido cumplir, o que su obligación era a plazo y por lo tanto aún no exigible. Pretorianamente<sup>15</sup> y en la doctrina, se ha admitido la suspensión de cumplimiento en el supuesto de incumplimiento parcial por la parte actora, con la salvedad de que en este supuesto no se invierte la carga de la prueba, por lo tanto quien opone esta defensa deberá probar el incumplimiento parcial.

Otra cláusula *natural* en los contratos bilaterales relacionada al incumplimiento es la cláusula resolutoria implícita (art. 1088 CCyCN), que permite a una de las partes extinguir (extrajudicialmente o por acción judicial) el

15. Suprema Corte de Mendoza - sentencia del 30/05/1995, *Cuyo Pack S.R.L. c. Cuyo Placas S.A.* - LL 1995 - D - 668.

contrato frente al incumplimiento obligacional de la otra. Ante un incumplimiento categórico, en donde la prestación por tardía o insuficiente sea irrelevante para satisfacer el interés del acreedor, constituido el deudor en mora y requerido a cumplir su obligación contractual bajo apercibimiento de dar por resuelto el contrato, otorgándole un plazo no menor a 15 días, la parte cumplidora podrá dar por resuelto el contrato.

Si la parte requerida (incumplidora) cumple con la prestación a su cargo dentro del plazo, no se podrá ya resolver el contrato pero sí exigir el pago de daños y perjuicios derivados del cumplimiento tardío. Alternativamente, podrá demandarse (en el sentido procesal del término) judicialmente el cumplimiento o la resolución (si se demanda el cumplimiento podrá requerirse la resolución mientras no se haya cumplido, pero no el cumplimiento habiendo primero demandado la resolución). Al pretender extinguir el contrato necesariamente juegan cuestiones de interpretación (tal vez las dos partes no están de acuerdo en si cumplieron o no), así como los principios de buena fe y conservación de los contratos, y el instituto del abuso de derecho.

El artículo 1086 del CCyCN habilita a las partes a pactar expresamente esta facultad extintiva (cláusula resolutoria expresa), que no estará sujeta a lo dispuesto por imperio de la ley para el pacto comisorio tácito (por ejemplo, no será necesario otorgar un plazo de 15 días para cumplir, o que el incumplimiento sea grave o de la obligación principal).

En similar orden de ideas al pacto comisorio, los Principios UNIDROIT contienen el instituto del Incumplimiento Anticipado (artículo 7.3.3), que permite resolver el contrato cuando ya antes de la fecha de cumplimiento sea patente que la otra parte no cumplirá. Alternativamente conforme al artículo 7.3.4, dado este manifiesto futuro incumplimiento, la parte acreedora podrá reclamar una garantía adecuada de cumplimiento y al mismo tiempo suspender su propia prestación, relacionándose este instituto en este punto con la excepción de incumplimiento y especialmente con la denominada tutela anticipada del art. 1032 del CCyCN. Lógicamente, de no otorgarse la garantía en un plazo razonable podrá el acreedor resolver el contrato.

El contrato se celebra para cumplirse y es ley para las partes (en los términos que hemos venido delineando), y es así como la manera en que generalmente termina un contrato es cuando ha finalizado la operación económica –el objeto– que instrumenta, encauza u ordena (*arropa* jurídicamente). Por otro lado, además de las distintas situaciones abordadas en este trabajo que tienden a la finalización del contrato (como la imposibilidad de

pago, la frustración del fin, etcétera), el CCyCN contiene modos específicos de extinción anticipada (*anormal*) del contrato que podrá darse por acuerdo de las partes (rescisión), por la facultad de una de ellas (revocación) o por el incumplimiento de una de ellas (resolución).

Es importante puntualizar que desde un enfoque funcional, en su empleo común o diario los términos *rescisión*, *revocación* y *resolución* se utilizan casi indistintamente. El único propósito de no permitir la intercambiabilidad de estos términos en el CCyCN es a los fines de ordenar y categorizar las distintas formas de extinción de los contratos en atención a sus características y efectos, y no tener un arco tan dispar de causales de extinción sin una matriz lógica que las contenga. Por ello, el foco tiene que estar en las distintas situaciones fácticas que abarca cada término (en nuestra opinión), y no si en realidad tal o cual situación deben situarse bajo otro supuesto por razones históricas o etimológicas. A su vez, no debe confundirse a estos términos, que extinguen un contrato existente y válido, con la nulidad, que impide la existencia y los efectos del contrato.

**II.C. Patrimonialidad:** Este requisito implica que la operación económica objeto del contrato debe repercutir directamente en la situación patrimonial de las partes, en otras palabras, debe generar un cambio en el patrimonio de las partes, por más minúsculo que sea.

La principal consecuencia de la patrimonialidad de un acto jurídico bilateral es la aplicación de las normas de derecho contractual. En este sentido, cabe diferenciar técnicamente, por ejemplo, entre un contrato y un matrimonio: si bien ambos son actos jurídicos bilaterales, el primero es patrimonial y el segundo extrapatrimonial.

Ahora bien, ¿por qué un acto jurídico es patrimonial? En primer lugar, hay que tener en cuenta que los contratos tienen en su objeto el cumplimiento de obligaciones civiles, cuyo interés está conformado por un bien susceptible de apreciación pecuniaria y dentro del comercio, esto es, cosas, bienes intangibles y fuerzas naturales susceptibles de apropiación (art. 225 del CCyCN y ss.). También puede ser objeto de un contrato el cumplimiento de un hecho positivo o negativo en tanto y en cuanto sea susceptible de apreciación pecuniaria (art. 1003 y cc. CCyCN). En segundo lugar, hay que tener en cuenta, que dada la posibilidad de apreciar pecuniariamente esas obligaciones, su cumplimiento es exigible vía el instituto de la ejecución forzada (art. 777 CCyCN).

II.D. Licitud: Este requisito establece que los actos jurídicos no deben ser contrarios a las normas establecidas, por estas, se entiende a las leyes, el orden público y la moral y buenas costumbres. Como requisito adicional deben ser posibles y no deben lesionar ni restringir los derechos de un tercero. El incumplimiento de estas normas acarrea la ilicitud del objeto del contrato. Dicha situación viene aparejada de dos consecuencias: en primer lugar, la sanción de nulidad sobre el contrato y, en segundo lugar, la aplicación de una sanción, sea de índole civil, administrativa o penal, sobre los autores del hecho ilícito, por ejemplo: daños, daño directo y multa o pena privativa de la libertad respectivamente.

Como expresamos en el párrafo anterior, el objeto de los contratos debe respetar tres grupos fundamentales de normas: las leyes, el orden público y la moral y las buenas costumbres. Por la primera de estas entendemos que el objeto debe adecuarse a las leyes de todo tipo, decretos y resoluciones vigentes al momento de la redacción del contrato. El orden público a su vez, nos da un conjunto de principios e instituciones fundamentales a seguir y respetar a fin de preservar un equilibrio entre lo pretendido y lo que lícitamente puede plasmarse en el contrato. Finalmente la norma establece la conformidad del objeto con “la moral y las buenas costumbres”. Estas últimas dos construcciones son, a nuestro entender, conceptos jurídicos indeterminados como el “bien común” y otros tantos que, en la mayoría de los casos, han sido utilizados históricamente para desconocer derechos fundamentales y derechos humanos –especialmente aquellos titularizados por las minorías– sin mayor justificación, por lo que impugnado un contrato por objeto contrario a la moral y las buenas costumbres corresponde especialmente el análisis del objeto (en el caso concreto) a la luz de las normas constitucionales, y no su supeditación a conceptos abstractos.

Un buen ejemplo jurisprudencial en cuanto a licitud del objeto es el fallo de la CSJN del año 2006 en el que se otorgó la autorización para funcionar a la “Asociación de Lucha por la Identidad Travesti Transexual”<sup>16</sup> (ALITT) tras haber sido denegada la solicitud tanto por la IGJ como por la Cámara de Apelaciones por considerar que su objeto era “inmoral”; este fallo resulta ilustrativo y ejemplificador en cuanto a la confirmación de los

16. CSJN, sentencia del 22/11/2006, *Asociación Lucha por la identidad Travesti Transexual c. Inspección General de Justicia*, Fallos 329:5266, LA LEY 04/12/2006.

principios constitucionales que son los que determinan la moralidad del objeto de un contrato y de los cuales es recomendable no apartarse, para evitar arbitrariedades.

Veremos que, en muchos casos, lo ilícito coincide con lo inmoral; así se da en algunos casos en los que el legislador ha impuesto la sanción de nulidad para ciertos actos, basándose en razones de índole moral, por ejemplo: los contratos que tienen por objeto oponerse a la libertad de conciencia o a la dignidad humana, así como aquellos que imponer el deber de casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o de no casarse con determinada persona o divorciarse. Estos son solo algunos ejemplos en los que se conjugan razones de índole tanto moral como de ilicitud para determinar la nulidad del objeto.

Ante estas reglas generales sobre la licitud del objeto, el CCyCN plantea algunos casos especiales en los cuales se aplica la sanción de nulidad:

- la venta de la cosa ajena como propia (art. 1008 CCyCN),
- vender cosas litigiosas, embargadas, gravadas sin informar tal estado de las cosas (art. 1009 CCyCN),
- contratar sobre cosas futuras sin sujetar la contratación a condición suspensiva (art. 1007 CCyCN), y
- contratar sobre herencia futura (art. 1010 CCyCN).

III. Causa Fin: Este elemento controversial a nivel teórico es multifacético y generalmente suele confundirse con elementos del objeto o del consentimiento. La causa fin puede ser analizada desde la mirada inter partes o desde la utilidad social del contrato. En este sentido, la causa fin incluye: a) las circunstancias particulares tácitas y expresas (causa motivo) por las cuales las partes deciden contratar, b) la finalidad práctica perseguida por las partes al ejecutar esa operación económica, lo que puede relacionarse al concepto de tipicidad, y c) las implicancias sociales de la existencia de esa operación económica.

En materia de derecho comparado, este elemento del contrato suele compararse con el elemento característico de los contratos en el *common-law*, *consideration*, que es un elemento de cambio. En el *common law*, los contratos no están fundados en una causa como en el derecho continental, sino en el intercambio de las contraprestaciones. Una de las principales consecuencias de ello es que las liberalidades no se consideran contrato en el *common law*.

A continuación se analizarán ciertos institutos jurídicos relacionados con la causa fin, a saber:

- La frustración del fin del contrato
- El fraude
- La conexidad contractual

### *III.A. Frustración del fin del contrato*

La frustración del fin del contrato, cuya consecuencia es la extinción del contrato, opera cuando se afecta la causa fin que motivó la celebración del contrato por causas ajenas a la voluntad de las partes. El ejercicio del instituto requiere la expresión de la causa fin en el contrato, en especial, de la causa fin subjetiva o causa motivo, de las razones particulares por las cuales las partes contrataron.

Una forma usual de exteriorizar la finalidad o motivación de un contrato, o por lo menos las circunstancias particulares por las cuales las partes celebran un contrato, es a través del uso de considerandos contractuales (“*recitals*” según el derecho anglo-estadounidense). Estas manifestaciones suelen expresar los motivos o “considerandos” por los cuales se celebra un contrato a través de la fórmula “por cuanto x1, por cuanto x2, por todo ello y teniendo en cuenta los considerandos previamente mencionados las partes celebran el presente contrato de...”<sup>17</sup> luego del encabezamiento y antes de las cláusulas contractuales.

Otra forma de expresar el motivo por el cual se contrata es indicar el destino que se le pretende dar a la cosa, algo usual en los contratos que involucran la transmisión de la propiedad o del uso y goce de la cosa. Un ejemplo de esto sería manifestar en un contrato de locación de cosa el destino que se pretende dar a la cosa, como el destino a vivienda. Si dentro de este ejemplo, la vivienda se torna inhabitable, entonces, se puede pedir la extinción del contrato vía el instituto de la frustración del fin del contrato.

En este orden de ideas, en *Turay S.R.L. c. Nahuel S.A.*<sup>18</sup> se resolvió a favor del demandado quien planteó como defensa ante la extinción

17. Ver: <http://www.inti.gob.ar/pdf/convenios2011/Tandilo1-12-2011.pdf> [Accedido el 18/09/2014, p.2]

18. CNCiv, Sala F, sentencia del 25/04/1996, *Turay S.R.L. c. Nahuel S.A.*, La Ley 1997-D, 342.

intempestiva y unilateral del contrato de arrendamiento que motivó la demanda, el hecho de que la actividad ganadera que se pretendía llevar a cabo en el predio arrendado se tornó imposible debido a la falta de agua. Conforme al fallo, la frustración del fin del contrato es aplicable ante una situación que se produce cuando la prestación es aún factible y la finalidad del contrato ya no puede cumplirse, lo que torna al contrato inútil y carente de interés.

El CCyCN regula la frustración del fin del contrato en su artículo 1090. Por medio de esta norma, se permite la resolución del contrato motivada por la frustración definitiva de su finalidad. Previo a ello, debe haber una alteración esencial de las circunstancias por las cuales las partes contrataron que exceda su esfera de responsabilidad y al alea y riesgo que las partes asumieron. Una alteración temporaria de dichas circunstancias solo da derecho a resolver, dice la norma, a los contratos sujetos a plazo esencial.

Asimismo y para profundizar la ejemplificación del tema, puede resultar de interés estudiar el precedente del derecho británico “Krell v. Henry”<sup>19</sup> en 1903, conocido como uno de los “Coronation Cases”. Paul Krell demandó a C.S. Henry por el incumplimiento del pago del alquiler de un departamento que era hartamente sabido por el cual pasaría la procesión de la coronación. El tema es que al no hacerse la procesión en la fecha pactada, C.S. Henry se negó a pagar el alquiler.

En este fallo, se aplica la regla de imposibilidad de cumplimiento del precedente “Taylor v. Caldwell”,<sup>20</sup> por la cual todos los contratos se celebran con la condición tácita de que si al tiempo de cumplir con el contrato el objeto aún existe, el contrato debe cumplirse e interpretarse de forma positiva, y, en caso contrario, se debe permitir la extinción del contrato sin culpa de ambas partes. Esto se debe a que los contratos deben interpretarse de forma tal que se satisfagan la intención de las partes. En este sentido, el departamento tenía un valor especial para el demandado, que era conocido por la contraparte, y que se perdió al no suceder la procesión de la coronación en la fecha esperada, el motivo por el cual se celebró este contrato en primer lugar.

A la regla de imposibilidad de “Taylor v. Caldwell”, también deberían incluirse los supuestos por los cuales a) el estado en el que se encuentre el

19. *Krell v. Henry* [1903] 2 KB 740

20. *Taylor v. Caldwell* [1863] EWHC QB J1 (6 de mayo 1863)

objeto del contrato o b) las condiciones del contrato sean esenciales al cumplimiento del contrato. Sobre estos supuestos también debería haber una condición implícita de que si no existen al momento de cumplir el contrato, se permita la extinción del contrato sin culpa de las partes. Si bien en el contrato esta condición suspensiva de que suceda la procesión de la coronación no estaba expresa en el contrato, el tribunal encontró que la regla de derecho de “Taylor v. Caldwell” era aplicable en este caso.

Lo importante es lograr comprender las diferencias elementales entre estos institutos que resuelven por vía anormal el contrato. Tengamos en cuenta que en este caso en particular, el contrato se resuelve porque cae la *causa fin*, entonces al ser un elemento esencial como previamente hemos aclarado, cualquier modificación o nuevo acuerdo, constituiría un nuevo contrato.

III.B. Fraude: En este párrafo nos limitaremos a desarrollar dos cuestiones que suelen estar relacionadas al fraude: el fraude a los acreedores y la acción de colación.

#### *III.B.1. Fraude a los acreedores*

Ante el fraude a los acreedores existen los siguientes remedios: la acción revocatoria y la acción revocatoria concursal (Arts. 129 y 130, LCyQ). Los actos atacados a través de estos institutos son válidos en principio, aunque pueden resultar inoponibles a los acreedores si se comprueba que estos actos afectan o se hicieron con la intención de afectar la integridad de los créditos de los acreedores.

La acción revocatoria (art. 338 CCyCN y ss.) procede ante la afectación de un crédito de un acreedor quirografario producto de actos celebrados por el deudor. Los presupuestos de esta acción son: 1) la insolvencia del deudor, 2) el perjuicio al derecho del acreedor, y 3) la existencia de un crédito con fecha anterior al acto a revocar. Los actos del deudor son revocables hasta el importe de los créditos exigidos y solo a favor de los actores. El acto será revocable cuando sea a título gratuito y cuando sea a título oneroso solo habiendo mediado fraude del tercero, esté el objeto del acto a revocar bajo la posesión del tercero o lo haya re-transmitido. De esta manera, el acreedor logra proteger su crédito al prevenir el vaciamiento del patrimonio del deudor.

Un instituto similar puede encontrarse en el marco de un proceso concursal: la acción revocatoria concursal (artículos 129 y 130, LCyQ.) Es usual que en el marco de un proceso concursal el deudor concursado tienda a desprenderse de sus activos. Ante ello, se erige esta acción, por la cual se puede atacar actos ineficaces –para el concurso– que se hicieron con conocimiento de la cesación de pagos del deudor, y que por tanto son inoponibles a los acreedores del deudor concursado. Los bienes atacados por esta acción entran a subasta, aunque no a la masa concursal, y el producido de ellos se distribuye entre los acreedores mas no al deudor.

La acción revocatoria comprende a aquellas transferencias (compraventas y donaciones, principalmente) hechas durante el período de sospecha<sup>21</sup> (Arts. 115 y 116, LCyQ). La acción tramita, por lo general, por vía ordinaria, y dentro de la jurisdicción del juez del concurso cuya competencia se funda en el fuero de atracción inherente a este proceso universal (art. 132, LCyQ). La legitimación activa es del síndico, salvo negativa o inacción de este, en cuyo caso, tendrán legitimación activa los acreedores. La sentencia a favor de la procedencia de la acción revocatoria concursal suele venir de la mano de un embargo (bienes inmuebles) o secuestro (bienes muebles) sobre los bienes objeto del acto declarado inoponible a los acreedores, y es un título ejecutable por el procedimiento de ejecución de sentencias. Ante esta sentencia, el tercero deberá restituir el bien o, de no ser posible, su valor en dinero. Si el tercero es de mala fe, asimismo, responde por la pérdida o destrucción del bien y también deberá restituir los productos y frutos que haya obtenido del bien.

### *III.B.2. Acción de colación*

Queda, por último, discutir un instituto del derecho sucesorio diseñado para remediar el fraude a la legítima, la acción de colación.

La acción de colación (art. 2385 CCyCN y ss.) es un proceso incidental a la sucesión cuya finalidad es proteger la legítima de los herederos forzosos (aquellos que tienen derecho a heredar, como mínimo, una fracción

21. El período de sospecha, cuyo comienzo no puede extenderse más de dos años previo a la declaración de la quiebra y es fijado por el síndico en el informe general (art. 39 LCyQ), es aquel período en el cual el derecho concursal presume que el deudor ha estado en estado de cesación de pagos (art. 1 LCyQ).

determinada por ley del patrimonio del causante). Los herederos forzosos tienen legitimación activa para revocar toda donación que el causante haya hecho en vida, en la medida que la donación hecha afecte su legítima y que dicha donación no haya sido consentida por los herederos forzosos. Las donaciones son revocables vía acción de colación dado que el legislador dispuso que las donaciones hechas en vida por el causante formen parte del acervo hereditario a los fines de preservar la legítima de los herederos forzosos, la cual el legislador considera de orden público.

### *III.C. Conexidad Contractual*

La conexidad contractual implica una serie de negocios entrelazados entre sí funcionando como un sistema de contratos. Cada uno de estos contratos está coligado al otro, generalmente, de forma explícita. Dada la complejidad de las necesidades humanas en la actualidad y la complejidad de los modos de satisfacerlas, es normal que una operación económica esté respaldada por otra serie de operaciones económicas. Estas operaciones están relacionadas entre sí a distintos niveles, por lo que, en ciertos casos, una falla en una de esas operaciones puede frustrar el fin común perseguido por una o más de las operaciones coligadas.

El artículo 1073 del CCyCN indica que la conexidad contractual surge de la vinculación de dos o más contratos autónomos por una finalidad común y previamente establecida, de modo tal que un contrato al otro sean determinantes para el logro de dicha finalidad común. También sugiere que la fuente de la conexidad puede ser legal o contractual, sea esta última explícita o pueda inferirse de la interpretación de los contratos.

Para analizar este tema es necesario tener en cuenta las siguientes aristas: 1) los sistemas contractuales, 2) los contratos principales y accesorios, y 3) las cadenas de comercialización.

Primero, cuando dos o más contratos son conexos, entre ellos se forma un sistema de contratos. Todo esto supone operaciones que son, en principio, interdependientes y organizadas en distintos contratos, estén redactados o no en un mismo instrumento, a los fines de cumplir una serie de metas o fines comunes, sin perjuicio de los fines particulares que se persigan en cada contrato. Dado que estos contratos funcionan como un negocio complejo común, la interpretación de uno de los contratos parte del sistema debe hacerse contrastándolo con los otros contratos del sistema, y

debe atribuírseles el sentido apropiado que surge del sistema contractual, su función económica y el resultado perseguido (art. 1074 CCyCN).

El próximo punto, entonces, es diferenciar entre los contratos principales y los accesorios dentro de un sistema de contratos. Un contrato es accesorio cuando la razón de su existencia es el otro contrato. Ahora bien, esta definición es un tanto acotada, pues si se analizan sistemas contractuales puede encontrarse una serie de contratos principales interdependientes entre sí, motivados el uno por el otro. La diferencia está más bien en otra regla: lo accesorio sigue la suerte de lo principal y no viceversa. En este sentido, se puede indicar que la función que cumple un contrato accesorio es la de complementar un contrato principal, así como de proveer los medios para optimizar su cumplimiento.

Diferenciar entre contratos principales y accesorios en un sistema de contratos conexos es importante a los fines de establecer cuáles son las consecuencias jurídicas de la extinción de alguno de esos contratos, sea por incumplimiento, nulidad o cualquier otra extinción anormal. En principio, como se adelantó en el párrafo anterior, la extinción de un contrato accesorio no afecta la validez del contrato principal salvo pacto en contrario. El problema reside, entonces, en cuando hay más de un contrato principal en un sistema de contratos conexos. Estos contratos principales son interdependientes entre sí: forman parte del sistema, pero existen como contratos claramente diferenciados el uno del otro.

Lo que entra en juego es cómo está organizado el sistema de negocios jurídicos que es fuente de un determinado sistema contractual. En este esquema es usual que una parte cumpla el rol de “organizador del sistema”, por lo que es probable que las vicisitudes de esa parte con respecto al sistema de negocios jurídicos afecten a su integridad. Asimismo, también entra en juego cómo las partes se relacionan entre sí, puesto que las vicisitudes de una de las partes pueden afectar indirectamente a la integridad del sistema y provocar la extinción de uno o más contratos principales o accesorios.

Para poder dilucidar estas cuestiones hay que estar atentos al contenido de los instrumentos de los contratos, en los cuales suele detallarse directa o indirectamente la interrelación de los contratos conexos. En el afán de prevenir riesgos, las partes pueden anticipar qué vicisitudes pueden provocar la extinción de cada uno de los contratos parte del sistema, entre ellas, las extinciones provocadas por vicisitudes de los demás contratos del sistema.

En este sentido, hay dos institutos que pueden ejercerse respecto del negocio jurídico que es fuente del sistema de contratos conexos: la frustración del fin del contrato y la nulidad. Estos institutos, a grandes rasgos, operan dentro de un determinado sistema contractual con el alcance hasta aquí desarrollado. La nulidad puede recaer básicamente sobre un contrato o sobre el negocio jurídico común. Ante ello, las partes de los contratos que se ven indirectamente afectados por este hecho pueden pedir la extinción de dichos contratos vía la frustración del fin del contrato, si es que este hecho no está previsto como causal de extinción del contrato en particular.

De conformidad con las reglas del artículo 1075 del CCyCN se puede oponer la excepción de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aun frente a la inejecución de obligaciones ajenas al contrato y relacionadas a un contrato conexo previamente probado. La excepción de incumplimiento también es oponible, velando el principio de la conservación de los contratos, si como consecuencia la extinción de uno de los contratos conexos se frustra la finalidad económica común del sistema contractual.

En este orden de ideas, armar un sistema de contratos conlleva sus riesgos: 1) que el sistema falle, o 2) que uno de los contratos conexos de carácter principal no cumpla con sus metas particulares. Estos riesgos pueden cubrirse de varias formas, una de ellas, es la ejecución de operaciones económicas de carácter secundario, esto es, la celebración de contratos conexos, pero accesorios a los principales.

Finalmente queda discutir la responsabilidad de los proveedores de una misma cadena de comercialización frente al consumidor. Esta regla se desprende del artículo 40 de la LDC, la cual imputa al proveedor responsabilidad objetiva y contractual al proveedor, y responsabilidad objetiva, concurrente y extracontractual a las personas que hayan intervenido en la cadena de comercialización de un bien o servicio, por el daño que este produjere a un consumidor. Para determinar si un proveedor forma parte de la cadena de comercialización de un bien o servicio, hay dos estándares que pueden resultar útiles: 1) el hecho de que el proveedor le haya agregado valor a ese producto, o 2) el hecho de que lo haya promocionado a través de su marca.

## **Conclusiones**

En primer lugar, quisiéramos expresar lo gratificante que es la experiencia de la enseñanza y la reflexión sobre su ejercicio en búsqueda de

mejorarse constantemente como profesionales, lo seamos actualmente o no, y en la preparación de futuros profesionales. En este sentido, consideramos que nuestro análisis es bastante comprensivo y a la vez compacto dada la extensión del trabajo. Las cuestiones de claridad irán por parte del lector, y son cuestiones que siempre debemos mejorar. Como profesionales, es importante saber hacerse entender por el prójimo.

Asimismo, consideramos importante explicar que esta es la primera etapa de una obra que tenemos planeado a largo plazo, ya que en una segunda instancia nos interesaría ahondar este enfoque y hacer un análisis funcional respecto de las cláusulas contractuales en miras de formar profesionales capaces de generar contenido, en consonancia con las enseñanzas del maestro Lawrence Lessig en materia de cultura *read-write* (generadores de contenidos) en contraposición a la cultura *read-only* (consumidores de contenidos). Este análisis debería hacer foco en tres cuestiones: el análisis del caso traído por el cliente, la redacción de textos jurídicos y las estrategias posibles en torno a la tipificación. Esto, quizás junto a un breve compendio de jurisprudencia.

A continuación, desarrollaremos nuestras conclusiones sobre las cuestiones actuales que mencionamos en las consideraciones preliminares.

Las telecomunicaciones presentan un desafío a la interpretación de la teoría de la aceptación entre presentes y ausentes, así como a las cuestiones de jurisdicción, salvo que cuestiones de orden público como la defensa del consumidor estén involucradas en la contratación. En este sentido, lo importante es conocer y prevenir estas contingencias de modo tal que la resolución de conflictos sea lo menos costosa y lo más expedita posible.

En cuanto al daño colectivo, consideramos que el riesgo de que un contrato predispuerto genere daño a un grupo indeterminado de personas es cada vez más evidente. En este orden de ideas, nos parece útil la inserción en el CCyCN de normativa específica en materia de derechos de incidencia colectiva y derechos individuales homogéneos. Lo ideal es que estos casos se promuevan a través de los sujetos legitimados, vía el artículo 43 CN, para iniciar acciones colectivas y que los casos se funden de manera tal que no se tenga que probar un daño individual.

En cuanto al sobreendeudamiento, se necesita normativa jurídica específicamente destinada a lidiar con este fenómeno, más allá del proceso concursal, ya que el art. 42 CN es por sí solo insuficiente para lidiar con esta cuestión. En este sentido, consideramos interesante como punto de partida

que la legislación que se desarrolle a futuro sobre el tema aborde el fenómeno de los préstamos múltiples y trate a estos como contratos conexos. En el estado actual de las cosas, hay que conformarse con el derecho a la información y las disposiciones sobre contratación financiera, tan vapuleadas por los prestamistas informales, ya sea por falta de información crediticia sobre el deudor o en un acto de usura que no se penaliza.

Finalmente, notaremos otras conclusiones que se pueden inferir del trabajo:

- 1) El sistema de capacidad es gradual y orientado hacia la realización de la persona, lo que permite al incapaz valerse de institutos como la lesión, la nulidad y los sistemas de apoyo para ejercer sus derechos contractuales del modo que le parezca más conveniente.
- 2) En este sentido, lo que prima en materia de capacidad es el interés superior del niño y la capacidad de la persona que padece una patología mental, en favor de quien se promueven sistemas de apoyo.
- 3) El aspecto temporal del contrato sirve para saber frente a qué tipo de responsabilidad nos encontramos y qué institutos son aplicables.
- 4) La CN tiene fuerza normativa vinculante e irradia sus contenidos a las relaciones entre las personas entre sí. No se puede pensar a la autonomía de la voluntad como abstraída del resto del sistema legal.
- 5) La autonomía de la voluntad, aunque limitada por factores económicos y jurídicos, se puede ejercer a través de la colaboración durante la etapa precontractual, con arreglo al principio de buena fe.
- 6) El derecho a la información cumple un rol esencial en la interpretación de los contratos y en la asignación de riesgos.
- 7) Más allá de los nombres oficiales de los institutos y su origen, que son relevantes para la traducción, o de las sub-clasificaciones de institutos que se expresen como norma jurídica, para un abogado es más importante entender el modo en que estos institutos se aplican. En este sentido, remitimos a nuestro análisis sobre la teoría de la imprevisión en Argentina y a la excesiva onerosidad propuesta por UNIDROIT.
- 8) Es importante expresar de forma explícita la causa fin en el contrato, con el propósito de facilitar la interpretación del contrato y el ejercicio del instituto de la frustración del fin del contrato.

- 9) Es necesario prestar atención al rol del organizador y a la causa fin en conjunto en materia de conexidad contractual, para tener una idea más acabada del funcionamiento de un sistema de contratos en particular.

## Bibliografía

- Álvarez, A.: “La garantía legal en la ley de defensa del consumidor”, *elDial.com* - CC1198, 2009.
- Altmark, D. R., Molina Quiroga, E.: “Contratos informáticos. La etapa pre-contractual”, Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Aparicio, J. M., “Comentario y Observaciones al Proyecto de Código Civil. Parte General del Contrato (Arts. 957 a 983)”, *Nuestra Joven Revista Jurídica*, Vol. I, N°1, Serie I, en: <http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista-no-1/congresos-jornadas-y-seminarios/comentario-y-observaciones-al-proyecto-de-codigo-civil.-parte-general-del-contrato-arts.-957-a-983/view> [Accedido el 23/11/2014].
- Barocelli, S. S.: “¿Existe obligación de contratar? Análisis de supuestos particulares”, *DJ27/09/2006*, 227.
- Beltramo, A. N.: “El derecho de arrepentimiento del consumidor frente a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales”, *Revista Jurídica de Daños*, año 2014, IJ-LXXIV-441.
- “Las ‘pourparlers’ en el derecho contemporáneo: Un acercamiento integral a la responsabilidad precontractual”, *Revista Jurídica de Daños*, año 2012, IJ-LXVI-649.
- Bietto, P. A., Colombo, M. C., y Gómez Segura, J. C.: “El sobreendeudamiento del consumidor en el derecho argentino, ¿es adecuada la respuesta del legislador?”, consultado en [<http://www.jndc.com.ar/00%2008/08%2004.htm>] el 19/02/2014.
- Brebbia, R. H.: “La frustración del fin del contrato”, *La Ley* 1991-B, 876.
- Borda, G. A.: *Manual de Derecho Civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2004.
- Center for Microfinance, University of Zurich, Kappel, V., Krauss, A., Lontzek, L.: *Over-Indebtedness and Microfinance – Constructing an Early Warning Index*, consultado en [<http://www.accion.org/Document.Doc?id=899>] el 04/07/2013. Resumen en español, en [<http://www.accion.org/Document.Doc?id=899>]

- responsability.com/domains/responsability\_ch/data/free\_docs/Microfinance\_and\_OID\_Executive\_Summary\_ES.pdf*].
- Chamatropulos, D. A.: *Los daños punitivos en la Argentina*, 1ª edición, Buenos Aires, Errepar, 2009.
- Clarkson, K. W. et al.: *West's Business Law: Text and Cases*, 11va edición, Cengage Learning, 2009. ISBN-10: 0324655223
- Compagnucci de Caso, R. H., Trigo Represas, F. A.: *Código Civil Comentado, doctrina, jurisprudencia, bibliografía, obligaciones, artículos 495 a 651*, Tomo I, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005.
- Crespín, M.: “La acción revocatoria concursal”, 2006, IJ-XXXIX-918.
- Crespo, M.: “Pacto comisorio tácito. Puntos a tener en cuenta y breve síntesis de las disidencias entorno al mismo”, *Foro de Práctica Profesional Digital*, año IV, N°11, abril de 2011, en: <http://www.forodeabogados.org.ar/edicion11/tema05.html> [Accedido el 15/09/2014].
- Fama, M. V.: “Salud mental y derechos humanos. Hacia un sistema de gradualidad de capacidades”, en *Derecho de Familia*, N°31, julio-agosto de 2005, pp. 59-87.
- Garrido Cordobera, L. M. R.: *La negociación contractual y el análisis económico del Derecho, Análisis Económico*, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2006.
- “Bases constitucionales del derecho de los contratos. Alcances del principio de la autonomía de la voluntad”, *La Ley* 12/09/2011, 1.
  - “Las desigualdades negociales y la trascendencia del poder en la negociación contractual”, en *Vniversitas*, Bogotá, N°115, enero-junio de 2008, pp. 213-246.
- Garrido, R. F., Zago, J. A.: *Contratos Civiles y Comerciales*, Tomo 1, 2ª Edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2006.
- Gil Domínguez, A.: *Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, Buenos Aires, Ediar, 2011.
- “¿Ley antiterrorismo o antigarantismo?”, en <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2014/08/ley-antiterrorismo-o-antigarantismo.html> [Accedido el 25/11/2014]
- Gordillo, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, 9ª edición, Buenos Aires, F.D.A, 2009.
- Hernández, C. A., Trivisonno, J.: “Suspensión del contrato en el Proyecto de Código”, *La Ley*, 18/09/2012, 1 - *La Ley*, 2012-E, 1067.
- Krieger, W.: “Parecido no es lo mismo: diferencias entre la teoría de la im-

- previsión, la excesiva onerosidad sobreviniente, la imposibilidad del cumplimiento y la frustración del fin del contrato”, DJ27/01/2010, 129.
- Leiva Fernández, L. F. P.: “La responsabilidad postcontractual”, La Ley, 2002-D, 1336.
- López Mesa, M. J.: “La responsabilidad postcontractual”, 2006, elDial.com - DC8A8.
- Lorenzetti, R. L. y otros: “Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”, [Accedido el 05/10/2014 en <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>].
- *Tratado de los Contratos, parte general*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- “Presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Sitio de consulta y debate sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, mayo de 2012, en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Presentacion-de-Dr-Ricardo-Lorenzetti.pdf> [Accedido el 08/11/2014].
- Marín, M.: *Lingüística y enseñanza de la lengua*, 2ª edición, Buenos Aires, Aique Grupo Editor, 2008, pp. 28-30, 77-108, 133-167.
- Mosset Iturraspe, J., Piedecabras, M. A.: *Contratos, aspectos generales*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pp. 149-160, 163, 178.
- Nicolau, N. L.: *Fundamentos de Derecho Contractual*, 1ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2009, Tomo I.
- Novelli, M. H.: “El perfeccionamiento de los contratos celebrados por medios electrónicos en el derecho argentino y comparado”, *Cognitio Juris*, João Pessoa, Año III, Número 8, diciembre de 2013.
- Porcelli, L. A.: “Acción revocatoria pauliana en la ley 24.522 y su prescripción liberatoria”, LL 1998 - C, p. 1001 y ss.
- Schwartz, L.: “El consentimiento en el derecho del consumidor”, elDial.com - DC412, junio de 2004.
- Soligo Schuler, N. A.: “Los principios de redacción contractual”, en *Revista del Notariado*, año 106, N°873, Buenos Aires, julio-septiembre, 2003, pp. 33-57.
- Spota, A. G.: *Instituciones del derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2009.
- UNIDROIT: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, “Reglas del proceso civil transnacional (con comentario)”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2878/13.pdf> [Accedido el 27/11/2014].

- “UNIDROIT principles of international commercial contracts 2010” (integral version), Roma, 2010, ISBN: 88-86449-19-4. Versión oficial en español en <http://www.unidroit.org/unidroit-principles-2010-official-languages/spanish-black-letter> [Accedido el 03/09/2014].