



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FCE
FACULTAD DE
CIENCIAS ECONÓMICAS

Carrera: Contador Público Nacional

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS CONTRATACIONES

Trabajo de Investigación

POR

Florencia Gobbi

Aixa Triay

PROFESOR TUTOR:

Prof. Santiago Cardozo

M e n d o z a - 2 0 1 5

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
--------------	---

CAPÍTULO I AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA	2
--	---

1. MARCO CONCEPTUAL	2
2. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO	3
3. CONTRATOS	5
A. Antecedentes	5
B. El principio en las contrataciones	9
4. CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO	9
A. Libertad de contratar	10
B. Libertad contractual	10
5. LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO	10
6. EL PODER JUDICIAL COMO REVISOR NATURAL DEL CONTRATO Y COMO ULTIMO GARANTE DEL PRINCIPIO	12
7. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN OTRAS LEGISLACIONES	13

CAPÍTULO II LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA	16
---	----

1. CRISIS DEL PRINCIPIO	16
2. NOCIONES DOCTRINALES SOBRE LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	16
3. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO. ANTECEDENTES	17
4. LÍMITES	18
A. Límites intrínsecos	18
B. Límites extrínsecos	19
a) La ley	19
b) La moral y las buenas costumbres	20
c) El orden público	22

d) Caso fortuito o de fuerza mayor	22
e) Teoría de la imprevisión	23
f) Teoría de la lesión	24
g) El derecho sicesorio y la protección del interés de los particulares	25
CAPÍTULO III	
MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO	27
<hr/>	
1. DERECHO DE FAMILIA	27
2. CONTRATOS	28
A. Contratos en moneda extranjera	29
a) Antecedentes	30
b) Solución del nuevo Código	31
B. Contratos asociativos	32
C. Contratos de adhesión	33
3. SOCIEDADES	39
A. Panorama del nuevo Código	39
a) Concepto de sociedad y Sociedad Unipersonal	39
b) Sociedad Informal	40
c) La capacidad de los socios	41
4. EJEMPLO	42
A. Sociedad Anónima	42
B. Sociedad de Responsabilidad Limitada	45
CONCLUSIÓN	48
<hr/>	
REFERENCIAS	50
<hr/>	
ANEXO: Algunos fallos relacionados con el tema	53
<hr/>	

INTRODUCCIÓN

Recuerda la doctrina que un antiguo dicho francés comparaba la sujeción de los contratantes a su convención con la atadura de los bueyes al yugo (se atan los bueyes por sus cuernos, y los hombres por sus palabras), graficando así los efectos obligacionales del contrato para sus partes.

El principio "pacta sunt servanda" era junto con el de la "autonomía de la voluntad", con el cual tiene estrecha vinculación, uno de los pilares del contrato clásico. Tal es así que Vélez Sársfield hizo expresa referencia al primero en el artículo 1137, Código Civil, donde al definir el contrato, adoptó el criterio más amplio del concepto, identificándolo con la idea género de "convención", y al segundo -es decir, el denominado "principio de autonomía de la voluntad"- en el artículo 1197 del Código Civil, en el cual, como pauta rectora, se estableció que la voluntad de las partes contractualmente expresada constituye una regla a la que deben someterse como a la ley misma.

Desde esa perspectiva, la autonomía de la voluntad privada es la facultad de los particulares de regir y ordenar su propia conducta mediante sus propias normas sin depender de nadie ni ser obligado a ello por algún impulso externo. Aplicado al ámbito de la contratación es un derecho incuestionable, que comprende la discrecionalidad de contratar o negarse a hacerlo, la de elegir con quien contratar y en última instancia decidir sobre la regulación del convenio.

Pero ¿son hoy los particulares libres para darse a sí mismos las normas que consideren convenientes, sin tener que depender de nadie? En otras palabras, ¿hasta qué punto es autónoma la voluntad de los particulares?

En la actualidad, este principio se encuentra en crisis, lo cual se debe a las restricciones que le son aplicadas. El deterioro actual del mismo afecta al contrato tanto en su formación como en los efectos jurídicos que produce y repercute de esta forma en la seguridad jurídica que ofrece el contrato a las partes intervinientes.

Como consecuencia de esto, orientamos nuestro trabajo a la investigación de este tema, para estudiar el principio de la autonomía privada, su contenido, su relación con el Derecho Contractual, y para determinar los principales factores jurídicos y sociales que lo limitan en la regulación de las obligaciones contractuales civiles.

CAPITULO I

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA

1. MARCO CONCEPTUAL

Uno de los principios básicos más importante del Derecho Civil y particularmente del Derecho Contractual consta sólo de tres palabras: “autonomía”, “voluntad” y “privada”.

En primer lugar la palabra *autonomía* proviene de la unión de dos términos griegos. Por un lado, se encuentra el término *nomos*, que quiere decir “ley”, y por el otro el vocablo *autos*, que para la Real Academia Española significa “propio o por uno mismo”. Naturalmente el resultado de ambos es “ley propia o dada por uno mismo”.

En segundo lugar la palabra *voluntad* es definida por la Real Academia como “facultad de decidir y ordenar la propia conducta”. Pero voluntad también es “libre albedrío o libre determinación” y “elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello obligue”. Por lo tanto, combinando estas definiciones se obtiene que la voluntad es la capacidad de decidir y ordenar la propia conducta sin ser obligado a ello por algún impulso externo.

El tercer y último término es el adjetivo *privado*. Éste se refiere a lo “particular y propio de cada persona” y específicamente a “lo privado por oposición a lo público”. Se trata de uno de los elementos en torno al cual gira el conjunto del Derecho Civil.

Como resultado del análisis y combinación de los significados de estas palabras se obtiene que la autonomía de la voluntad privada es la facultad de los particulares para regir y ordenar su propia conducta mediante sus normas sin depender de nadie ni ser obligado a ello por algún impulso externo.

Según Rivera (1998) a partir del principio de autonomía de la voluntad los sujetos de las relaciones jurídicas pueden configurarlas en un ámbito de libertad; de modo que la persona decide libremente si establece o no relaciones jurídicas, con quien y con qué contenido.

2. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO

De acuerdo con los enunciados del Código Civil y Comercial de la República Argentina y extractos del trabajo de Betti (1959), veremos a continuación cómo ha evolucionado el principio de Autonomía de la Voluntad en nuestro ordenamiento y a través de la actualización de la legislación.

El artículo 1197 del antiguo Código Civil de la República Argentina enunciaba que: “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.”

Esto significa que la fuerza obligatoria no es sólo de sus cláusulas y pactos, sino de todo el contrato en sí, tanto a sus estipulaciones expresas, como a las que surgen virtualmente de sus enunciados.

La fuerza obligatoria produce las siguientes consecuencias:

- Lo estipulado por las partes prevalece por sobre la ley no imperativa, usos y costumbres
- Los jueces deben reconocer y hacer respetar esas estipulaciones, libremente acordadas por las partes
- Los jueces están llamados a interpretar los contratos, como lo hacen con la ley y, en principio, no pueden rectificar o limitar el alcance de las convenciones por razones de equidad.
- Los jueces se ocupan de hacer ejecutar o cumplir el contrato, juzgando si ese cumplimiento se ha respetado o no por las partes y si estas han actuado de acuerdo a lo estipulado.

De este artículo surge el principio de autonomía de la voluntad y gobierna la vida contractual porque comprende la libertad para relacionarse con personas determinadas, respecto objetos específicos, formas y eficacia del acuerdo. La facultad para obligarse o dejar de hacerlo y para establecer vínculos de las más variadas prestaciones, siempre y cuando no afecten las normas de orden público.

También se otorga la libertad de manifestar el consentimiento, salvo en caso que ciertas normas impongan formalidades absolutas, acepta que los efectos sean los queridos por las partes y se postula el respeto a la palabra empeñada como si fuera la ley.

Lo que este precepto confiere a los contratantes es un determinado margen de libertad para establecer una serie de reglas de conducta, a las que el ordenamiento concede el valor de

normas jurídicamente obligatorias, y que tendrán por finalidad permitirles la satisfacción de un objetivo determinado por ellos.

En primer lugar, al referirse a “las partes”, es indudable que el art. 1197 sitúa su punto de mira en la persona. No se trata de cualquier persona, sino de varias personas que, actuando desde un plano –que se presupone- de igualdad, tienen por objetivo la conclusión de un contrato, que por definición es un medio jurídico del que éstos se van a servir para la obtención de un interés común a través del cumplimiento de determinadas prestaciones. En segundo lugar, al decir que los contratantes “podrán” establecer las cláusulas, pactos y condiciones “que tengan por conveniente”, es claro que el precepto comentado pone encima de la mesa la existencia de una libertad (presupone la inteligencia y consecuente libertad del hombre). En efecto, estas personas si han decidido concluir un contrato, porque “lo han tenido por conveniente”, es decir, simple y llanamente porque así lo han querido. Por ello se presupone que estas personas han contratado porque eran libres para hacerlo y porque nadie les ha forzado a hacerlo. Y si estas personas eran libres para contratar, y finalmente se han decidido a ello, es porque lo han hecho voluntariamente.

En tercer lugar, el CC establece que los contratantes podrán convenir y esas convenciones forman una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. En este caso lo que este precepto quiere transmitirnos es que las personas ostentan una facultad para establecer normas de conducta destinadas a regular sus relaciones contractuales. En otras palabras, el Derecho atribuye a los contratantes la capacidad de fijar normas con eficacia jurídica obligatoria, de forma que su cumplimiento podrá ser exigido ante los tribunales por cualquiera de ellos frente al otro. Sin embargo, no se tratará de normas obligatorias para toda la Comunidad, puesto que solamente tendrán validez y eficacia dentro del marco del contrato. Así, podemos decir que las personas gozan, en el momento de la contratación, de un determinado margen de libertad, es decir, de una cierta autonomía, para establecer normas que obtendrán valor jurídicamente relevante tras el acuerdo de voluntades o, en su caso, la declaración unilateral de voluntad. Por tanto, vemos que el artículo 1197, establece que el ordenamiento jurídico reconoce un cierto margen de autonomía a las personas para que, haciendo uso de su libertad, establezcan voluntariamente las relaciones jurídicas que les parezcan más oportunas y las regulen conforme a las normas que ellos mismos establezcan con el fin de lograr la satisfacción de sus intereses privados. Siempre y cuando, claro está, éstas no sean contrarias a la ley, a la moral, y al orden público.

El nuevo Código Civil y Comercial en su artículo 958 enuncia que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley,

el orden público, la moral y las buenas costumbres. Como se puede ver, se sigue hablando de que las partes tienen la libertad de decidir sus condiciones de contratación, la parte con la cual van a contratar y con ellos se obligan a cumplir. Se afirma el rol primordial de la voluntad y su tremenda importancia. Cada uno es libre para crear y modificar su propia situación jurídica. Entonces en ambos artículos lo que se puede ver es que la persona tiene la facultad de obligarse o no para reglar las condiciones bajo las cuales contratan, pero una vez que empeñó su palabra debe cumplirla. La obligación convenida tiene fuerza de ley y siendo así nadie puede sustraerse a la obligación pactada con pleno consentimiento. Esto lo reafirma Betti, refiriéndose a la autonomía normativa: "la autonomía normativa se define como el poder atribuido a entes no soberanos para expedir normas jurídicas equiparadas a las normas del ente soberano". La expresión autonomía en general, entendida como el poder de autorregularse, se puede identificar o hasta confundir con el concepto de soberanía, la cual puede ser otorgada por parte del Estado a particulares, conformándose de esa manera el ordenamiento jurídico de obligatorio cumplimiento por parte de todos los asociados; pero esa soberanía, llevada al campo de la autonomía privada puede entenderse como otorgada a los particulares, pudiendo estos autorregularse, rigiendo así sus propias conductas. El concepto de autonomía privada, apartándonos de concepciones voluntaristas, debe analizarse no como un simple querer de las partes que surge estrictamente de un acto voluntario o de voluntad, sino, además de querer, de poder los particulares autorregularse; esa potestad se la otorga el ordenamiento jurídico, desde la carta magna al disponer sobre las libertades de los individuos, hasta los ordenamientos de derecho civil, al disponer sobre los contratos y convenciones entre particulares.

3. CONTRATOS

A. Antecedentes

De acuerdo a los autores Ballesteros (1999), Lalaguna (1972) y Mosset (1990), a continuación analizaremos los precedentes de los contratos.

El derecho romano es el sistema que sirve de soporte a nuestro derecho. En este aparece una figura muy importante hasta el día de hoy como es la de los contratos. Para que exista un contrato, debe existir primero una convención, por eso debemos buscar el significado de la palabra convención, del latín *conventio* que significa convenir o venir juntos. Es decir, cuando dos o más personas se ponen de acuerdo respecto a un objeto determinado

formalizando una convención determinada a producir un efecto jurídico, teniendo el propósito de: crear, modificar o extinguir un derecho. Los romanos lograron un gran desarrollo en el ejercicio de su derecho; y uno de sus más grandes logros fue la creación de una teoría de las obligaciones muy completa y casi perfecta. Las convenciones llamadas por ellos *contractus* sirvieron para arreglar las relaciones entre las personas, facilitando así el crecimiento económico de Roma, coadyuvando así a su inmensa expansión. Luego las naciones vecinas de Roma aplicaron también este tipo de convenciones en sus relaciones de negocios llegando su influencia hasta nuestros días, donde los legisladores modernos todavía utilizan los mismos conceptos de los romanos usaron, aun a 15 siglos de la caída del imperio romano de occidente.

La convención se dividía en pacto y en contrato, siendo el primero aquel que no tiene nombre ni causa y el contrato aquel que lo tiene. En este contexto, se entiende por nombre la palabra que produce la acción y por causa a la cosa presente de la cual deriva la obligación. El pacto se refiere únicamente a relaciones que carecen de acción, ya que solamente engendran una excepción. Paulatinamente fue asimilándose al contrato al otorgarle acciones para exigir su cumplimiento.

En esa época se utilizaban los contratos para crear obligaciones legalmente exigibles, obviamente a través de un acuerdo de voluntades. El acuerdo de voluntades estaba protegido por una acción que le daba plena eficacia jurídica.

Los contratos se dividían en verdaderos, que se basaban en el consentimiento expreso de las partes y cuasi contratos que se basaban en el consentimiento presunto. Volviendo a lo anteriormente dicho la palabra clave sigue siendo "consentimiento".

Los contratos verdaderos podíamos clasificarlos en nominados e innominados. Los contratos nominados son los que poseían nombre específico y particular, reconocido por el derecho por ejemplo: un contrato de alquiler. Los innominados, en cambio, no tenían nombre pero si causa. Eran cuatro: *do ut des* (doy para que des), *do ut facias* (doy para que hagas), *facias ut des* (hago para que des), *ficio ut facias* (hago para que hagas). Estos contratos tenían una característica muy distintiva, que es que no intervenía el dinero al contado.

También teníamos los contratos verbales o *verbis*, que se perfeccionaban con el uso de palabras solemnes y los literales o *litteris* que comprendían inscripciones en el libro de familia que indicaba un orden en la economía doméstica.

Luego surgen los contratos que hasta hoy se conocen como contratos reales, tal como lo dice su nombre están relacionados con los derechos reales. En ellos se persigue la entrega de la cosa objeto del contrato. Ellos se perfeccionan con la entrega de las cosas objeto de estos contratos. Por ejemplo: prenda, depósito, mutuo.

Luego, con el paso del tiempo la sociedad romana se va flexibilizando debido a su gran expansión y mayor auge comercial, jurídicamente hablando, en el uso de la forma, por lo que surgen los contratos consensuales.

Sin embargo y pese a que el derecho romano tuvo una influencia importante en la figura del contrato no podemos afirmar que es la misma que la actual, ya que los contratos en la actualidad son también consecuencia de la influencia de otro gran universal jurídico como lo es el derecho canónico. El mismo le da suma importancia al consenso y a la voluntad como fuente de la obligación. Esto se sustenta en los preceptos religiosos de la fidelidad de la palabra dada y en la obligación moral de ser veraces en lo que se pacta. Algunos de los principios del canonismo resultarán de vital importancia en el orden jurídico-privado: la bona fides, (buena fe) el principio de humanista, el principio de espiritualización de los conceptos, así como el de aequitas (equidad). Se puede comprobar que el derecho canónico introdujo en los contratos varios conceptos como el cumplimiento de la palabra empeñada, la buena fe y el equilibrio en las prestaciones.

El derecho sufre el impacto cultural evolucionando o involucionando con ésta. No podemos dejar de mencionar en estos antecedentes del contrato la influencia de las posturas ius naturalistas que dieron importancia a la verdad real sobre la formal, como tampoco se puede desconocer que este principio ha sufrido también influencias de un voluntarismo jurídico desconocedor de las relaciones humanas. Este voluntarismo sostiene como principio que “por cualquier forma que el hombre quiera obligarse quedará obligado”, ha influido en las obligaciones, por ende en los contratos, estableciendo que la voluntad es la fuerza generadora de las obligaciones.

La Escuela del Derecho Natural llega al fundamento de que el vínculo obligatorio está en la libre voluntad de los contratantes y en el respeto a la palabra dada, tomando como punto de partida el racionalismo y el concepto metafísico de persona (como ente autónomo).

Ya con la Revolución Francesa en 1789 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, se afianzan las ideas de la igualdad y del ejercicio de las libertades individuales, siendo la libertad de contratar una de las esenciales manifestaciones de la libertad ciudadana donde se le da especial importancia al consenso y se lleva al concepto de contrato al plano político, donde se entiende que el poder político es obra del acuerdo de los hombres que ceden parte de su libertad a favor del Estado. Esto le da lugar al contrato social de Rousseau.

Ripert (1941, citado por Gutiérrez, 1995, p. 28), utiliza una frase que demuestra la fascinación que los juristas clásicos tenían con la libertad contractual y con el contrato surgido

de la expresión de la voluntad, dice que el contrato es desde el punto de vista filosófico superior a la ley (ley como expresión de la voluntad), puesto que es aceptado y no impuesto.

El concepto moderno del contrato se basa así en tres presupuestos fundamentales, estos son la economía liberal fundada en el *laissez faire* (*dejen hacer, dejen pasar*), entendiéndose como justo y equivalente lo que constituyera resultado de la libre oferta-demanda, la igualdad de los contratantes y la autonomía de la voluntad.

Hay una cosa que es fundamental, y es que, al definir un contrato no se puede prescindir de dos ideas fundamentales: la voluntad y la relación jurídica obligatoria. Por lo cual, afirmamos que el contrato es la principal fuente de obligaciones, que crea una relación jurídica, es decir un vínculo obligacional, en el que las partes quedan obligadas, pero que por la fuerza de sus voluntades pueden modificar ese vínculo, extinguirlo, ampliarlo, disminuirlo, etc. Pero siempre respetando la palabra clave que es el consenso.

Se puede observar cómo han evolucionado los contratos desde su nacimiento hasta la actualidad. En la época de la Roma imperial los primeros contratos fueron sólo de palabra, en lugar de acuerdos sellados con una firma como es hoy. Está claro que eran otros tiempos, un solo gesto era muestra de confianza y de empeño de la palabra dada, pero esto ocurría porque los mercados eran pequeños y los vendedores y consumidores estaban vinculados por la amistad, los lazos familiares o el vecindario. El derecho estaba basado en la justicia y no en era un mero interés jurídicamente protegido, concepto moderno del derecho que lo desvincula de la virtud de la justicia y hace del derecho un mero juego de intereses individuales.

Al crecer las ciudades y las economías, los mercados aumentaron y aparecieron nuevos negocios haciendo cada vez más difícil el cumplimiento de los acuerdos, ya no bastaba el “yo te dije” o “tú me dijiste”. A partir de ahí se hizo necesario dejar por escrito la voluntad de las partes para no dar lugar a confusiones o desacuerdos. Se puede decir que así nacieron los contratos, con reglas y obligaciones para las partes, tan variados y habituales como hoy se conocen desde pagar un pasaje de micro hasta la compra de un auto o una vivienda. Pero lo destacable de éste capítulo no sólo es el surgimiento del contrato como origen de las relaciones jurídicas entre las partes, sino la voluntad de las mismas que quedan obligadas y vinculadas porque ellas así lo decidieron. Más adelante se analizará cómo esa decisión impacta en su vínculo y en el objetivo perseguido por cada uno de los contratantes.

B. El principio en las contrataciones

Este principio tiene mucha trascendencia en el plano de las relaciones jurídicas de causa contractual; de allí que “el contrato obliga a las partes como a la ley misma” (art. 1197 Código Civil).

“Si bien ha recibido morigeraciones y limitaciones continúa siendo el instrumento más idóneo para asegurar la libertad del ciudadano” (Rivera, 1998). Es inconcebible un contrato que se haya celebrado involuntariamente, sin decisión para elaborarlo, sin que las personas hagan uso de su autonomía para establecer su contenido.

Como ya hemos señalado con anterioridad el contrato es un acuerdo creador de relaciones jurídicas entre personas que constituye un medio de realización social para intereses privados. Según Castán Tobeñas (1971, citado por Rivera, 1998, p. 505) “el negocio jurídico es el medio fundamental de realización del principio de autonomía de la voluntad”.

El contrato obliga a las partes porque ellas lo han querido y nadie las ha obligado a contratar. Por lo que el contrato es, entre todos los hechos o actos jurídicos que generan obligaciones, aquel en que la voluntad de los particulares cumple una función más importante ya que tiene como elemento característico el consentimiento, es decir el acuerdo libre de la voluntad de las partes.

Si se parte en primer lugar de la base que el contrato se realiza cuando se quiere, con quién se quiere, y cómo se quiere, y en segundo que su cumplimiento es obligatorio y que nadie se ve obligado a contratar en contra de su voluntad, se obtiene la conclusión de que si una persona se compromete frente a otras por medio de un negocio jurídico, lo hace porque ése ha sido su deseo.

4. CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO

Para algunos autores, tales como Hernández (2012) y Soro (2007), el principio de autonomía de la voluntad se manifiesta en el contrato en la libertad de contratar y en la libertad contractual.

A. Libertad de contratar

Esta facultad conlleva primeramente a la libre opción de la persona entre contratar y no contratar, que es, por lo tanto, libertad para constituir o no relaciones contractuales. Segundo implica determinar con quién contratar. Esta última, sin duda, cobra su mayor esplendor cuando los contratos se concluyen *intuitu personae* (en consideración a la persona) es decir, en atención a las particulares o excepcionales cualidades o características del contratante elegido.

En efecto, esta es la gran diferencia que separa la contratación pública de la privada, ya que en la primera la administración pública debe respetar un procedimiento que le ha sido impuesto por la ley en la que la contratación deberá ajustarse a ciertos principios, normas y necesidades de interés general. En cambio, en la privada los particulares son totalmente libres a la hora de designar al contratante que estime más conveniente.

Sin embargo, la libertad de contratación tiene sus defectos, límites o excepciones. A modo de ejemplo en la actualidad existen contratos que deben celebrarse por imperativo legal, como es el caso de los seguros de los propietarios de automóviles, que están obligados a contratarlo, pero se conserva la libertad de elegir el contratante. Estas cuestiones concernientes a la limitación de la libertad de contratar se analizarán con detenimiento cuando se traten los límites a la autonomía de la voluntad privada.

B. Libertad contractual

Es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato. Mientras que la libertad de contratación opera de manera anterior a la formación del contrato, la libertad contractual actúa durante el inicio, la vida y el fin de la relación contractual. Ésta ofrece a las personas la capacidad de crear, modificar y extinguir derechos y obligaciones, por lo que se concreta esencialmente en la libertad de establecer la norma, o parte de ella, reguladora de la relación que se desea crear. Lo que acuerdan las partes conforma el contenido del contrato, con lo cual pueden determinar los derechos y obligaciones que nacen de tal acuerdo.

5. LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO

Según Soro (2007), la principal consecuencia de la autonomía de la voluntad en la contratación es la fuerza obligatoria del contrato. Se da por hecho que todos los pasos anteriores han sido completados: primero se decidió celebrar un contrato con la o las personas

que se eligieron libremente y segundo las partes fijaron el contenido del acuerdo, estableciendo pactos y manifestando su voluntad para la satisfacción de sus intereses. A partir de acá las partes deben cumplir con el compromiso que surge a partir de la creación, modificación o extinción del contrato.

¿De dónde surge la obligatoriedad del contrato? En primer lugar tiene fundamento en el hecho que las partes tienen la obligación moral de cumplir con lo prometido, en otras palabras en el respeto a la palabra dada. En segundo lugar se presume que un acuerdo entre iguales resulta justo o existe una cierta equivalencia entre las prestaciones comprometidas, basada en la justicia conmutativa o relación de igualdad entre las partes. Y por tales motivos es que la ley obliga formalmente a respetarlo dándole el carácter de ley entre las partes.

Por eso cuanto la palabra dada lo ha sido de un modo vicioso, por error, dolo o violencia; o bien cuando esa justicia conmutativa no existe el contrato resulta revisable en sentido amplio.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación refuerza el valor obligatorio de los contratos discrecionales (entre partes con igual poder):

ARTÍCULO 959: Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos que la ley prevé.

ARTÍCULO 960: Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

También consolida la obligatoriedad de los contratos asociativos y de sociedad, y de la autonomía de la voluntad, al disponer el carácter vinculante de sus cláusulas para las partes y para terceros que las conocieron al contratar, aunque no estuvieren inscriptas:

ARTÍCULO 157: El estatuto de las personas jurídicas puede ser modificado en la forma que el mismo o la ley establezca. La modificación del estatuto produce efectos desde su otorgamiento. Si requiere inscripción es oponible a terceros a partir de ésta, excepto que el tercero la conozca.

ARTÍCULO 1447: Los contratos no inscriptos producen efectos entre las partes.

Ley General de Sociedades (Ley n° 19.550):

ARTÍCULO 22: El contrato social puede ser invocado entre los socios. Es oponible a los terceros solo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores.

De esta forma el principio *pacta sunt servanda* establece que lo que acordaron las partes contratantes haciendo uso de la autonomía de su voluntad debe cumplirse entre ellas como si fuera una ley, y en caso de incumplimiento la parte perjudicada puede demandar judicialmente, ya sea su cumplimiento, o la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

6. EL PODER JUDICIAL COMO REVISOR NATURAL DEL CONTRATO Y COMO ULTIMO GARANTE DEL PRINCIPIO

De acuerdo a Gutiérrez (1995), en la teoría clásica del contrato, la fuerza obligatoria del contrato se atribuye tanto a las partes como al juez. A las primeras, como ya se expresó, porque deben cumplir sus compromisos y obligaciones que contrajeron al contratar, de la misma manera que están obligadas a respetar la ley. Al juez, porque si bien no tiene la capacidad de alterar o modificar los términos del contrato, debe asegurar su cumplimiento. Por lo tanto, los contratantes, sólo pueden librarse de las obligaciones que contrajeron, es decir que no están obligados a reparar el daño por incumplimiento, en los casos en que les sea imposible por caso fortuito o fuerza mayor (límites a la autonomía de la voluntad que se desarrollarán en el capítulo siguiente). Pero si no cumplen por su culpa, serán condenados al cumplimiento in natura o en equivalencia de la obligación.

El ordenamiento legal atribuye a los jueces el poder de revisar los contratos. Así por ejemplo en el artículo 768 del Código Civil y Comercial de la Nación se le asigna la potestad de aplicar intereses al contratante que no cumple frente a una conducta procesal maliciosa. El artículo 794, en su segundo párrafo, atribuye al juez facultades para morigerar cláusulas penales, criterio que se ha empleado por analogía para admitir limitaciones judiciales a la autonomía de la voluntad.

Por su parte, Tinti (1997) establece que, en ocasiones, la tarea de revisión judicial, que opera como límite a la autonomía de la voluntad, se cumple cuando existen situaciones de desigualdad entre los contratantes y se tiende a proteger a la parte que está en inferioridad de

condiciones en el contrato, anulando la cláusula que signifique un verdadero abuso de la otra, toda vez que en tales casos se estaría cometiendo una injusticia, lo cual es repugnante al derecho cuya finalidad es exactamente lo contrario, esto es la justicia entre las partes (vivir en la verdad con el otro).

Por todo esto, y siguiendo las ideas de Gutiérrez y Tinti, se puede decir que el juez se convierte en el último garante de la autonomía de la voluntad de los contratantes, porque sus disposiciones tienen como fin la salvaguarda de la voluntad de las partes, si esta no está viciada y resulta justa. En efecto, el juez al mismo tiempo que vela por que se cumplan los requisitos necesarios para que dicha autonomía exista y no se viciada, por otro lado se encarga de que la voluntad de las partes se vea cumplida en el modo y en la forma que había sido prevista.

7. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN OTRAS LEGISLACIONES

El principio de autonomía de la voluntad privada está reconocido en muchos de los ordenamientos del mundo. Hemos afirmado a lo largo del trabajo que es un principio fundamental en cualquier ordenamiento jurídico, ya que nace de dos pilares fundamentales de la sociedad como lo es la libertad y la relación entre los miembros de ella, lo que nos lleva a la voluntad como un factor en esas relaciones. En el caso de Argentina está reglado en el Código Civil y Comercial, y rige las contrataciones con sus correspondientes limitaciones. Ahora analizaremos que influencia tiene este principio en legislaciones de Latinoamérica y Europa.

En Latinoamérica, podemos observar que el principio de la autonomía de la voluntad privada se encuentra en todas las definiciones de contrato y normas relacionadas. Por ejemplo en el caso de Colombia, el artículo 1602 de su Código Civil, expresa: "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por un consentimiento mutuo o por causas legales". Según esta norma el estado reconoce un poder de regulación en el individuo, de tal manera, que una vez el mismo ha utilizado su poder de contratación, el estado a través del ordenamiento jurídico le otorga el poder de auto reglamentación o autorregulación. Lo mismo ocurre en el caso de la legislación chilena donde su Código Civil a través del artículo 1545, reconoce un poder de constitución de relaciones jurídicas, y por otro lado, un poder de reglamentación del contenido de esas relaciones. El Código Civil peruano, en su artículo 1354, dice: "las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo". La legislación peruana, a nivel latinoamericano, es de las pocas legislaciones civiles que incluye de

una manera explícita el concepto de autonomía privada, como la potestad que tienen los particulares para determinar el contenido de un contrato y que surge del ordenamiento jurídico. Esto va a configurar el ejercicio de una autonomía privada aplicada a un acto jurídico. De acuerdo a lo anterior podemos decir que el principio de la autonomía privada representa, repitiendo las palabras de Stiglitz (1992), "un concepto doctrinal que se traduce en normas positivas, y que en una primera aproximación significa que la voluntad es la fuente y la medida de los derechos subjetivos".

Este principio también se puede observar en los artículos 1254, 1258 y 1278 del Código Civil español, y en el art. 1108 del Código civil francés. Del mismo modo, que también se encuentra en el Derecho Internacional Privado y en los principales proyectos de Principios Europeos de Derecho de contrato. Por una parte se encuentra el Código Civil español que se pronuncia muy claramente a favor de consagrar a la libertad como regla a la hora de manifestar la voluntad contractual, aunque en ciertos casos hay que utilizar ciertas formalidades para que el acto tenga eficacia jurídica. Así, encontramos los fundamentos de esta regla en el art. 1254 para el cual "el contrato existe desde que dos personas consienten en obligarse". En el artículo 1258 establece que "los contratos se perfeccionan con el mero consentimiento, y desde entonces obligan". Y por último, el art. 1278 afirma que "los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado". Sin embargo, el Código Civil español también establece algunas excepciones a este principio de libertad de forma. El art. 1279 que, en relación con el 1280 de cierta forma condiciona la validez de los contratos al otorgamiento de escritura pública o de cualquier otra forma especial, ya sea impuesta por la Ley o por la voluntad de las partes.

En segundo lugar, el Código Civil francés otorga, tal como ocurre en el art. 1261 del Código Civil español, en su art. 1108 al consentimiento la categoría de requisito esencial para la validez de los contratos. Este precepto por sí solo no nos dice mucho acerca de la existencia del principio de la autonomía en el ordenamiento jurídico francés. Pero, si interpretamos este artículo conjuntamente con el reciente 1108.1 (introducido por Ley nº2004-575 de 21 de junio de 2004), hemos llegado a la conclusión de que el ordenamiento jurídico francés también le da suma importancia al consenso en la contratación. Y en segundo lugar el art. 1108-1 también parece afirmar el principio de libertad de contratación cuando empieza estableciendo que "cuando se exija un escrito para validar un acto jurídico (...)". Por lo tanto, de la interpretación de ambos enunciados comprendimos que la utilización de la forma escrita es la excepción, y la libertad, la regla.

A nivel internacional, también debemos señalar que el principio de la libertad de forma, junto con la autonomía de la voluntad de las partes, se encuentra en la base del Derecho de la contratación, debido a la necesidad en estos niveles, de fluidez en los intercambios. Así, por ejemplo, el art.11 de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980, dispone que “el contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún requisito de forma, podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”. En Europa también se fomenta la rapidez, la simplicidad y la confianza a la hora de celebrar los contratos. En este sentido se pronuncia, en primer lugar el 119 art. 1.2 de los principios UNIDROIT, aplicable a los contratos mercantiles al establecer que “estos principios no imponen que el contrato sea concluido o probado por escrito (...)”. Conjuntamente, el art. 5.2 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos, también denominado Grupo de Pavía, dispone que “no es necesaria una forma particular más que en los casos y a los fines indicados en las reglas del presente código”. Por último el art. 2:101 de los Principios de Derecho Contractual Europeo elaborados por la Comisión de Derecho contractual europeo o Comisión Ole Lando establecen que “el contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando las partes tienen intención de vincularse jurídicamente y alcanzan un acuerdo suficiente”.

Por lo tanto, podemos observar que en los Códigos analizados se ve el reconocimiento de un gran margen de libertad para manifestar el consentimiento, teniendo en cuenta que la voluntad se transforma en una fuerza creadora de efectos jurídicos y en un elemento fundamental para la validez del contrato. Lo que importa, para que exista el contrato, es que haya un consenso entre los contratantes además del resto de requisitos esenciales, no la forma en que contraten. Tanto en Latinoamérica como en Europa y en el ámbito de comercio internacional, tratados, etc. observamos que el principio es fundamental para la contratación y lo sobresaliente es que la voluntad de las partes, aún con distintas legislaciones y políticas de estado propias de cada país, se considera suficiente y en ciertos casos no necesita otras formalidades para perfeccionar un acto jurídico.

CAPÍTULO II

LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA

1. CRISIS DEL PRINCIPIO

Hernández (2012) establece que la autonomía de la voluntad debe ser valorada como uno de los principios más importantes del Derecho, en virtud del cual las partes, libremente y según su mejor conveniencia son los llamados a determinar el contenido, alcance, condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Es la expresión jurídica de cualquier acción del hombre en la sociedad. Dicho principio en la actualidad se encuentra sometido a un gran número de restricciones, algunas veces de un modo justificado y otras no, en cuyo caso podemos afirmar que estamos frente a la crisis del principio. Dichas restricciones se manifiestan como límites, y afectan al contrato desde su propia formación en sus aspectos subjetivos y objetivos.

Los contratos, según Hernández, como forma de vinculación jurídica, se multiplican y perfeccionan en la medida del progreso y complejidad del desarrollo económico-social. Actualmente la mayor parte de las relaciones de las personas que se traducen en contratos se realizan dentro de un amplio margen de restricciones, las que no sólo se exteriorizan en los límites tradicionales de respeto a las normas imperativas, a los principios de orden público y a la moral.

La crisis del principio de autonomía de la voluntad se debe entender como una transformación importante en su desarrollo. Los límites constituyen los factores fundamentales de su decadencia, que se caracterizan por ser cambiantes y variados.

2. NOCIONES DOCTRINALES SOBRE LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Las nociones doctrinales sobre los límites a la autonomía de la voluntad se describen a continuación siguiendo a Hernández (2012).

La autonomía de la voluntad debe considerarse en un marco de un determinado sistema de relaciones sociales y económicas, pero esto no debe conducir a la restricción excesiva de dicho principio, el cual tiene en la actualidad un valor inigualable en sede contractual.

Existe autonomía cuando se ejerce un poder con libertad y capacidad para manifestar el propio propósito y vincular a los demás a él. Como todo poder, posee una fundamental cuestión de límites, como toda libertad limita con la libertad de los demás.

Los límites son normas, restricciones o imperativos de carácter ordinario, vienen establecidos en la ley, son inevitables, van atados al Derecho desde su origen, integran el contenido del propio contrato. Los límites se encuentran en el concepto mismo del derecho, que es lo normado, lo reglado, lo recto.

En materia de contratos, la ley es la voluntad de las partes, en virtud de la cual se elige la regla jurídica por la cual se debe regir el o los vínculos jurídicos que se crean. No obstante, la autonomía de la voluntad, independientemente de ser considerada como uno de los principios más importantes en el Derecho Civil, no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho.

Estos límites encuentran su fundamento en razones superiores a la mera libertad individual, como es la protección de la justicia cuando no hay relación de igualdad (por ejemplo los derechos de los consumidores), o bien cuando se encuentra afectado el orden público con base en el bien común o de todos (como el respeto a las relaciones de familia), entre otros.

A partir de esto, Hernández establece que si bien el contrato es el ámbito en el que con mayor libertad se ha expresado el principio de autonomía de la voluntad, no se puede considerar al contrato como sólo voluntad de las partes. La autonomía de la voluntad no puede verse al margen del ordenamiento jurídico, su existencia emana de él, ya que su reconocimiento en la ley constituye un presupuesto indispensable para su ejercicio. No existe contrato fuera de un contexto legal, ausente de un ordenamiento jurídico, ya que éste no sólo reconoce la autonomía de la voluntad sino que la protege y la hace posible. Si no existe un contexto legal que anteceda al contrato, resulta inútil todo ejercicio de voluntad.

3. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO. ANTECEDENTES.

Como ya se expresó con anterioridad y, siguiendo a Gutiérrez (1995), la intervención del Estado en la formación de los contratos y en la determinación de sus efectos, así como en el curso de ejecución de los mismos, ha traído consigo el debilitamiento del principio de la autonomía de la voluntad.

Esta intervención, según el autor, que se da a través de leyes imperativas o prohibitivas sobre los contratos, se ha producido invocando razones de índole social, económica o moral,

obligando a las partes, ya sea ordenando, prohibiendo, y dejando sin efecto cualquier expresión de voluntad que sea contraria a ellas.

En la misma obra, Gutiérrez especifica que la intervención estatal, en su forma legislativa, se acentúa en los períodos de crisis más agudos, como por ejemplo ha ocurrido durante las guerras mundiales de 1914-1918 y 1939-1945, subsistiendo en los períodos de post-guerra: así encontramos en todos los países leyes sobre arrendamientos forzosos, prórrogas de arrendamiento y en general leyes de prórrogas de todos los contratos de tracto sucesivo vigentes de un momento determinado, moratorias, leyes sobre precios de artículos de primera necesidad, sobre ventas forzosas de los mismos, leyes sobre pagos o de reglamentación del régimen monetario, etc.

4. LÍMITES

La autonomía de los contratantes nunca ha existido en estado puro. De esta manera, Soro (2007) plantea que, puede hablarse de la presencia de dos clases de límites: primero los intrínsecos, que provienen de la voluntad de los propios contratantes; y segundo los extrínsecos, impuestos por el legislador o por la jurisprudencia.

A. Límites intrínsecos

Si bien en la actualidad las personas afrontan la contratación desde una posición de igualdad jurídica, en muchas ocasiones la autonomía de los contratantes se verá limitada por las grandes diferencias económicas que existen entre ricos y pobres, empleadores y empleados, empresarios y consumidores. El fuerte o el poderoso a veces ejercerán una gran influencia ya sea positiva o negativa. Por esto, Soro establece que “el principal enemigo de la autonomía privada puede ser ella misma”.

El contrato presupone la igualdad entre las partes que van a llevarlo a cabo, el primer obstáculo importante al que tiene que hacer frente la autonomía de la voluntad de un contratante se encuentra en la persona con la que va a concluir el negocio jurídico. Así, en algunas ocasiones el principio de la autonomía privada de las personas en la contratación se encuentra limitada por ellas mismas.

B. Límites extrínsecos

La capacidad de autorregulación de las personas siempre se ha visto limitada por la actuación de una fuerza exterior a su voluntad, provocados por la acción del Estado por mediación del legislador y el aparato jurisdiccional.

El Código Civil y Comercial de la Nación reconoce la libertad de las partes para contratar dentro de límites:

ARTÍCULO 958: Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

a) La ley

Como ya se dijo a lo largo de este trabajo, la ley constituye un importante límite a la autonomía de la voluntad si se tiene en cuenta que el contenido de muchos contratos en la actualidad resulta establecido por normas legales que imponen soluciones, a veces no consideradas y otras ni siquiera queridas por las partes al celebrar el contrato. La ley limita además, la función regularizadora del negocio jurídico, no sólo en lo referente a si se puede o no celebrar determinado tipo de negocio, sino directamente en el contenido del contrato que se quiere celebrar, al establecer cláusulas que no debe contener o las que debe contener.

A continuación se distinguen aquellas normas de cumplimiento obligatorio de aquellas que no lo son:

Normas dispositivas

Son normas que como señala Manresa (1969, citado por Soro, 2007, p.217) "...constituyen una especie de modelo del que se puede prescindir...". Se trata por lo tanto de normas cuyo cumplimiento no es estricto, ya que las partes pueden apartarse si acuerdan otra cosa en el contrato, siempre que no conlleve a la consecución de un fin ilícito. Por lo general regulan los distintos negocios jurídicos como la compraventa, el depósito, la sociedad, etc.

Por ello la ley dispositiva se ubicaría en un grado mínimo de limitación a la autonomía de la voluntad, ya que, a menos que se actúe antijurídicamente, no se puede decir que constituya un auténtico freno a la voluntad de las partes.

Leyes imperativas

Son aquellas que se encuentran por encima de los intereses de los particulares, y que se imponen a su voluntad en todo caso, ya sean de origen civil, penal, administrativo, etc.

Limitan la libertad contractual de varias formas:

- Al prohibir un determinado tipo contractual.
- Al impedir determinadas cláusulas, pactos o condiciones.
- Al dotar al contrato, libremente concertado, de un contenido previo o imperativamente fijado. De esta forma las partes pueden contratar o no, pero de hacerlo se les impone un contenido sobre el cual no pueden disponer y que se integra al contenido del contrato y;
- Al imponer determinadas formalidades a los negocios jurídicos, donde su desconocimiento invalida el negocio cuando se le considera requisito esencial para su constitución.

El carácter coactivo de estas normas consigue que el sujeto haga lo que exige hacer o que no haga lo que la norma prohíbe hacer. Por lo tanto la norma imperativa es aquella que restringe la libertad de contratar, fija los límites de la autonomía de los particulares y eventualmente la corrige o modifica. La libertad de contratar significa que las partes pueden determinar cada una de las cláusulas concretas del contrato, pero respetando las normas legales imperativas del régimen contractual. La ley dicta una disposición no derogable por la voluntad de las partes, no pueden estipular en el contrato una disposición contraria.

b) La moral y las buenas costumbres

La moral es una palabra de origen latino, que proviene del término *moris* (“costumbre”). Se trata de un conjunto de creencias, costumbres, valores y normas de una persona o de un grupo social, que funciona como una guía para obrar.

La Real Academia Española define a la moral como “perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia”. Es decir, la moral orienta acerca de qué acciones son correctas (buenas) y cuáles son incorrectas (malas).

Se entienden por buenas costumbres al buen hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que pueden llegar a adquirir fuerza de precepto.

Tanto la moral como las buenas costumbres poseen puntos en común, pero son conceptos distintos. La moral se refiere a principios básicos basados en leyes naturales que inspiran a la sociedad. Impone el deber ser, es decir, la realidad ideal y realizable. Mientras que la costumbre es una acción general y repetida por un grupo de personas y que en su mayoría aceptan. Por lo tanto, se puede decir, que las buenas costumbres son una manifestación concreta de la moral en una sociedad determinada.

La moral tiene su fundamento en la naturaleza del hombre, resultando moral lo que lo perfecciona (personal y socialmente haciéndolo más hombre) e inmoral lo que lo imperfecciona (lo deshumaniza). Con lo cual la moral no pasa solo por lo exclusivamente cultural, sino que tiene un fundamento objetivo y no relativo. Hay sin embargo quienes sostienen que la moral es lo que en general se considera bueno, confundiendo así la moral con la costumbre.

El concepto de moral y buenas costumbres es un principio general receptado por la Constitución Nacional:

ARTÍCULO 19: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

El Código Civil y Comercial de la Nación reconoce también el concepto de moral y buenas costumbres:

ARTÍCULO 1014: El contrato es nulo cuando:

- a) Su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres;*
- b) Ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si sólo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido.*

Puede ocurrir que lo acordado libre y voluntariamente por las partes sea inmoral pese a no ser estrictamente ilegal, es decir que no atenta directamente contra lo dispuesto por un precepto legal. En defecto, a través de la moralidad se confiará al juez la capacidad de sancionar conductas socialmente no aceptadas. Por lo tanto, si en virtud del principio de autonomía de la voluntad se pactase algo reñido con la moral, los jueces pueden desconocer el

contrato o bien la cláusula, pues ellos deben buscar primero que nada la justicia en las relaciones.

En definitiva, ambas son entendidas como límites al principio de autonomía de la voluntad al restringir los actos jurídicos que los sujetos de derechos puedan celebrar, ya que a través de la moral y las buenas costumbres se radican definiciones o determinaciones conductuales con el objetivo de que sean observadas, cumplidas y acatadas por la sociedad.

c) El Orden Público

El orden público es un concepto amplio que engloba las nociones de seguridad, orden en sentido estricto, tranquilidad y sanidad pública. Es resultante del respeto, por los habitantes de una sociedad, de aquellos principios o normas fundamentales de convivencia, sobre los que reposa su organización. Más concretamente, resulta del acatamiento de un conjunto de normas jurídicas, cuyo cumplimiento es indispensable para preservar el mínimo de condiciones necesarias para una convivencia normal. Constituye, por lo tanto, el conjunto de condiciones fundamentales de vida social que no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos. En consecuencia, las leyes de orden público marcan un límite a la autonomía de la voluntad, que se evidencia en la total ineficacia de aquellos contratos contrarios al orden público, cuando voluntariamente se proceda al cumplimiento de lo pactado en violación a dicho orden.

En este sentido, y como también ocurre con la moral y las buenas costumbres, el juez es el encargado de velar por el respeto al orden público vigente, pues sobre él recae la importante tarea de determinar, cuando la ley no lo diga, qué convenciones le son contrarias.

ARTÍCULO 960 del Código Civil y Comercial de la Nación: Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

d) Caso fortuito o fuerza mayor

¿Puede eximirse de responsabilidad el deudor incumplidor? La respuesta al interrogante es afirmativa. Aun mediando incumplimiento por parte del deudor, éste puede invocar ciertas eximentes de responsabilidad como el caso fortuito o la fuerza mayor. Esto está previsto en el artículo 1730 del Código Civil, que señala al definir caso fortuito o fuerza mayor que el deudor

puede invocar y demostrar que su incumplimiento o su mora no le es imputable, que han mediado circunstancias que hicieron imposible el cumplimiento de la prestación. O, lo que es lo mismo, que no ha sido un hecho suyo el que le imposibilitó satisfacer lo pactado.

¿A qué hace referencia el caso fortuito o la fuerza mayor? A que ha operado un factor extraño al sujeto incumplidor que le impidió su ejecución. Se ha generado un curso causal ajeno que rompe el nexo causal entre el incumplimiento (conducta) y el daño ocasionado. Ese curso causal que siempre es sobreviniente o posterior al perfeccionamiento de la obligación y es atribuible normalmente a la naturaleza o a situaciones fuera de nuestro control. Entonces, caso fortuito o fuerza mayor es la causa adecuada o antecedente, de un resultado o consecuente dañoso en el que no participa sujeto alguno. No hay acto humano voluntario que ponderar.

Exime de responsabilidad al incumplidor, es decir que lo libera de la obligación. El deber jurídico específico o convencional se extingue, en definitiva, por una causa ajena. Es decir que por causas imprevisibles o irresistibles (caso fortuito o de fuerza mayor), a pesar de que pueda haber voluntad de cumplir, la voluntad de acatar ese deber, no es posible de cumplir con él, por causas ajenas a dicha voluntad de la parte que es deudora.

e) Teoría de la Imprevisión

Debe tenerse claramente establecido que el objetivo inicial de la Teoría de la Imprevisión es evitar el cumplimiento de las obligaciones que se han convertido en excesivamente onerosas. Se pretende conciliar dos finalidades: por una parte se busca que bajo criterios de equidad y justicia, se elimine la excesiva onerosidad que afecta el cumplimiento de las obligaciones. Por otra parte, se pretende insistir en el contrato, perseverando hasta donde sea posible en su eficacia, buscando su cumplimiento.

La teoría de la imprevisión se aplica al campo contractual. Cuando dos partes acuerdan realizar prestaciones recíprocas luego de cierto tiempo, o comenzando su ejecución, ésta se prolonga en períodos consecutivos, como por ejemplo un arrendamiento, tienen en cuenta que podrán cumplirlas tomando en consideración situaciones normales, y no circunstancias extraordinarias del contexto social, político o económico que hagan imposible otorgar una prestación que al momento del acuerdo es razonablemente lógico. Entre los principios generales del Derecho figura el de la buena fe contractual, que implica una interpretación en base a la equidad y no simplemente ajustada literalmente al contenido del contrato.

El artículo 959 del Código Civil establece el principio de “pacta sunt servanda”, que implica que lo pactado se constituye en ley entre las partes. Sin embargo a pesar de ello, el

artículo 961 aclara que la interpretación contractual debe hacerse de buena fe, según lo que las partes entendieron actuando con previsión y cuidado.

Se discute en doctrina si es renunciable la facultad de alegar la imprevisión en los contratos. Autores como Borda (1998) han sostenido que no, por tratarse de una regla de orden público tendiente a la equidad. Otros autores como Llambías (1967) y la jurisprudencia consideran que las partes en sus contratos pueden renunciar a su alegación en base al principio de la autonomía de la voluntad y haciendo un paralelismo con la posibilidad que otorga de renunciar el deudor a los daños e intereses ocasionados por su incumplimiento mediando caso fortuito, que es un supuesto del caso en consideración ya que lo no previsible es justamente un caso fortuito, que en el caso de la teoría de la imprevisión no hace imposible el cumplimiento de la obligación, pero lo torna sumamente oneroso, rompiendo los principios de la buena fe y la equidad que imponen la equivalencia de las prestaciones.

f) Teoría de la Lesión

De acuerdo a Moisset de Espanes (2000), la lesión es una institución que tiende a proteger al débil, al necesitado, a la persona que se encuentra en una situación de inferioridad económica, psíquica o psicológica, frente a aquel que explotando esa necesidad y aprovechando su situación de superioridad consigue en un contrato ventajas inicuas. En pocas palabras, aprovecha su situación para que la prestación que recibe sea notablemente mayor que la prestación que él mismo efectúa. El artículo 954 enuncia que podrán anularse los actos lesivos y también permitiendo al juez que aprecie la injusticia de la desproporción en las contrataciones sobre la base de dos elementos subjetivos: el aprovechamiento, y la situación de necesidad, ligereza o inexperiencia de la víctima.

Ahora, es una limitación al principio de autonomía de la voluntad porque, altera los principios de la seguridad jurídica y atenta contra la buena fe en cuanto al cumplimiento de la palabra empeñada, ya que si las partes se han puesto de acuerdo libremente sobre un determinado contrato, el acto no debería anularse, aunque existiera diferencia en las prestaciones, porque eso es precisamente lo que las partes han querido. Como la autonomía de la voluntad da libertad de contratación y de coordinar las condiciones de contratación, la teoría de la lesión claramente la limita porque no permite que una de las partes obtenga más rédito del contrato que la otra, aun cuando las partes así lo hubiesen acordado.

g) Derecho sucesorio y protección del interés de los particulares

Como sabemos, el Código Civil regula los negocios jurídicos de atribución patrimonial entre personas vivas, también los llevados a cabo mortis causa, es decir aquéllos negocios que tienen por objeto proporcionar un destino a las relaciones patrimoniales de una persona después de su fallecimiento. Entre ellos, el negocio jurídico mortis causa por excelencia es sin duda el testamento, regulado por los artículos 2462 del Código Civil y Comercial de la República Argentina. Este artículo enuncia que: “las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales”. En efecto, se trata de un negocio jurídico unilateral, personalísimo donde, al menos en teoría, la voluntad del causante, capacitado para disponer de sus bienes en la forma y tiempo que estime oportuno, se erige como su elemento central que, según Lacruz (2004) “es eficaz por sí sola para dar vida al testamento, sin la concurrencia de ninguna otra”. De hecho, el objetivo es garantizar la más absoluta e independiente libertad del testador a la hora de llevar a cabo sus disposiciones de última voluntad, la cual se ve reforzada por el hecho de que éste podrá revocarlas en cualquier momento. Como dice el artículo 2465 del CCyCo “las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, y bastarse a sí mismas. La facultad de testar es indelegable. Las disposiciones testamentarias no pueden dejarse al arbitrio de un tercero”. En consecuencia, en un primer momento podría decirse que se trata del negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de los particulares alcanza su nivel más alto. Sin embargo, debido a la cantidad de intereses en juego (patrimoniales, familiares e incluso de orden público) el testamento es un negocio jurídico que puede presentar diversas limitaciones o restricciones a la libre voluntad de los particulares. En primer lugar, la autonomía del testador podrá verse afectada por el necesario respeto de las estrictas formalidades (intervención de notario, presencia de testigos, etc.) impuestas por el Código Civil y Comercial. Y es que la voluntad del testador no se basta a sí misma para que el negocio jurídico sea plenamente válido y eficaz, como ocurre en la mayoría de los negocios patrimoniales en los que rige el principio de libertad de forma. La violación de las normas relativas a los diversos requisitos formales de cada testamento conlleva, en principio, una sola y extrema sanción: la nulidad absoluta.

En segundo lugar, el Código Civil y Comercial impone al causante una segunda e importante restricción que recae nada más y nada menos que sobre la capacidad de disponer con toda libertad sobre sus propios bienes: nos referimos a la institución de sucesión forzosa o

legítima del art 2277. Si bien parecía que la regla en materia de sucesiones era que el causante podía distribuir con total libertad su patrimonio entre las personas que él quería y del modo, pero de la forma que quería, la realidad demuestra lo contrario: el testador tiene que reconocer los derechos que el Código Civil y Comercial atribuye a ciertos parientes, llamados legitimarios o herederos forzosos. Así, la legítima sería “la porción o cuota a que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge de cualquier persona, en el patrimonio de ésta a percibir a partir de su muerte si no se recibió en vida”. En consecuencia, la legítima impide no sólo que el causante distribuya su patrimonio como quiera luego de su fallecimiento, sino también donar libremente su fortuna en vida. No obstante, la institución de la legítima es fuente de muchas discusiones doctrinales, entre los autores que entienden que es preferible un sistema de amplia libertad del causante para disponer de sus bienes y los que entienden que el sistema de *herencia forzada* se ajusta a criterios de justicia y equidad.

Lo cierto es que, mientras que la teoría que sostiene la libertad del testador defiende también la autonomía de su voluntad, refiriéndonos, la capacidad que tiene el causante para disponer de su patrimonio cuando quiera, a favor de quien quiera y como quiera, por el contrario, la teoría de la legítima amplia, la niega o reduce considerablemente.

CAPÍTULO III

MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO

En los capítulos anteriores se ha estudiado y desmenuzado desde un punto de vista teórico el contenido principal del principio de la autonomía de la voluntad privada y de sus límites. A continuación se procede a exponer, desde una perspectiva más práctica, cuál es el contexto actual en el que dicho principio se desenvuelve en algunos ámbitos.

1. DERECHO DE FAMILIA

Dentro del conjunto de negocios en el que la autonomía de la voluntad de las personas se haya considerablemente reducida se encuentra el Derecho de Familia, que regula las relaciones jurídicas, patrimoniales o no, que pueden producirse en el seno de las relaciones recíprocas entre los miembros de una familia, unidos por el vínculo conyugal o el parentesco.

Este Derecho es de extrema importancia para el desarrollo de la vida y de la convivencia de la comunidad y, por ello, hay muchas normas imperativas e inderogables por la voluntad de los particulares. Por ello, en el ámbito del ordenamiento jurídico de la familia la autonomía de la voluntad privada suele quedar reducida a la mera creación del vínculo familiar, puesto que sus efectos surgirán por virtud de la ley y no de la voluntad del particular que lo creó. Por lo tanto, puede decirse que, en principio, es inconcebible que los cónyuges puedan estipular libremente los derechos y deberes derivados del matrimonio y de la adopción o que los padres decidan cuáles son sus deberes respecto de sus hijos por encima de las disposiciones legales o en contradicción con ellas.

De esta forma el Derecho de Familia se destaca por su carácter imperativo, y actualmente el Estado limita en él la autonomía de la voluntad de las personas cada vez con mayor intensidad, pero no quiere decir se haya anulado por completo.

Cabe mencionar, a modo de ejemplo, una de las modificaciones introducida por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que, en su artículo 505, admite la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, otorgando a los contrayentes la opción de elegir entre dos regímenes de bienes: comunidad o separación de patrimonios. Con el nuevo ordenamiento, los cónyuges podrán celebrar, antes de casarse, un acuerdo para mantener separados sus bienes.

2. CONTRATOS

El artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que “el contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

El Código establece una clasificación de los contratos:

- Contratos Unilaterales y Bilaterales. Son unilaterales cuando una de las partes se obliga hacia otra sin que ésta quede obligada. Son bilaterales cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra.

- Contratos a título oneroso o a título gratuito. Son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra. Son a título gratuito cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independencia de toda prestación a su cargo.

- Contratos conmutativos o aleatorios. Los contratos a título oneroso son conmutativos cuando las ventajas para todos los contratantes son ciertas. Son aleatorios, cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto.

- Contratos formales. Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha.

- Contratos nominados e innominados. Los contratos sin nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por:

- La voluntad de las partes;
- Las normas generales sobre contratos y obligaciones;
- Los usos y prácticas del lugar de celebración;
- Las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

Como ya hemos señalado a lo largo de este trabajo, los contratos obligan a las partes porque ellas lo han querido, y es aquí donde la voluntad de los contratantes cumple la función más importante. Las partes dan su consentimiento, es decir el acuerdo libre de sus voluntades.

Las obligaciones surgidas del contrato tienen fuerza jurídica, esto implica que, como dice De Castro (1985), “el ciudadano, el hombre libre conserve así una parcela de soberanía, que se manifiesta en poder crear Derecho. Cuando hace testamento su voluntad es ley y cuando con

otros celebra pactos, él y ellos son los que dan la ley del contrato”. En efecto, como vemos, en realidad la similitud entre las normas contractuales y las Ley es bastante estrecha, y lo es todavía más cuando el contrato se utiliza como instrumento para la consecución de intereses colectivos, como puede ser el caso de un convenio colectivo de trabajo. Aunque, como señala Galgano (1992), “mientras que en el caso de la ley, se trata de normas abstractas, generales e impuestas, en el caso del contrato, hablamos de normas que, aunque pueden ser abstractas, no dejan de ser particulares”. En cualquier caso, concluye muy acertadamente el autor, “lo importante es que las normas contractuales, si vinculan a los contratantes, es porque ellos libremente lo hayan deseado”. Por último, si es cierto que los contratos obligan a cumplir lo que las partes libremente han acordado, y tal y como lo han acordado, al hacer uso de su autonomía privada, sin embargo también lo es que, en muchas ocasiones, éstas se verán obligadas a observar determinadas reglas de conducta que no habían previsto inicialmente y que han sido insertadas en el contrato por obra de la Ley imperativa.

A continuación se describen los contratos en moneda extranjera, asociativos y de adhesión, con un análisis, siguiendo a Favier (2015), del impacto de la nueva reforma del Código Civil y Comercial Unificado.

A. Contratos en moneda extranjera

A partir del “cepo cambiario” que se originó en 2011 en la Argentina, muchos deudores tenían la incertidumbre sobre cómo afrontar obligaciones contractuales contraídas en moneda extranjera.

Ylarri (2013) y Albornos (2015) advierten que el “cepo cambiario” surgió ante el aumento de la llamada “fuga de capitales”, donde familias y empresas compraban dólares y otras divisas extranjeras. Por esto se tomaron una serie de medidas oficiales, tanto del Banco Central, la Secretaría de Comercio, la AFIP (agencia recaudadora de impuestos) y otras entidades públicas, con el objetivo de evitar que se compren dólares. Una de las medidas que se tomó, que aún se encuentra vigente, fue la de pedir autorización a la AFIP antes de comprar divisas extranjeras. Otra de las medidas, por ejemplo, fue la retención impositiva del 35% para quienes usaran las tarjetas en el exterior.

a) Antecedentes

La autonomía de la voluntad permite contratar en moneda extranjera, lo que genera la obligación de pagar en dicha moneda.

En su redacción original, el Código Civil disponía en el artículo 617 que si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas; norma que se complementaba con el artículo 619 del mismo Código. O sea, las monedas extranjeras eran cosas y, en caso de incumplimiento de entrega, este daba lugar a daños y perjuicios. Estos daños consistían en la obligación de abonar el equivalente en moneda nacional de curso legal al vencimiento de la obligación. A partir del año 1991, con la ley de convertibilidad (L. 23928), los artículos quedaron redactados de la siguiente manera:

ARTÍCULO 617: Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero.

ARTÍCULO 619: Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento.

En este esquema legal, que era el vigente, se asimila la moneda extranjera a la suma de dinero y ya no se trata de una cláusula estabilizadora, como antes, sino una verdadera obligación de dar dinero. Vale decir que, en este sistema, la moneda extranjera es una suma de dinero que tiene poder cancelatorio, aunque sin curso legal, forzoso y obligatorio.

En consecuencia, hasta la vigencia del nuevo Código, en nuestro país existe un sistema dualista por el cual, además de la moneda nacional, existe la moneda extranjera que tiene naturaleza legal de suma de dinero con poder cancelatorio por sí misma, aunque sin curso legal, forzoso ni obligatorio. O sea que la única forma para que el deudor cumpla la obligación de pago asumida en moneda extranjera en el contrato es con su entrega, sea dólar u otra la moneda foránea pactada, limitándose las consecuencias de la mora a la aplicación de intereses sin que corresponda, en principio, mayor resarcimiento (art. 622, Código Civil).

b) Solución del nuevo Código

El artículo 765 del Código Civil y Comercial establece que *“...si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”*.

Como se advierte, el nuevo Código vuelve al sistema original del Código Civil derogado, permitiendo que una deuda en dólares se pague en pesos a su “equivalente”.

En el punto, el proyecto se había modificado agregando *“de conformidad con la cotización oficial”*, lo que luego se suprimió, por lo que queda latente el debate de si la única equivalencia es el *“cambio oficial”* o pueden reconocerse otras.

De todos modos, la nueva redacción aconseja, en toda transacción en moneda extranjera, que se establezcan formas alternativas de cumplir la obligación en moneda extranjera para el caso de no existir libertad cambiaria, las que poseen plena validez.

Sin embargo, el mencionado artículo 765 no es de orden público, por lo que no hay inconvenientes que las partes pacten, en uso de la autonomía de la voluntad, que el deudor entregue la cantidad adeudada en la especie designada:

ARTÍCULO 766. Código Civil y Comercial: El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.

Conforme lo establecido en el artículo 962 del Código Civil y Comercial las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes a menos que de su modo expresión, de su contenido o su contexto resulte de carácter indisponible.

En este caso podemos citar el fallo de *F., M. R. c/A., C. A. y otros s/consignación; L., T. y otros c/F., M. R. s/ejecución hipotecaria*, con fecha 25/08/2015 de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federa, sala F, el cual se trata de una obligación de pago originada en un contrato de mutuo hipotecario pactado en dólares estadounidenses celebrado el día 15/02/2012. Frente a la negativa por imposibilidad de pagar en dicha moneda por parte de la actora, se resolvió que, conforme a lo establecido en el Código Civil y Comercial, las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, por lo tanto corresponde aplicar las previsiones contempladas en los artículos 617 y 619 del Código Civil (texto según ley 23.928). Asimismo en el art. 7 del nuevo cuerpo normativo se dispuso que cuando la norma es supletoria

no se aplica a los contratos en curso de ejecución, debiéndose aplicar por tanto la normativa supletoria vigente al momento de la celebración del contrato. (Ver Anexo)

Finalmente, en materia de depósitos bancarios en moneda extranjera, el artículo 1390 dispone que el banco depositario tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, lo que descarta la “pesificación” en dicho ámbito.

B. Contratos asociativos

De acuerdo a Golab (2013) los contratos asociativos son una modalidad que cada vez es más habitual y que se han ido incorporando gradualmente a nuestro derecho. Estos contratos son colaboraciones en el que “las partes, sin menoscabar sus intereses particulares (económicos, intelectuales, espirituales, etc.) se obligan a efectuar prestaciones y colaborar para la obtención de un fin común (...) En los «contratos asociativos en sentido propio», cuyo mejor exponente es el de sociedad sin ser el único, no existe un asociante y uno o más asociados, sino que cada parte participa directamente y a título igualitario (jurídicamente) en el negocio o en la empresa común (aunque sea a través del sujeto colectivo «sociedad») con intervención directa o indirecta en la gestión de los negocios comunes, con la facultad de concurrir a la formación de la voluntad colectiva y con derecho a participar de los beneficios, exigibles directamente al órgano común”. (Farina, 1993, citado por Golab, 2013, p.1).

La ley 26.994 traslada al cuerpo principal del nuevo Código a los contratos asociativos que estaban en la ley de sociedades y en la ley 26.005, suprimiendo el requisito de que las partes sean empresarios o sociedades.

Estos contratos asociativos están ahora regulados en una suerte de “parte general” por los artículos 1142 a 1447 del nuevo Código, cuyas características son: tener por objeto la colaboración, organización o participación, tener “*comunidad de fin*” entre sus miembros, no reconocimiento de personalidad ni de naturaleza societaria, libertad de formas, plenos efectos entre las partes, aun en caso de que se previera su inscripción y esta no tuviera lugar. De esta forma amplía el principio de la autonomía de la voluntad para este tipo de contratos.

Vale decir que, por primera vez en el derecho argentino, se admite en forma amplia y no taxativa la concertación de negocios asociativos sin el riesgo de ser considerados sociedades.

C. Contratos de adhesión

Se contrata por adhesión cuando una parte impone el contenido del contrato sin admitir el cambio de ninguna cláusula. Lo que caracteriza esta modalidad de contratación es que el adherente no puede proponer cambios en el proyecto de contrato: lo acepta o lo rechaza.

En estos contratos encontramos una serie de supuestos en el que la parte económicamente poderosa, para reducir los costes de negociación y facilitarse la distribución masiva de bienes y servicios, elabora unos tipos o modelos de contratos escritos que serán aplicados a un gran número de clientes.

Consecuentemente se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes que actúa como una voluntad individual. El ejemplo más típico de este tipo de contratos es el de un particular con una empresa de suministro de agua o de electricidad.

El Código Civil en su redacción antigua no mencionaba a los contratos de adhesión. Sin embargo el nuevo texto del Código Civil y Comercial de la Nación introduce el contrato de adhesión a cláusulas predispuestas (arts. 984 a 989) como nueva categoría de contratos. Define el contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas, indicando los requisitos que éstas deben tener, y distinguiendo entre cláusulas particulares, ambiguas y abusivas:

ARTÍCULO 984: El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción

ARTÍCULO 985: Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. Todo esto resulta aplicable a las contrataciones telefónicas, electrónicas o similares.

El hombre desde sus confines, antes que considerarse un ser individual, es un ser social, lo que lo obliga a vivir en sociedad y formar lazos con el resto de los miembros de ella. Dentro de esa convivencia en sociedad, siempre habrá, por razones naturales, algunos más débiles que otros, por lo que ese principio de igualdad pierde fuerza. Lo que ocurre, es que es

muy complicado desconocer, como lo dice Stiglitz (1995), "la existencia de confrontación entre empleadores y trabajadores; propietarios y locatarios; predisponentes y adherentes; profesionales y profanos; aprovechadores y necesitados; empresa y consumidor". De acuerdo a esto, y a la reflexión que hace Stiglitz en la misma obra, uno más fuerte y otro más débil de alguna forma siempre existieron, si pensamos simplemente en ese más débil en la relación, que manifiesta un solo consentimiento, de contratar o no, excluyéndose de esa relación cualquier posibilidad de tratos preliminares. Un gran ejemplo de esta situación es el contrato de adhesión como nombramos y explicamos anteriormente, aunque este contrato si bien tuvo como una de sus fuentes principales la parte más débil en el contrato, su razón de existir es un poco más profunda.

Lo importante es saber que el principio de la autonomía privada, como teoría, no se preocupa en tratar de explicar estos fenómenos porque está muy enfocada en el individualismo. Para llegar a una situación de solidaridad en las relaciones contractuales, se deben tener en cuenta varios aspectos que actúan como límites al principio de la autonomía privada, entre los cuales podemos mencionar el rol importante que juega el derecho imperativo para proteger el interés colectivo. Surge lo que podríamos llamar *formalismo*, que se suma a la intervención del estado en la relación de los particulares. El desarrollo del derecho imperativo sobre las relaciones de los particulares, marcó la necesidad existente de proteger al más débil. Pero, ¿cómo logramos esa protección requerida por el más débil en un contrato determinado? La respuesta a este interrogante es: a través del poder coactivo que surge del derecho imperativo, y que lo coloca en una situación de superioridad sobre cualquier norma de derecho supletoria o dispositiva. Sobre estas, es importante anotar que cuando hablábamos de individualismo, todo el ordenamiento jurídico ligado con las relaciones de los particulares, tenía esa característica de ser supletorio, y con esto nos referimos, a completar lo no hubiesen dispuesto los contratantes. Entonces el ordenamiento jurídico solo contenía normas que llenaban vacíos producidos por los particulares. Al respecto dice De Castro (1985): "la característica saliente de las normas dispositivas es que al suplir la voluntad inexpresada por los contratantes, tradicionalmente se acepta como valor entendido que ello importa el reconocimiento, a los particulares, de ser portadores de un poder jurídico consistente en dotar al precepto de un contenido distinto, o contrario al expresado por la norma legal". Si bien el ordenamiento se consideró tiempo atrás como complemento, hoy en día la situación debe ser diferente debido a que es preciso observar puntos importantes como la equidad, la buena fe, la funcionalidad y la economía del negocio, para que prevalezcan los intereses generales sobre los particulares, de tal forma que las partes pueden contar con el derecho imperativo, pero de ninguna manera pueden contradecirla. El

intervencionismo y formalismo, son limitantes de la autonomía privada, y conforman dos situaciones que en el fondo son contrarias a los lineamientos de ese excesivo poder de autorregulación por el principio de la autonomía privada. Se habla de un regreso al formalismo o neoformalismo, primero por simple seguridad jurídica y segundo por protección al más débil en la relación contractual. El consensualismo como extremo contrario del formalismo, no representa ni significa igual seguridad como medio de prueba, como sí lo significa y representa una solemnidad determinada en un contrato de derecho privado en donde exista una parte más débil.

Con lo anterior queremos expresar que esa solemnidad o ese formalismo tienen una mayor importancia en contratos, como por ejemplo, los de adhesión; para el efecto podemos traer como ejemplo el contrato de seguro, que al considerarse como de adhesión, presentará una parte llamada a ser la más débil, el adherente asegurado. Entonces ¿qué hace el legislador? El seguro es un contrato solemne, bilateral, aleatorio y de ejecución sucesiva. El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza. Además, es de ejecución sucesiva, lo que refuerza más la idea de una formalidad, las numerosas cláusulas que conforman el contrato y el interés de terceros, son puntos que justifican la utilización del medio escrito como requisito para el perfeccionamiento del contrato. De esta forma vemos, cómo el formalismo es un instrumento que acredita la existencia misma del contrato y de sus elementos esenciales y accidentales, pero además de esta consideración, es un limitante al principio de la autonomía privada. Starck (1986), quien se refiere al neoformalismo, expresa lo siguiente: "la *palabra dada* ya no satisface porque se revela como insuficiente". Por su parte, Morello (1990) dice: "el regreso al formalismo implica una protección que debe ser más enérgica, pues al tiempo de la redacción de los códigos civiles, para sus autores eran desconocidas ciertas desviaciones en las que ahora el consumidor requiere de una tutela particular, a partir de los métodos modernos de publicidad".

De esta forma vemos que ese formalismo se considera también como una protección al consumidor, o a la parte más débil en la relación contractual, pero esto no es suficiente para explicar de dónde nace esa protección. La intervención del estado en las relaciones de los particulares, en materia de contratación privada, nace de una desigualdad que tiene como fuente esas mismas relaciones, ya que debido a éstas aparecerá una parte más débil, debido a su poco poder de negociación. Pero de esa debilidad que lo convertirá en adherente, nace la existencia de uno más fuerte, que puede ser una empresa que difícilmente realizaría un contrato con ese sujeto determinado, bajo los lineamientos de un esquema individualista, en donde cada una de esas partes aportaría su propia voluntad. Por el contrario, lo más posible

hoy en día, sería que esa empresa establezca una serie de cláusulas o el contrato en su totalidad, de tal forma que ese sujeto no tenga la posibilidad siquiera de discutir eso que previamente se estableció, no hay plena libertad contractual, pero si libertad para contratar o libertad de conclusión, ese sujeto decide si contrata o no lo hace. De esta manera se explica la razón de la intervención del estado, específicamente en eso que venimos llamando la protección al más débil.

Lo que queremos decir con todo esto, es que el estado entra a proteger a un contratante más débil que fue producto del decaimiento del mismo principio de la autonomía privada, para dar paso a esas otras formas contractuales que no se caracterizan por tener ese principio como su principal lineamiento. Entonces, según todo lo anterior, el estado interviene para proteger a un más débil que apareció de una figura jurídica llamada contratos de adhesión, que surgieron de una corriente contraria a la autonomía privada. Todo esto significa que el estado se puede considerar como limitante a esa autonomía privada en el sentido de que a través de su poder legislativo, puede crear normas que incluyan ciertos formalismos en las relaciones de los particulares, pero, además de lo anterior entra a proteger al más débil en la relación contractual en una forma directa a través de los derechos que se le conceden directamente al consumidor.

Calais-Auloy (2006), definen el derecho de la consumición como: "el conjunto de reglas aplicables a los actos de la consumición, o lo que resulta lo mismo, a las relaciones entre profesionales y consumidores". Pero los mismos autores tienen una segunda concepción, como "el conjunto de reglas que tienen por objeto proteger a los consumidores". A su vez definen acto de consumición como "el acto jurídico que permite obtener un bien o un servicio con miras a satisfacer una necesidad personal". En sentido jurídico se considera consumidor *quién realiza dicho acto de consumición*. Según las anteriores definiciones, vemos cómo todos somos consumidores, en razón de que por lo menos alguno de los actos que se pueden considerar como de consumición son realizados por la mayoría de los individuos, entre tales actos podemos mencionar algunos como comprar alimentos, comprar un automóvil, comprar un boleto de micro, etc.

Pero entonces ¿cuál es la función de ese derecho, protegernos a todos de unos empresarios?; ¿regular las relaciones recíprocas que puedan existir entre esos empresarios y los respectivos consumidores?; o tal vez, ¿tratar de proteger el principio de la autonomía privada de los avances económicos e industriales de la época? Al respecto dice Baudouin (1973), "*el derecho de protección del consumidor reconoce un triple fin: a) Un fin "curativo" contra las deformaciones que el medio comercial y económico hace sufrir al consenso y a la b) libertad contractual; c) Un fin "preventivo" tendiente a evitar las prácticas lesivas; d) Un fin*

educativo, al que se asigna mayor futuro y que se asiente sobre el esclarecimiento del saber público en general respecto de los daños de una consumición desenfrenada y los peligros del crédito".

En conclusión, lo que debe buscar ese derecho a la consumición es justicia y equidad en las relaciones de los sujetos involucrados, haciéndose un énfasis importante en la protección que se debe dar a aquella parte o sujeto de la relación que se considera más débil. Este tema específico de las relaciones entre consumidor y empresarios tiene una mayor relevancia en el derecho comercial, y es esta rama del derecho la obligada igualmente a analizar ese movimiento que se ha generado en torno a la defensa de los consumidores. Es a través de los contratos comerciales que los individuos tratan de satisfacer sus necesidades, es a través de la conducta de los consumidores, de consumir, que se plasma la actividad comercial, son los consumidores los destinatarios de esa actividad. Pero no siempre los individuos sentirán satisfechas sus necesidades de consumo a través de los contratos comerciales, existen ciertas necesidades, como la de los servicios públicos, que superan el campo de las contrataciones mercantiles. De igual manera existen necesidades que sobrepasan el simple interés individual, es decir, necesidades de tipo colectivo que hacen necesario la existencia de protección colectiva, protección a los consumidores en general, bien sea de una región por ejemplo, o de cierto producto, pero siempre en función del interés general. Ese interés que se trata de proteger está muy ligado con lo que en la doctrina se llaman como intereses difusos que, según Andorno (1990), *"no pertenecen a una persona aislada, ni a un grupo nítidamente delimitado de personas, sino a una serie indeterminada, cuyos miembros no están ligados necesariamente por vínculos jurídicos definidos. Además tales intereses se refieren a un bien indivisible insusceptible de división en partes que puedan ser atribuibles individualmente a cada uno de los interesados. Estos se hallan así en una especie de comunidad tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión a la colectividad entera"*. Entonces de lo que se trata es de proteger esos intereses difusos, entre los cuales se encuentran la protección a los consumidores.

Para referirse a los consumidores, Stiglitz (1995) los distingue entre consumidor, consumismo y consumerismo, y los define: a) "el consumidor es quién consume; y según el diccionario de la lengua española, *consumir* es destruir, extinguir, utilizar comestibles y otros géneros"; b) "por consumismo se entiende la adquisición y utilización casi incontrolada, poco racional, de bienes y servicios de todas clases, como resultado de la incitación hecha por los empresarios para el aumento del consumo más allá de la satisfacción de las necesidades"; c)

"el consumerismo se opone al consumismo en cuanto trata de encauzar esa demanda desbordada e irracional de bienes y servicios cuyos efectos desfavorables para el público derivan de las técnicas de contratación masiva donde el consumidor queda a merced de la empresa". Stiglitz dice: "en un contexto hostil a la formación consciente y deliberada de contratar, y en un ambiente insensible a la falta de capacidad negociadora del consumidor, surge el consumerismo, que comprende en todos sus aspectos el complejo jurídico destinado a la protección de los consumidores". Una vez explicados los anteriores conceptos, podemos decir que existe una necesidad de crear una legislación especial que se encargue de la protección al consumidor. Al referirnos a los que se consideran una parte mucho más débil frente a las empresas, específicamente en una relación contractual; tal protección debe consistir en una tutela jurídica, ya que debemos pensar que el simple consumidor se adhirió o aceptó una de ciertas cláusulas impuestas por el mismo empresario. De lo que se trata es de una simple protección al individuo particular, que posiblemente obliga a abandonar el principio de la igualdad formal ante la ley para así tratar de proteger a ese más débil en determinada relación contractual. Tratando de hacer una especie de analogía, se trata de proteger al consumidor como parte más débil, a través de un derecho del consumidor, como se hace protegiendo al trabajador en una relación de tipo laboral, a través de un derecho especializado del trabajo. Es importante que diferenciamos entre el derecho del consumidor y la protección de los consumidores. El derecho del consumidor, según Farina (1993), es "el conjunto orgánico de normas -capaces de constituir una rama del derecho- que tienen por objeto la tutela de quienes contratan para la adquisición de bienes y servicios destinados, en principio, a la satisfacción de necesidades personales". Por otra parte, la protección al consumidor, es un conjunto de normas que a la vez están dispersas, pero de ninguna manera se han considerado como conjunto homogéneo que cuente con la importancia suficiente como para tratarse como rama específica del derecho.

En el caso *"Rudán SA y otro c/Cencosud SA s/ordinario"* fallo del 27/03/2008 de la Cámara Nacional de Comercio, sala A, las partes estuvieron vinculadas por sucesivos contratos por adhesión. La actora indicó que la conducta arbitraria y abusiva de la demandada, que detentaba una posición dominante en la relación, les generó una grave situación económica e importantes deudas comerciales y bancarias, tanto a la sociedad actora como a su presidente. Se resolvió aludir, antes que nada, al rol de la "autonomía de la voluntad" en este tipo de convenciones. Se concluyó en que no cabe caer en la simplificación de quienes sostienen la crisis de la noción de autonomía de la voluntad clásica, ante la aparición de los contratos por

adhesión, pues en aquellos casos en que no se verifique abuso del estado de necesidad, ligereza o inexperiencia de una de las partes, o en los que no se verificase abuso del derecho o mala fe, la "libertad de contratar" encuentra un instrumento útil al tráfico jurídico de masas en la integración de fórmulas contractuales generales, "estandarizadas" o predispuestas que, de este modo, expresan suficientemente la voluntad de las partes que las han aceptado, al incorporarlas a su relación jurídica.

De esta manera, en cuanto a la posición dominante en la figura de la demandada concluyó que, si bien existió, no se ha demostrado la existencia de abuso de esa condición en punto a los aspectos de la relación que se examina, al menos. En tanto los contratos habían sido suscritos libremente por la actora y renovados anualmente. (Ver Anexo)

D. SOCIEDADES

La ley 26.994 modifica a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales (LSC), sustituyendo su denominación por la Ley General de Sociedades (LGS), introduciendo diversas modificaciones. A continuación se destacan algunas de estas reformas, siguiendo a Favier (2015) y a Barbieri (2015).

A. Panorama en el Nuevo Código

a) Concepto de sociedad y Sociedad Unipersonal

El nuevo texto de la ley de sociedades da una importancia fundamental al principio de autonomía de la voluntad, reduce el régimen de responsabilidades y cambia fundamentalmente el régimen de la sociedad informal.

La LSC, antes de su modificación, establecía en su artículo 1º: *Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.*

Actualmente la LGS establece:

ARTÍCULO 1: Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previsto en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la

producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.

De esta manera se elimina el requisito, a entenderse como límite a la voluntad de las partes, de la pluralidad de socios para conformar la sociedad comercial. Este recaudo había sido resaltado como uno de los “caracteres esenciales” de la sociedad comercial.

A su vez se incorpora la tipificación de la sociedad unipersonal como anónima, con cual se está en presencia de la Sociedad Anónima Unipersonal (S.A.U). De este modo, el único modo permitido por la ley para constituir una S.A.U es la sociedad anónima, por lo cual se está imponiendo un límite al principio. Finalmente, se prevé que una sociedad unipersonal no podrá constituirse por otra sociedad unipersonal, situación que, en realidad, sería generadora de fraudes y hasta parecería imposible en el diseño del instituto.

En relación a la constitución de las S.A.U., por tratarse de una sociedad anónima, rigen ciertas exigencias en cuanto a sus formas. Así, al no haberse modificado el texto del art. 165 de la LSC, deberá expresarse en "instrumento público y por acto único...". Luego, debe seguirse el proceso constitutivo, a fin de lograr la inscripción en el Registro Público correspondiente.

Sin embargo, como se indica en el texto del art. 11, inc. 4º, “el capital deberá ser integrado totalmente en el acto constitutivo y en la suscripciones de futuros aumentos de capital”. Ello establece una clara diferencia con los restantes tipos societarios previstos en la ley 19.550, donde dicha exigencia se encuentra ausente, posibilitando la integración hacia el futuro, circunstancia que se genera frecuentemente en la práctica.

b) Sociedad informal

La ley 26.994 cambia fundamentalmente el régimen de la sociedad informal, o sea el que aquella que no acudió a instrumentarse como una sociedad “típica” (SRL, SA, etc.) y, por ende, se regía hasta ahora por las reglas de las “sociedades de hecho” (arts. 21 a 26, Ley 19.550).

Modifica tales artículos para crear una nueva categoría societaria a la que denomina “de la Sección IV”, y que se corresponde al concepto de “*sociedades informales*” y agrupa en una misma regulación a las que hoy son las “*sociedades civiles*” (con objeto empresario), la

“sociedad de hecho o irregulares” y las sociedades “nulas o anulables por atipicidad o falta de requisitos formales”.

Al haber desaparecido el régimen de las sociedades civiles del artículo 1648 y siguientes del derogado Código Civil, que no exigía, para que exista sociedad, la “forma organizada” ni la aplicación de los aportes a “*la producción e intercambio de bienes y servicios*”, resulta que en el concepto legal actual de la “sociedad” resulta imprescindible el “objeto empresario”, o sea, la existencia de una organización para la producción e intercambio de bienes y servicios.

En definitiva, a partir de la ley 26994, las sociedades no se denominan más “comerciales”, pero deben ser todas “empresarias”.

Pues bien, a diferencia de lo que ocurría con la ley 19.550, en el nuevo texto el contrato sí puede ser invocado entre los socios y sus cláusulas pueden oponerse contra los terceros que las conocían al contratar, incluso respecto de quién representa a la sociedad, todo lo que evita conflictos entre los socios y también con terceros.

La sociedad también podrá adquirir bienes registrales a su nombre, por un acto de reconocimiento de todos los socios, permitiendo separar los bienes personales de los bienes afectados a la empresa familiar.

Además, salvo pacto expreso o que se trate de una sociedad “colectiva” que no pudo inscribirse, la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad no es solidaria como ahora, sino que pasa a ser mancomunada y dividida en partes iguales.

Finalmente, el pedido de disolución de un socio no opera si hay plazo pactado y, si no lo hay, opera recién a los noventa días pero permite a los restantes continuar con la sociedad pagando la parte social a los salientes, todo lo que garantiza la continuidad.

c) La capacidad de los socios

El nuevo Código supera la limitación de la ley anterior, que solo permitía a los cónyuges ser socios de sociedades en las que tengan responsabilidad limitada y los autoriza a integrar cualquier tipo de sociedad, incluyendo a las informales de la Sección IV recién referidas (nuevo artículo 27, LGS).

Vale decir, desaparece la actual contingencia de que a una sociedad “comercial de hecho” entre marido y mujer, o con hijos y nueras, se la reputa como nula y se le exige la liquidación y/o se le impida la “regularización”.

En cuanto a las sociedades por acciones, se admite que puedan ser socias de otras sociedades por acciones, de SRL y que puedan ser parte de contratos asociativos (art. 30), lo

que despeja para siempre los fantasmas de la incapacidad, de la sociedad de hecho y de la posibilidad de invocar el contrato, en el caso de los joint ventures, “consorcios” y demás alianzas estratégicas entre empresas.

E. EJEMPLO:

A continuación se detalla a la Sociedad Anónima y a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, ya que son los tipos societario de mayor rigor en la Ley General de Sociedades, es decir, es a las que se les impone mayor cantidad de formalidades, formas y requisitos, tanto en su constitución como en su actividad.

A. SOCIEDAD ANÓNIMA

Constitución y naturaleza

El capital se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas

La sociedad se constituye por instrumento público y por acto único o por suscripción pública.

El contrato constitutivo será presentado a la autoridad de contralor para verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales. Conformada la constitución, el expediente pasará al Juez de Registro, quien dispondrá la inscripción si la juzgara procedente. Si el estatuto previese un reglamento, éste se inscribirá con idénticos requisitos. Si no hubiere mandatarios especiales designados para realizar los trámites integrantes de la constitución de la sociedad, se entiende que los representantes estatutarios se encuentran autorizados para realizarlos.

En la constitución por suscripción pública los promotores redactarán un programa de fundación por instrumento público o privado, que se someterá a la aprobación de la autoridad de contralor. Esta lo aprobará cuando cumpla las condiciones legales y reglamentarias. Se pronunciará en el término de quince (15) días hábiles. Aprobado el programa, deberá presentarse para su inscripción en el Registro Público de Comercio en el plazo de quince (15) días. Omitida dicha presentación, en este plazo, caducará automáticamente la autorización administrativa. Todos los firmantes del programa se consideran promotores.

El contrato de suscripción debe ser preparado en doble ejemplar por el banco y debe contener transcripto el programa que el suscriptor declarará conocer y aceptar, suscribiéndolo y además:

1º) El nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio del suscriptor y número de documento de identidad;

2º) El número de las acciones suscriptas;

3º) El anticipo de integración en efectivo cumplido en ese acto. En los supuestos de aportes no dinerarios, se establecerán los antecedentes a que se refiere el inciso 4 del artículo 170;

4º) Las constancias de la inscripción del programa;

5º) La convocatoria de la asamblea constitutiva, la que debe realizarse en plazo no mayor de dos (2) meses de la fecha de vencimiento del período de suscripción, y su orden del día.

El segundo ejemplar del contrato con recibo de pago efectuado, cuando corresponda, se entregará al interesado por el banco.

No cubierta la suscripción en el término establecido, los contratos se resolverán de pleno derecho y el banco restituirá de inmediato a cada interesado, el total entregado, sin descuento alguno.

Cuando las suscripciones excedan al monto previsto, la asamblea constitutiva decidirá su reducción a prorrata o aumentará el capital hasta el monto de las suscripciones.

La asamblea constitutiva debe celebrarse con presencia del banco interviniente y será presidida por un funcionario de la autoridad de contralor; quedará constituida con la mitad más una de las acciones suscriptas.

Si fracasara, se dará por terminada la promoción de la sociedad y se restituirá lo abonado.

Cada suscriptor tiene derecho a tantos votos como acciones haya suscripto e integrado en la medida fijada.

Las decisiones se adoptarán por la mayoría de los suscriptores presentes que representen no menos de la tercera parte del capital suscripto con derecho a voto, sin que pueda estipularse diversamente.

La asamblea resolverá si se constituye la sociedad y, en caso afirmativo, sobre los siguientes temas que deben formar parte del orden del día:

1º) Gestión de los promotores;

2º) Estatuto social;

3º Valuación provisional de los aportes no dinerarios, en caso de existir. Los aportantes no tienen derecho a voto en esta decisión;

4º Designación de directores y síndicos o consejo de vigilancia en su caso;

5º Determinación del plazo de integración del saldo de los aportes en dinero;

6º Cualquier otro asunto que el banco considerare de interés incluir en el orden del día;

7º Designación de dos suscriptores o representantes a fin de que aprueben y firmen, juntamente con el Presidente y los delegados del banco, el acta de asamblea que se labrará por el organismo de contralor.

Los promotores que también fueren suscriptores, no podrán votar el punto primero.

Labrada el acta se procederá a obtener la conformidad, publicación e inscripción.

El capital debe suscribirse totalmente al tiempo de la celebración del contrato constitutivo. No podrá ser inferior a PESOS CIENTO MIL (\$ 100.000). Este monto podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario

La integración en dinero efectivo no podrá ser menor al VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de la suscripción: su cumplimiento se justificará al tiempo de ordenarse la inscripción con el comprobante de su depósito en un banco oficial, cumplida la cual, quedará liberado. En la Sociedad Anónima Unipersonal el capital social deberá estar totalmente integrado. Aportes no dinerarios: Los aportes no dinerarios deben integrarse totalmente. Solo pueden consistir en obligaciones de dar.

El estatuto puede prever el aumento del capital social hasta su quíntuplo. Se decidirá por la asamblea sin requerirse nueva conformidad administrativa. La asamblea solo podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago. La resolución de la asamblea se publicará e inscribirá.

En las sociedades anónimas autorizadas a hacer oferta pública de sus acciones, la asamblea puede aumentar el capital sin límite alguno ni necesidad de modificar el estatuto. El directorio podrá efectuar la emisión por delegación de la asamblea, en una o más veces, dentro de los dos (2) años a contar desde la fecha de su celebración.

Debe respetarse la proporción de cada accionista en la capitalización de reservas y otros fondos especiales inscriptos en el balance, en el pago de dividendos con acciones y en procedimientos similares por los que deban entregarse acciones integradas.

Las nuevas acciones solo pueden emitirse cuando las anteriores hayan sido suscriptas.

B. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

La sociedad de responsabilidad limitada (S.R.L) se puede constituir por instrumento público o privado. El capital se divide en cuotas; los socios limitan su responsabilidad de la integración de las que suscriban. El número de socios debe no exceder de cincuenta.

La denominación social puede incluir el nombre de uno o más socios y debe contener la indicación "sociedad de responsabilidad limitada", su abreviatura o la sigla S.R.L. Si esto no se cumple se hará responsable ilimitada y solidariamente al gerente por los actos que celebre en esas condiciones.

Con respecto a las cuotas sociales tendrán igual valor, el que será de pesos diez (\$ 10) o sus múltiplos. El capital debe suscribirse íntegramente en el acto de constitución de la sociedad. Los aportes en dinero deben integrarse en un veinticinco por ciento (25 %), como mínimo y completarse en un plazo de dos (2) años. Su cumplimiento se acreditará al tiempo de ordenarse la inscripción en el Registro Público de Comercio, con el comprobante de su depósito en un banco oficial. Los aportes en especie deben integrarse totalmente. Los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes.

En los casos de transferencia de cuotas, la garantía del cedente subsiste por las obligaciones sociales contraídas hasta el momento de la inscripción. El adquirente garantiza los aportes solidaria e ilimitadamente, sin distinciones entre obligaciones anteriores o posteriores a la fecha de la inscripción. El cedente que no haya completado la integración de las cuotas, está obligado solidariamente con el cesionario por las integraciones todavía debidas. La sociedad no puede demandarle el pago sin previa interpelación al socio moroso. Cualquier pacto en contrario es ineficaz respecto de terceros.

El contrato constitutivo puede autorizar cuotas suplementarias de capital, exigibles solamente por la sociedad, total o parcialmente, mediante acuerdo de socios que representen más de la mitad del capital social. Los socios estarán obligados a integrarlas una vez que la decisión social haya sido publicada e inscripta. Deben ser proporcionadas al número de cuotas de que cada socio sea titular en el momento en que se acuerde hacerlas efectivas.

Con respecto a la cesión de cuotas, éstas son libremente transmisibles, salvo disposición contraria del contrato. La transmisión de la cuota tiene efecto frente a la sociedad desde que el cedente o el adquirente entreguen a la gerencia un ejemplar o copia del título de la cesión o transferencia, con autenticación de las firmas si obra en instrumento privado. La transmisión de las cuotas es oponible a los terceros desde su inscripción en el Registro Público de Comercio, la que puede ser requerida por la sociedad; también podrán peticionarla el

cedente o el adquirente exhibiendo el título de la transferencia y constancia fehaciente de su comunicación a la gerencia.

La ley 19.950 impone limitaciones a la transmisibilidad de las cuotas estableciendo que el contrato de sociedad puede limitar la transmisibilidad de las cuotas, pero no prohibirla. Son lícitas las cláusulas que requieran la conformidad mayoritaria o unánime de los socios o que confieran un derecho de preferencia a los socios o a la sociedad si ésta adquiere las cuotas con utilidades o reservas disponibles o reduce su capital. Para la validez de estas cláusulas el contrato debe establecer los procedimientos a que se sujetará el otorgamiento de la conformidad o el ejercicio de la opción de compra, pero el plazo para notificar la decisión al socio que se propone ceder no podrá exceder de treinta (30) días desde que éste comunicó a gerencia el nombre del interesado y el precio. A su vencimiento se tendrá por acordada la conformidad y por no ejercitada la preferencia. En la ejecución forzada de cuotas limitadas en su transmisibilidad, la resolución que disponga la subasta será notificada a la sociedad con no menos de quince (15) días de anticipación a la fecha del remate. Si en dicho lapso el acreedor, el deudor y la sociedad no llegan a un acuerdo sobre la venta de la cuota, se realizará su subasta. Pero el juez no la adjudicará si dentro de los diez (10) días la sociedad presenta un adquirente o ella o los socios ejercitan la opción de compra por el mismo precio, depositando su importe.

Cuando al tiempo de ejercitar el derecho de preferencia los socios o la sociedad impugnen el precio de las cuotas, deberán expresar el que consideren ajustado a la realidad. En este caso, salvo que el contrato prevea otras reglas para la solución del diferendo, la determinación del precio resultará de una pericia judicial; pero los impugnantes no estarán obligados a pagar uno mayor que el de la cesión propuesta, ni el cedente a cobrar uno menor que el ofrecido por los que ejercitaron la opción. Las costas del procedimiento estarán a cargo de la parte que pretendió el precio más distante del fijado por la tasación judicial.

Denegada la conformidad para la cesión de cuotas que tienen limitada su transmisibilidad, el que se propone ceder podrá ocurrir ante el juez quien, con audiencia de la sociedad, autorizará la cesión si no existe justa causa de oposición. Esta declaración judicial importará también la caducidad del derecho de preferencia de la sociedad y de los socios que se opusieron respecto de la cuota de este cedente.

La LGS prevé la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios. Su incorporación se hará efectiva cuando acrediten su calidad; en el ínterin actuará en su representación el administrador de la sucesión. Las limitaciones a la transmisibilidad de las cuotas serán, en estos casos inoponibles a las cesiones que los

herederos realicen dentro de los tres (3) meses de su incorporación. Pero la sociedad o los socios podrán ejercer opción de compra por el mismo precio, dentro de los quince (15) días de haberse comunicado a la gerencia el propósito de ceder la que deberá ponerla en conocimiento de los socios en forma inmediata y por medio fehaciente.

Como se puede observar, todos los aspectos de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada están perfectamente reglados, ya sea que hablemos de su constitución, de sus accionistas o socios respectivamente, de la forma de organizar la administración, del capital, su accionar, o de su liquidación.

Se pueden apreciar algunas diferencias entre ambas, como es en el caso de la constitución, donde la ley sólo admite el instrumento público para la sociedad anónima, y da la opción de hacerlo por instrumento público o privado a la de responsabilidad limitada. En cuanto a quiénes conforman la sociedad, la ley impone un máximo de 50 socios para la S.R.L., y ningún límite para la sociedad anónima. Con respecto a la responsabilidad de los socios, en las S.R.L. está limitada al aporte, en cambio en la sociedad anónima está limitada al capital suscrito. La ley establece un mínimo de capital para la sociedad anónima de \$100.000, y ningún límite de capital para la de responsabilidad limitada.

Así, la LGS restringe el principio de autonomía de la voluntad en estas sociedades, siendo más o menos rigurosas en diferentes aspectos.

Cabe aclarar que no por eso significa el principio se vea vulnerado, por el hecho de respetar las disposiciones societarias. Si podemos hablar de una limitación, pero no de su inexistencia. Entendiendo esta parte que, cualquier límite que los principios configuradores del tipo puedan suponer para la autonomía de la voluntad ha de ser interpretado de forma absolutamente restrictiva, y aplicado de manera muy cautelosa. Siendo labor de la jurisprudencia conectar esos principios configuradores que la ley no define.

CONCLUSIÓN

El principio de la autonomía de la voluntad en las contrataciones es sumamente importante, ya que los particulares lo utilizan al momento de optar por el medio más idóneo para satisfacer sus necesidades económicas o de cualquier otra índole. Se manifiesta de dos formas: la libertad contractual y la libertad de contratación. En el primero nos referimos a la libertad para constituir o no relaciones contractuales, mientras que en el segundo es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato. Mientras que la libertad de contratación opera de manera anterior a la formación del contrato, la libertad contractual actúa durante el inicio, la vida y el fin de la relación contractual. Por ello puede decirse que este principio justifica la existencia del contrato.

En teoría, esta autonomía que gozan las partes en el momento de la contratación desde que surgió el contrato, como vimos en los orígenes y en su posterior evolución, es una realidad protegida y consagrada por los principales textos legales. Sin embargo esta visión teórica de la autonomía de la voluntad privada pocas veces se ha dado de manera absoluta en la práctica. Generalmente se ve afectada por las distintas normas internas que surgen de los contratos y límites en la práctica. Es sumamente importante que el Poder Judicial en su trabajo de revisor asegure el cumplimiento de este principio para las partes, porque es uno de los principios fundamentales de la contratación. Por todo esto, se puede decir que el juez se convierte en el último garante de la autonomía de la voluntad de los contratantes, porque sus disposiciones tienen como fin la salvaguarda de la voluntad de las partes. En efecto, el juez al mismo tiempo que vela por que se cumplan los requisitos necesarios para que dicha autonomía exista y no sea viciada, por otro lado se encarga de que la voluntad de las partes se vea cumplida en el modo y en la forma que había sido prevista.

En numerosas oportunidades vemos que el contrato deja de ser un resultado de la autonomía privada para ser producto de la adecuación entre el resultado que pretenden las partes y el ordenamiento jurídico. De esta manera los límites de la autonomía de la voluntad consiguen que no se los considere como excepciones de una intervención estatal indeseable, para ser entendido como manifestación positiva de un mismo bien común, de modo que se integran en el contrato en un plano compartido con la voluntad. El orden público junto con la moral y las buenas costumbres, donde el juez es el encargado de velar por el respeto al orden público vigente, pues sobre él recae la importante tarea de determinar, cuando la ley no lo diga,

qué convenciones le son contrarias, constituyen el conjunto de condiciones fundamentales de vida social que no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos

La autonomía de la voluntad privada se encuentra limitada por el mismo texto legal desde el día la que la consagraron. La ley limita además, la función regularizadora del negocio jurídico, no sólo en lo referente a si se puede o no celebrar determinado tipo de negocio, sino directamente en el contenido del contrato que se quiere celebrar, al establecer cláusulas que no debe contener o las que debe contener.

También la limitan al dotar al contrato libremente concertado, de un contenido previo e imperativamente fijado, o al imponer determinadas formalidades a los negocios, cuyo desconocimiento invalida el negocio cuando se le considera requisito esencial para su constitución.

Como se vio a lo largo del trabajo, la autonomía de la voluntad es un principio básico y fundamental que surge en los contratos como formadora de los mismos. Afecta también a las sociedades y su desenvolvimiento en la actualidad. Tenemos casos como lo es el derecho de familia que se destaca por su carácter imperativo, y actualmente el Estado limita en él la autonomía de la voluntad de las personas cada vez con mayor intensidad, pero no quiere decir se haya anulado por completo. También algunos contratos en particular como la contratación en moneda extranjera, los contratos asociativos y lo de adhesión, donde podemos comparar y observar claramente el principio y sus modificaciones en el nuevo Código Civil y Comercial.

La ley 26.994 introduce diversas modificaciones a la ley 19.550 de sociedades comerciales. El nuevo texto de la Ley General de Sociedades da una importancia fundamental al principio de autonomía de la voluntad, reduce el régimen de responsabilidades y cambia fundamentalmente el régimen de la sociedad informal. También hablamos de la sociedad informal y de la sociedad anónima, que a través del paso de los tiempos se han ido actualizando y adecuándose a la sociedad y las condiciones de negociación.

Vemos que aunque el principio de la autonomía de la voluntad sea limitado, amenazado por distintos factores, como es uno de los pilares de la contratación, y de la protección de los contratantes siempre es defendido y se trata de preservarlo hasta última instancia.

REFERENCIAS

ALBORNOS, S. (2015, abril 14). *Llega el nuevo Código Civil y Comercial: ¿qué validez tendrán los contratos que se pacten en dólares?* iProfesional [en línea]. Recuperado el 21 de noviembre de 2015 de <http://www.iprofesional.com/notas/209791-Llega-el-nuevo-Codigo-Civil-y-Comercial-qu-validez-tendrn-los-contratos-que-se-pacten-en-dlares>.

ANDORNO, L.O. (1990). *Responsabilidad Civil por Productos Elaborados*. Buenos Aires: Editorial Zeus.

ARGENTINA. *Ley N° 19.550 (t.o 1948 y modificada por ley n° 26.994) General de Sociedades*. Disponible en www.infoleg.gov.ar

BALLESTEROS, J.A. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona.

BARBIERI, P. (15 de abril de 2015). *Las Sociedades Unipersonales en el Código Civil y Comercial*. CABA. Recuperado el 23 de julio de 2015, de Sistema Argentino de Información Jurídica: www.infojus.gov.ar.

BAUDOUIN, R. (1973). *Trabajo de Asociación Henri Capitán. Tomo 2*. Paris

BETTI, E. (1959). *Teoría General del Negocio Jurídico*, trad. A. Martín Pérez. Madrid.

BORDA, G. (1998). *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones Parte General . Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

CALAIS-AULOY, J. (2006). *Droit de la Consommation*. Dalloz, Paris.

CODIGO CIVIL CHILENO (t.o 1857 y modif.).

CODIGO CIVIL COLOMBIANO. (t.o 188 y modif.)

CODIGO CIVIL ESPAÑOL. (t.o 1889 y modif.)

CODIGO CIVIL FRANCES. (t.o 1804 y modif.)

CODIGO EUROPEO DE CONTRATOS DE LA ACADEMIA DE PAVIA. (2009).

CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS. (1980). Viena.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio Jurídico*. Civitas, Madrid.

FARINA, Juan M. (1993). *Contratos Comerciales Modernos*. Editorial Astrea, Buenos Aires.

FAVIER DUBOIS, E. (2015). *Panorama de derecho comercial en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación vigente a paratir del 01/08/2015*. ERREPAR. Diponible en www.errepar.com

FRANCIA. *Ley N° 2004-575. Para la confianza en la economía digital.(2004.)*

GALGANO, F. (1992). *El negocio jurídico*. Valencia.

GOLAB, J. (2013, noviembre 15). *Contratos Asociativos y excepción de incumplimiento*. Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios. Recuperado el 21 de noviembre de 2015 de <http://www.ijeditores.com.ar>

GUTIÉRREZ AGUILAR, A. (1995). *La evolución del contrato*. México. Boletín del Instituto del Derecho Comparado. Recuperado de www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/22/dtr/dtr2.pdf

HERNÁNDEZ FRAGA, K. (2012). *El principio de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones*. Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, Universidad de Cienfuegos, p. 27-46. Recuperado el 23 de julio de 2015 de <http://www.eumed.net/rev/rejje/06/hfgc.pdf> .

LACRUZ, J.L y OTROS. (2004). *Sucesiones*. 2ª Edición. Dyckinson. Madrid.

LALAGUNA, E. (1972). *La libertad contractual*. revista de Derecho Privado, vol. II.

LLAMBÍAS, J. (1967). *Tratado de derecho civil. Parte General . Tomo I*. Buenos Aires: Perrot.

MOISSET DE ESPANES, L. (2000). *La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil*. Mendoza: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza.

MORELLO, A.M. (1990). *Contrato y Proceso*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

MOSSET ITURRASPE, J. (Ed.). (1990). *Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.

- PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO de la Comisión de Derecho europeo de los contratos. (1995).
- RIVERA, J. (Ed.). (1998). *Instituciones del Derecho Civil- Parte General*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- SORO RUSSEL, O. (2007). *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*. Real Pérez, A. (Dir.). Madrid: UCM. Recuperado el 3 de julio de 2015, de http://eprints.ucm.es/12205/2/DEA_El_principio_de_la_autonom%C3%ADa_de_la_voluntad_privada_en_la_contratacion.pdf.
- STARCK, B. (1986). *Derecho Civil: Obligaciones*. Editorial Litec.
- STIGLITZ, R. (1992). *Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato*. Buenos Aires.
- STIGLITZ, R. (1995). *Contratos por Adhesión*. Buenos Aires.
- TINTI, G. (1997). *Autonomía de la voluntad en el contrato y criterios para su consideración judicial*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 3 de julio de 2015, de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/autonomia-de-la-voluntad-en-el-contrato-y>
- UNIDROIT. (1995). *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*. Roma.
- YLARRI, P. (2013, diciembre 3). *¿Qué es el cepo cambiario de la Argentina? ¿Cómo funciona?* El Economista [en línea]. Recuperado el 21 de noviembre de 2015 de <http://www.economistaamerica.com.ar/economia-eAm-argentina/noticias/5364147/12/13/-Que-es-el-cepo-cambiario-de-Argentina-Como-funciona.html>

Páginas consultadas

- ERREPAR, www.errepar.com
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA, www.encyclopediia-juridica.biz14.com
- IJ EDITORES – INFORMACIÓN JURÍDICA, www.ijeditores.com.ar

ANEXO

Algunos fallos relacionados al tema

En el presente anexo se recopilan los fallos mencionados en el trabajo, para una mejor comprensión del mismo:

Rudan SA y otro c/Cencosud SA s/ordinario

PARTE/S:	Rudan SA y otro c/Cencosud SA s/ordinario
TRIBUNAL:	Cám. Nac. Com.
SALA:	A
FECHA:	27/03/2008

En Buenos Aires, a los 27 días del mes de marzo de dos mil ocho, se reúnen los señores jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, con asistencia de la señora secretaria letrada de Cámara, para entender en los autos caratulados "Rudan SA y otros c/Cencosud SA s/ordinario" (expte. 79.981 - reg. de Cámara 60.993/2003), originarios del Juzgado del Fuero N° 9, Secretaría N° 18, en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo establecido en el artículo 268, Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación, resultó que debían votar en el siguiente orden: doctora María Elsa Uzal, doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers y doctora Isabel Míguez.

Estudiados los autos se planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta la doctora Uzal dijo:

I. La sentencia del caso y breve reseña de los antecedentes

1) En la sentencia de fojas 354/362 la magistrada de grado acogió parcialmente la demanda promovida contra Cencosud SA, a quien condenó a abonar a Rudan SA el importe correspondiente a las utilidades que hubiese percibido en el período faltante para la extinción

del contrato atípico que uniera a las partes, resuelto por la demandada en junio de 2001 (rectius: junio de 2002), con más intereses. Asimismo, desestimó la procedencia de la acción deducida por el coactor Daniel Alberto Kenigsberg y, finalmente, impuso las costas en el orden causado.

Los hechos del caso han sido sintetizados en el fallo indicado en lo que la jueza estimó razonable consignar y a esa referencia cabe remitirse, "brevitatis causae".

2) En el caso, Rudan SA y Daniel Alberto Kenigsberg -por derecho propio- persiguen el cobro de una indemnización estimada en ochocientos cuarenta y dos mil novecientos dieciséis pesos (\$ 842.916) por los perjuicios (daño emergente, lucro cesante y daño moral) que dijeron haber sufrido por la ruptura intempestiva y arbitraria del vínculo que los uniera a la demandada, basado en sucesivos contratos "de provisión" de artículos de iluminación, suscriptos en 1997, en 1999, en el año 2000 y en el año 2001, bajo la modalidad de contratos por adhesión. En ésta se pactó la comercialización de productos de la actora en los "home centers" que giraban bajo el nombre de fantasía "Easy" y "Jumbo", explotados por la accionada, quien, como contraprestación, retenía un porcentual -denominado "descuento" por los ahora litigantes- acordado sobre cada venta realizada a los clientes particulares.

Indicaron que la conducta arbitraria y abusiva de la demandada -que detentaba una posición dominante en la relación- les generó una grave situación económica e importantes deudas comerciales y bancarias, tanto a la sociedad actora como a su presidente (Daniel Alberto Kenigsberg), quien -por su parte- había oficiado como avalista en múltiples contrataciones de préstamos personales destinados a la explotación comercial de Rudan SA.

De su lado, al contestar demanda Cencosud SA solicitó su rechazo, con costas, y opuso respecto de Kenigsberg la excepción de falta de legitimación con fundamento en la ausencia de relación directa entre éste y la demandada.

Reconoció la existencia de la relación comercial con Rudan SA, pero negó el desequilibrio en las prestaciones y mucho más aún haber incurrido en conductas abusivas, en tanto los contratos habían sido suscriptos libremente por la actora, renovados anualmente y recibidos todos los pagos sin reserva previa alguna.

3) En su pronunciamiento, la a quo hizo lugar a la excepción de falta de legitimación planteada contra Daniel Alberto Kenigsberg, al considerar que sea ya bajo el carácter de presidente de Rudan SA o de socio de esta última, los actos realizados por los representantes de la sociedad anónima debían ser atribuidos a ésta, no cupiendo que aquéllos pretendan un resarcimiento a título personal. Determinó que tampoco procedía la acción en el carácter de avalista de Rudan SA, pues más allá de la escasa actividad

probatoria desarrollada al respecto, lo cierto era que el otorgamiento de fianzas no autorizaba a terceros acreedores a reclamar, pues en el caso ni siquiera se trataría de acreedores de las obligaciones aseguradas.

En cuanto a la demanda incoada por Rudan SA, luego de analizar las pruebas documental, pericial contable y testimonial y de definir las modalidades de contratación acordadas entre los ahora litigantes, la magistrada concluyó en que la actora no había acreditado que la demandada hubiese actuado abusivamente -vgr. respecto a las devoluciones de productos- o contrariado las condiciones oportunamente convenidas por las partes. Agregó que tampoco se había probado que el procedimiento seguido por la accionada en la explotación de sus hipermercados hubiese diferido de los usuales en este tipo de contratación, y menos aún generado un beneficio desmedido en perjuicio de los derechos del actor.

No obstante, respecto a la ruptura unilateral del contrato, consideró la sentenciante que, tratándose de relaciones por períodos anuales en las que la demandada exigió la realización de inversiones a la contraria, no sólo en productos, sino también en aportes dinerarios -tal como surgía de la ampliación de la peritación contable-, la finalización abrupta del vínculo, sin mediar siquiera un razonable preaviso, importó claramente un ejercicio abusivo de la ley, censurado por el artículo 1071, Código Civil. Sobre esa base, dispuso que la demandada abonase a Rudan SA "la utilidad promedio percibida entre los meses de enero a junio de 2001, en que se realizaron ventas por la suma de \$ 136.761,66", con más los intereses devengados desde el 27/6/2002 (fs. 361).

4) Contra el pronunciamiento de primera instancia se alzaron tanto los accionantes (fs. 366), como la demandada (fs. 368), quienes fundaron sus recursos mediante los memoriales que obran a fojas 379/394 y 397/399, respectivamente.

Recurso de la parte actora

Los accionantes se agraviaron porque: i) el a quo consideró inexistente el abuso de posición dominante en la que se hallaba la demandada en la contratación, cuando -precisamente- se había acreditado lo contrario en la causa, ii) a diferencia de lo opinado por el sentenciante, no fue cierto que su parte hubiese obtenido grandes beneficios económicos a partir de la contratación, iii) para la base de cálculo de las utilidades perdidas debió haberse tomado como parámetro la primera etapa de la relación, en la que ésta gozaba de un mayor equilibrio, iv) respecto a Kenigsberg, correspondió acoger la demanda a su favor, al haberse probado que su estado de cesación de pagos se originó en su actuación como avalista de Rudan SA, v) asimismo correspondió indemnizar los rubros correspondientes al daño

emergente, al lucro cesante y al daño moral y, vi) finalmente, criticó la imposición de costas por su orden, solicitando al respecto que las mismas fuesen impuestas enteramente a la contraria.

Recurso de la parte demandada

De su lado, la queja de la accionada se centró en que la indemnización otorgada por "ruptura unilateral del contrato" no fue peticionada por la parte actora, violentándose el principio de congruencia. A ello agregó que no podía obviarse que las partes habían previsto que la relación contractual podría concluir en cualquier tiempo, sin penalidad ni indemnización alguna, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones pendientes, no cupiendo pues la indemnización por lucro cesante, máxime cuando -a contrario sensu de lo sostenido por la magistrada- no existió abuso de su parte.

Por último, se agravó respecto a lo resuelto en materia de costas, pues en virtud del principio objetivo de la derrota, correspondió a Kenigsberg afrontar la totalidad de las originadas por su actuación y, en cuanto a Rudan SA, aquéllas generadas por el rechazo total de los rubros por "daño emergente", "daño moral" y, sólo parcialmente, respecto al "lucro cesante".

II. La solución

1) El "thema decidendum"

Delineado del modo expuesto el cuadro de situación de la controversia, el "thema decidendum" reside en determinar, por un lado si, en virtud de los términos de la contratación mantenida entre las partes, existió abuso por parte de la demandada con motivo de su posición dominante y, por otro, si la extinción del vínculo -dispuesta por Cencosud SA- significó el ejercicio abusivo de un derecho en los términos del artículo 1071, Código Civil, y, en su caso, la extensión de la indemnización debida y, finalmente, si correspondió el rechazo de la demanda contra Kenigsberg.

En ese cometido, y no hallándose controvertido en la especie que las partes estuvieron vinculadas por sucesivos contratos por adhesión, resulta conveniente aludir -antes que nada- al rol de la "autonomía de la voluntad" en este tipo de convenciones. Sólo alcanzada dicha claridad, será posible examinar -en el marco contractual traído a estudio- el grado de cumplimiento de los derechos y obligaciones estipulados por las partes, así como la regularidad -o no- de la forma de terminación del vínculo comercial, dispuesta por la demandada.

2) El principio de autonomía de la voluntad

Recuerda la doctrina que un antiguo dicho francés -que, por cierto, tiene sus orígenes en Roma- comparaba la sujeción de los contratantes a su convención con la atadura de los bueyes al yugo (se atan los bueyes por sus cuernos, y los hombres por sus palabras: "on lie les boeufs par le corves, et les hommes par les paroles"), graficando así los efectos obligacionales del contrato para sus partes (Loysel: "Institutes coutumieres" - III - 1 - 2 - cit. por Ourliac - Malafosse: "Droit romaine et ancien droit" - Paris - 1961 - T. I - pág. 99).

El principio "pacta sunt servanda" era junto con el de la "autonomía de la voluntad" - con el cual tiene estrecha vinculación- uno de los pilares del contrato clásico. Tal es así que Vélez Sársfield hizo expresa referencia al primero en el artículo 1137, Código Civil, donde al definir el contrato, adoptó el criterio más amplio del concepto, identificándolo con la idea género de "convención", y al segundo -es decir, el denominado "principio de autonomía de la voluntad"- en el artículo 1197 del Código Civil, en el cual, como pauta rectora, se estableció que la voluntad de las partes contractualmente expresada constituye una regla a la que deben someterse como a la ley misma. Su fuente es el artículo 1134 del Código Civil francés (ver nota al pie del art. 1197 en el Código), que textualmente expresa: "les conventions légalment formées tiennent lieu de loi á ceux qui les ont faites". Cotejando ambos textos puede apreciarse que el autóctono supera en fuerza al modelo, pues según este último las convenciones "tienen el lugar de la ley", y según el artículo 1197 forman para las partes "una regla a la cual deben someterse como la ley misma".

Desde esa perspectiva, la autonomía de la voluntad como derecho incuestionable, comprende la discrecionalidad de contratar o negarse a hacerlo, la de elegir con quien contratar y en última instancia decidir sobre la regulación del convenio (cfr. Belluscio y Zannoni: "Código Civil y leyes complementarias" - Ed. Astrea - Buenos Aires - 1984 - T. 5 - pág. 892). Son las libertades que López de Zavalía denomina "de conclusión" y "de configuración" del contrato y que comprenden, por un lado, la decisión de contratar, y por otro, la elección de la forma y la posibilidad de modificar, transmitir y extinguir lo convenido, sincronizando con el cocontratante el ejercicio de estas facultades, siempre preservando derechos de terceros (véase: López de Zavalía, Fernando J.: "Teoría de los contratos. Parte general" - 3ª ed. - Buenos Aires - pág. 300; Spota, Alberto G.: "Instituciones de derecho civil - Contratos" - Buenos Aires - 1975 - I - Nros. 16/17 - pág. 22 y ss.).

En esa inteligencia se ha señalado con acierto, que al término "autonomía", aplicado a la "voluntad" y en el ámbito del derecho contractual, suele atribuírsele dos significados: i) de un lado, que la voluntad del sujeto es fuente original del derecho, es decir, una fuente independiente de todo orden jurídico preestablecido, de tal modo que el sujeto crea en esta

materia, normas jurídicas "ab initio", y ii) de otro lado, que la voluntad del sujeto representa una fuente derivada, capaz de crear normas jurídicas porque un orden jurídico preestablecido la habilita para ello y que, en tal caso, se le reconoce el goce de un derecho subjetivo, derivado de un orden jurídico que lo acuerda [cfr. Uzal, María E.: "Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional (con particular referencia al Mercosur)" - ED - T. 179 - pág. 1184, con citas de: Schnitzer, Adolf: "Les contrats en droit international privé suisse. Recueil des Cours" - 1968 - T. 123 - págs. 582 y ss.; Alfonsín, Quintín: "Régimen internacional de los contratos" - Ed. ROU - Montevideo - 1950 - pág. 13 y ss.].

En su momento he destacado también que, con uno u otro significado, a quienes gozan del derecho de contratar se les reconoce la calidad de sujetos autónomos (de 'autónomos', su propio legislador) puesto que se admite que crean, por su propia voluntad, las normas del contrato que celebran, concordando la voluntad de las partes (consentimiento), en lo acordado (contenido del contrato). De esta manera, reconocer y respetar el contrato equivale a reconocer y respetar lo que las partes convinieron a su arbitrio (Uzal: "Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional (con particular referencia al Mercosur)" - ED - T. 179 - págs. 1185, 1186).

Esa voluntad o "libre albedrío", traducido en libertad y autonomía jurídica, facilita que los sujetos se desplacen dentro del negocio con la mayor creatividad, y ese reconocimiento se ve reflejado -por ejemplo- en la posibilidad de generar figuras contractuales no reguladas o atípicas -como la del "sub lite"- para realizar una finalidad práctica.

En ese contexto, es frecuente que las cláusulas que instrumentan la autonomía conflictual, aparezcan -como en el caso- insertas en un contrato standard, o de adhesión, o que posea cláusulas generales predispuestas de contratación que contienen las reglas de autorregulación aplicables al contrato.

Las cláusulas standard han sido definidas en "Principios sobre los contratos comerciales internacionales", Unidroit, Roma, 1995, como aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso personal y repetido y que son utilizadas de hecho, sin ser negociadas con la otra parte. Su validez se ajusta a las normas generales que se refieren a la formación del contrato, pero también se ha sostenido que deben juzgarse carentes de eficacia las estipulaciones incorporadas a cláusulas standard cuyo contenido o redacción no fuese razonablemente previsible por la otra parte, salvo que dicha parte la aceptase expresamente. Al respecto, tengo dicho que para determinar la existencia de dicha estipulación, debe tenerse en cuenta su contenido, lenguaje y presentación [véase

"Principios..."; "Estipulaciones sorpresivas" - art. 2.20; y Uzal: "Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional (con particular referencia al Mercosur)" - ED - T. 179 - pág. 1196].

Existe consenso en buena parte de la doctrina en cuanto a que en caso de contradicción entre cláusulas standard y otras que no o sean prevalecerán estas últimas (art. 2.21, en "Principios..."). En caso de contradicción entre formularios, cuando ambas partes utilizan cláusulas standard y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá celebrado en base a lo acordado y a lo dispuesto en aquellas cláusulas que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes hubiese indicado claramente con antelación que no tiene el propósito de quedar obligada por ese contrato [véase art. 20.22, en "Principios..."; y Uzal: "Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional (con particular referencia al Mercosur)" - ED - T. 179 - pág. 1196].

En general, se suele desconocer este tipo de cláusulas cuando a través de ellas se advierte abuso de la posición dominante de una parte sobre otra, aunque no toda hipótesis de desigual poder negociador puede llevar a estas conclusiones -véase que existen partes atípicamente débiles: minoristas, artesanos, pequeños comerciantes, cuya protección hay que valorar con especial cuidado antes de excluir, sin más, la "lex contractus"- [Uzal: "Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional (con particular referencia al Mercosur)" - ED - T. 179 - pág. 1196].

Ahora bien: esa facultad dispositiva en la "libertad de configuración" del contrato reconocida a ambos contratantes -o, en su defecto sólo a uno de ellos, de tratarse de un supuesto de adhesión- y que les autoriza a reemplazar con estipulaciones propias las disposiciones previstas por el legislador -que de ese modo adquieren carácter supletorio de la autonomía de la voluntad -, debe ejercerse dentro de los límites fijados por las disposiciones coactivas e imperativas del derecho interno, esto es, por las normas inderogables que no resultan derecho disponible para las partes. Así pues, en nuestro derecho cabría apartarse de las condiciones generales de un contrato, cuando se advirtiese transgresión de los principios de orden público resguardados por el artículo 14, inciso 2) del Código Civil, o cuando fuesen abusivas (art. 1071, CC), lesivas (art. 954, CC), contrarias a la buena fe (art. 1198, CC), ilícitas (arts. 953, 1167, CC), contrarias al derecho de un estado extranjero aplicable al caso, etc. [cfr. Uzal: "Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional (con particular referencia al Mercosur)" - ED - T. 179 - pág. 1196].

En este marco, debe concluirse en que no cabe caer en la simplificación de quienes sostienen la crisis de la noción de autonomía de la voluntad clásica, ante la aparición de los contratos por adhesión, pues en aquellos casos en que no se verifique abuso del estado de necesidad, ligereza o inexperiencia de una de las partes, o en los que no se verificase abuso del derecho o mala fe, la "libertad de contratar" encuentra un instrumento útil al tráfico jurídico de masas en la integración de fórmulas contractuales generales, "estandarizadas" o predispuestas que, de este modo, expresan suficientemente la voluntad de las partes que las han aceptado, al incorporarlas a su relación jurídica.

De ello se colige que -por regla- los contratos con cláusulas predispuestas o por adhesión en principio, obligan a las partes a lo allí convenido: bajo este prisma habrá de procurarse -luego de dejar sentadas las reglas de interpretación aplicables a la materia contractual- la solución debida al caso.

3) Las reglas sobre la interpretación contractual

Sabido es que las reglas legales de interpretación contractual conducen a procurar el recto sentido de lo que las partes quisieron estipular en una contratación; esto es, tratar de desentrañar sus objetivos y buscar sus fines, pues como lo afirma Betti, interpretar es la "acción en la cual el resultado o evento útil es el entendimiento" ("Interpretación de la ley y de los actos jurídicos" - trad. De los Mozos - Revista de Derecho Privado - Madrid - 1975 - pág. 24; CNCCom. - esta Sala - 21/11/2006 - mi voto - "in re" "Rothberg, Oscar Edgardo y otros c/Porto, Sergio Fabián y otro").

Sobre esa base, pues, interpretar un contrato es desentrañar el verdadero sentido y alcance de las manifestaciones de voluntad que concurren a formar esa declaración de "voluntad común" que determina la existencia de aquél (art. 1137, CC). Las manifestaciones de voluntad de los contratantes no siempre resultan inequívocas, ni son siempre congruentes o adecuadas a la verdadera intención del -o de los- autores de esa declaración. Con lo cual, después de celebrado un contrato, se plantea el problema de establecer su correcto significado y alcance o, en otros términos, de determinar lo realmente "querido" por las partes por encima de las divergencias e incongruencias respecto de lo manifestado. Se ha dicho así que el obstáculo en la interpretación surge, precisamente, cuando no obstante la aparente coincidencia de las manifestaciones comunes, la voluntad de cada una de las partes no coincide realmente con la de las otras (ver Fontanarrosa: "Derecho comercial argentino" - Ed. Depalma - Bs. As. - 1976 - T. II - Contratos comerciales - pág. 150).

Conforme a lo expresado, máxime cuando no nos hallamos ante una figura contractual típicamente delineada en nuestra ley mercantil, debe interpretarse el instrumento contractual,

circunscribiendo la interpretación del contrato al documento mismo, continente de las reglas de autonomía material de la voluntad de las partes en torno a este contrato. La tarea debe emprenderse, pues, desde el propio contrato a la luz de los artículos 218 y 219, Código de Comercio, sin olvidar que en el derecho argentino rige, en contratos atípicos como el de marras, la libertad de formas en las convenciones (arts. 973, 974 y 1182 del CC, aplicables - conf. el art. 207, CCo.- a la materia mercantil) y que incluso, en cuanto a la prueba, admiten medios probatorios distintos de los instrumentos escritos (arts. 1190 a 1192, CC y 208 a 210 del CCo.).

Por tanto, la reconstrucción de la voluntad de las partes en un contrato y su interpretación impone examinar, el instrumento cuando éste existe, y esa interpretación debe efectuarse a la luz de la relación exteriorizada en la anterior y posterior conducta de las partes. Ello es conforme a las pautas rectoras proveídas por el artículo 218 del Código de Comercio y principios generales del derecho, como el de la buena fe (art. 1198, CC; véase CNCom. - esta Sala A - 21/11/2006 - mi voto - "in re" "Rothberg...", cit. supra).

La aplicación de estas reglas comprometen pues, al negocio en su integridad conceptual; se trata de lo que Betti denominó "el canon hermenéutico de la totalidad" (Betti: "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos" - trad. De los Mozos - Revista de Derecho Privado - Madrid - 1975 - pág. 243). Es que, para interpretar el contrato hay que tomarlo, tal como lo decía Messineo, "como un todo coherente"; no se trata de una simple suma o adición de condiciones, sino de un conjunto orgánico (Messineo, Francesco: "Doctrina general del contrato" - trad. Sentís Melendo y Fontanarrosa - Ed. Ejea - Buenos Aires - 1987 - T. II - pág. 107).

En ese orden de ideas ha de rescatarse también la reflexión de Danz, cuando apuntaba que lo importante para la interpretación es conocer los fines económicos perseguidos por las partes al contratar. En efecto, "el derecho ampara la consecución de esos fines y, por tanto, el juez para poder otorgar la debida protección del derecho al negocio jurídico o declaración de voluntad de que se trata, tiene que empezar exactamente por conocer esos fines" (Danz, Erich: "La interpretación de los negocios jurídicos" - 2ª ed. española - Nº 1 - pág. 107 - cit. por Halperín, Isaac y Barbato, Nicolás: "Seguros" - Ed. Depalma - Buenos Aires - 2003 - pág. 733).

En la misma línea de ideas, el artículo 218, inciso 4), Código de Comercio, enuncia que los hechos de los contrayentes subsiguientes al contrato y que tengan relación con él, son la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrarlo.

Siguiendo a Alegría, esta redacción requiere algunas precisiones: i) cuando el contrato se refiere a hechos de los contrayentes, se debe señalar que está ciñéndose a los actos voluntarios de éstos (arts. 897 y 898 y ss. del CC); ii) hay opinión generalizada en el sentido de que no sólo son valorables los actos posteriores al contrato, sino que pueden serlo los anteriores o coetáneos; y, iii) todos estos actos pueden llevar no sólo a la interpretación de la intención de las partes al celebrar el contrato, sino también a interpretar modalidades de ejecución o, incluso, modificaciones de aquél (Alegría, Héctor: "Interpretación de los contratos en el derecho argentino" - LL - 2005 - T. E - pág. 962; CNCom. - esta Sala A - 21/11/2006 - mi voto - "in re" "Rothberg..." , cit supra).

Ergo, los actos de los contratantes posteriores a la celebración del contrato, como la ley claramente lo dice, sirven -a los fines interpretativos- como la mejor explicación de la intención de las partes [art. 218, inc. 4), CCo.]. Esto resulta evidente cuando con esta voluntad se otorga un sentido a un elemento o convención del contrato, para analizar en este caso si existió -o no- abuso de posición dominante por parte de la accionada, o, en su caso, abuso de derecho en la forma escogida para extinguir la relación contractual.

4) El abuso de posición dominante

Si bien los elementos apuntados supra son suficientes -en una primera aproximación- para perfilar una interpretación adecuada del contrato, en forma previa al examen de las particularidades presentes en la especie aparece útil efectuar -aunque más no sea brevemente- algunas consideraciones en torno al significado de la situación de posición dominante y su eventual abuso, por constituir éste el argumento central de la accionante para imputar a la demandada la supuesta responsabilidad por los perjuicios presuntamente padecidos.

El abuso de dependencia económica o de posición dominante en el mercado ha sido abordado de manera diversa, lo que no obsta a que se hayan sentado tendencias que -con alguna diversidad de matices prácticos- permiten arribar a conclusiones uniformes, siendo de interés recordar los desarrollos alcanzados en la materia en Francia y en los Estados Unidos de Norteamérica.

Para los franceses, predomina en la configuración del abuso de dependencia económica o de posición dominante una idea subordinada a la valoración de la posición de la empresa en el mercado y de los efectos anticoncurrenciales de las prácticas abusivas que ella ha concretado: el abuso tipificado requiere la acreditación de un comportamiento configurativo de un efecto restrictivo de la competencia [Albanese, A.: "Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e i equilibrio del rapporto" - Europa e diritto privato - 1999 -

fasc. 4 (diciembre) - pág. 1181 refiriéndose a la O. 86-1243]. No es suficiente por ello la existencia de un abuso de la situación de superioridad en la relación individual entre las partes; de ahí que muchas veces pueda estarse en presencia de aquellos acuerdos negociales que no se deben examinar como contrato individual aislado, sino como fragmento de una actividad de la empresa, cuya valoración está estrictamente conectada con el contexto económico y con la estructura del mercado en el que existe (alude a estas situaciones Vettori, G.: "Autonomía privada y contrato justo en derecho privado" - Homenaje a Alberto J. Bueres - Ed. Hammurabi - pág. 488 - cit. por Tobías, José y Goldenberg, Isidoro: "Abuso de posición dominante" - LL - 2005 - T. D - pág. 2002).

Considerable similitud con la figura que se viene analizando reviste la doctrina norteamericana de la "unconscionability": ella se configura cuando una de las partes está en condiciones de imponer condiciones inequitativas, obrando en exceso, desmesura o sin escrúpulos, usando su fuerte poder de negociación o tácticas antiéticas para aprovecharse de la debilidad o ignorancia o necesidad ("distress") de la otra. Regulada por el "Uniform Commercial Code" como una regla general aplicable a todos los contratos de venta de bienes fue extendida a los contratos en general por el "Restatement Second". Ambos se limitan a establecer la facultad de los tribunales para negar eficacia a los contratos o reajustar sus términos, sin llegar a caracterizar la doctrina. En general, se acepta que la "unconscionability" se configura en presencia de dos (2) elementos:

a) Abuso de la posición dominante: la sola existencia de un desigual poder de negociación ("unfair bargaining") es insuficiente para configurar este extremo; se requiere un abuso del mayor poder de negociación, que puede consistir en el empleo de presiones injustas o la existencia de un poder de negociación lo suficientemente importante como para que la parte débil no tenga otra alternativa que aceptar las condiciones ofrecidas por la parte dominante o un cierto grado de compulsión u explotación de la enfermedad, ignorancia o dificultades de comprensión;

b) Términos del contrato injustos o inequitativos ("unfair contract terms") o manifiestamente favorables para la parte dominante (Blum, A.: "Contracts" - Aspen Law & Business - pág. 366 y ss., cit. por Tobías, José y Goldenberg, Isidoro: "Abuso de posición dominante" - LL - 2005 - T. D - pág. 2002).

Ahora bien: no obstante que la doctrina norteamericana requiere la concurrencia de los dos elementos enumerados, se ha observado que en la práctica de los tribunales, cuando uno de ellos se presenta muy manifiestamente, la existencia del restante se evalúa con menor rigurosidad; en ciertas circunstancias, incluso, como cuando la inequivalencia es

grosera se presume la existencia del restante elemento. Pero, se reitera, la sola desigualdad de poder de negociación es insuficiente, por sí sola, para la configuración de la "unconscionability" (Tobías y Goldenberg: "Abuso de posición dominante" - LL - 2005 - T. D - pág. 2002).

De ello cabe concluir que la particularidad de la figura es que el mayor poder de negociación no se relaciona con la posición de la parte abusadora en el mercado, sino con relación a la situación en que se encuentran las partes contratantes.

Estímese necesario, pues, dejar establecido que detentar una posición dominante en una relación contractual no es sinónimo de obrar abusivo: es indudable que no habrá de caerse, en el caso, en petición de principios. El obrar abusivo requiere una actuación deliberada a través de cláusulas sorpresivas destinadas a perjudicar al contrario, establecer relaciones desiguales o inequitativas, inducir a error a la contraparte con la intención de obtener un beneficio desmedido a expensas o en perjuicio de ella (al respecto ver art. 3.10 de los "Principios sobre los contratos comerciales internacionales"). En la hipótesis de que ninguna de estas pautas se verifique, por más que exista posición dominante, difícilmente podrá aludirse a abuso de dependencia económica.

Con base en lo expuesto, han de abordarse las particularidades que rodean al caso bajo examen.

5) La modalidad contractual bajo estudio: principales cláusulas estipuladas por los ahora litigantes.

Conforme se adelantara, las partes fueron contestes en punto a haber celebrado sucesivos contratos por adhesión de duración anual, en los que -en líneas generales- se pactó que la accionante (Rudan SA) entregaría parte de su producción a la contraria (Cencosud SA), quien luego de comercializarla en los "home centers" existentes en los hipermercados por ésta explotados (Easy y Jumbo), se obligaba a entregar a la primera el resultante obtenido en concepto de precio, con menos los "descuentos" pautados como contraprestación a favor de la demandada.

Trátase de una modalidad de contratación propia y a los fines que aquí interesan pues, habrá de tomarse el último contrato firmado por las partes el 1/10/2001 (cuya copia obra glosada a fs. 110/112 vta., y cuyo original -fs. 135/137- se halla reservado como documentación original, que tengo a la vista), siendo que la accionante no rechazó su autenticidad en forma categórica; tan sólo ensayó una negativa meramente general sin cuestionar su firma ni demostrar su eventual falsedad (véase fs. 156), por lo cual, en virtud del juego armónico de los artículos 358 y 356, párrafo 1, Código Procesal, Civil y Comercial

de la Nación, tendré por reconocido dicho instrumento y la autenticidad de la firma del actor. Ello máxime cuando esa parte acompañó, en el momento procesal oportuno, copia del contrato que pretendió desconocer genéricamente (ver fs. 66/69, reservado como documentación original).

En el contrato en cuestión se establecen, en su Anexo 5 (fs. 112 vta.) las denominadas "condiciones generales ofrecidas", que junto con las "condiciones ofrecidas" (ver fs. 110/111) completan el cuadro normativo aceptado por las partes en el marco de su "libertad de conclusión" del acuerdo, para fijar los términos de la relación.

Dentro de las "condiciones generales ofrecidas" se determina, al referir a los "descuentos comerciales y plazos de pagos de las facturas", cuál es el "precio" cobrado como contraprestación por Cencosud SA: adviértase, por ejemplo, que en el último año de la relación se pactó un "descuento" del 20% -a favor de la demandada- sobre el importe de venta del producto al público en los "home centers" sitios en los hipermercados y supermercados Easy y Jumbo. Repárese en que este precio relativo a la contraprestación percibida por la demandada ha sido designado por las partes como "descuento", prescindiendo de que bajo este mismo término y, contablemente, se entiende por "descuento" a "la rebaja que se hace sobre el precio, independientemente del valor de la mercadería, considerando exclusivamente el plazo de pago" (cfr. Cholvis, Francisco: "Tratado de organización, costos y balances" - Ed. Partenon - Buenos Aires - 1960 - T. II - págs. 8/9). En sentido amplio, pues, aquí se ha utilizado "descontar", en la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española, como "rebajar una cantidad al tiempo de pagar una cuenta, una factura, un pagaré, etc."

Así pues, es claro que lo querido por las partes al introducir el término en cuestión fue aludir a la contraprestación -pago- percibida o a percibir por el accionado, por haber puesto en venta en sus locales la producción de la contraria.

Aclarado lo anterior, cabe manifestar que los "descuentos" concebidos en los puntos 3 y 4 del contrato obedecían a concesiones efectuadas por la actora a la demandada, para afrontar gastos correspondientes a la central de compras (2%) y a publicidad y promociones (3%), erogaciones -éstas- deducidas mensualmente sobre el importe final neto de los descuentos comerciales, neto de IVA y de devoluciones (ver fs. 110 vta.).

De su lado, en el punto 8 se alude a los denominados "descuentos por escala de crecimiento", que significan un aumento porcentual (que rondó en el último año de la relación entre el 5 y el 10%) variable -a favor del demandado-, de acuerdo al volumen de compra de los clientes concurrentes a los "home centers" habilitados.

Asimismo, también en el punto 8 se pautó que la demandante debería afrontar una suma como "contribución" por la inauguración de cada nuevo local de la accionada (estimada en \$ 5.000 en el contrato bajo estudio).

En el punto 9 se dejó sentado que Cencosud SA podría devolver a la actora los productos que "por cambio de temporada, cambio de modelos y otros conceptos, no roten con la periodicidad adecuada o presenten fallas".

De su lado, en el punto 10 quedaron establecidos ciertos compromisos asumidos por la accionante a su propio costo, a saber: i) entregar todos los productos con código de barra, ii) cumplir con un porcentaje mínimo de entrega del 95%, iii) entregar las mercaderías a los 5 días hábiles de recibidas las órdenes de compra y iv) prestar servicios de ayuda de repositorios externos.

Por último, en el Anexo 5 (que contiene las "condiciones generales" ofrecidas por la demandada) se fijó que la accionante: i) debía responder frente a cualquier reclamo judicial o extrajudicial realizado a la contraria en relación con la mercadería entregada, así como cumplir con la legislación vigente en materia tributaria (cláusula 1); ii) debía proveer sus productos de acuerdo a la lista de precios más baja del mercado para el canal hipermercadista, supermercadista o al que correspondiere (cláusula 2), iii) debía correr con el costo y responsabilidad del transporte de la mercadería (cláusula 3), iv) debía entregar la mercadería a la demandada en tiempo y forma (cláusula 4), v) debía retirar la mercadería dentro de los 15 días de notificada la devolución por la accionada (cláusula 5), vi) debía afrontar la devolución de la mercadería defectuosa (cláusula 6), vii) debía recibir los pagos en las condiciones establecidas supra (cláusula 7), viii) debía afrontar exclusivamente las obligaciones laborales por sus dependientes (cláusula 9), ix) debía cumplir con la entrega de la mercadería publicitada (cláusula 10), x) debía hacer frente el costo de los dispositivos de seguridad para la mercadería (cláusula 12), xi) debía notificar con 60 días de anticipación a la demandada si el producto fuera discontinuado o cesase en su producción (cláusula 14), xii) no podía obligar a la contraria a realizar compras máximas o mínimas (cláusula 15), y xiii) no podía transferir a terceros las facturas emitidas como consecuencia de la relación comercial (cláusula 18). También se alude en este sector normativo a la terminación del contrato, cuestión a la que referiré infra.

6) ¿Existencia de abuso de posición dominante por la demandada?

Ahora bien: a la luz de esta normativa emergente de la autonomía de la voluntad de las partes y de las probanzas producidas en la especie, en lo que a la celebración y ejecución

del contrato respecta, no advierto que pueda atribuirse a la demandada un abuso de posición dominante.

Ello, pues de la lectura de las cláusulas referidas supra -reiteradas todos los años en los que las partes formaron contrato- no es dable predicar sorpresa o engaño de parte de la demandada, a poco que se repare que la actora conocía y estaba al tanto de la entidad de los compromisos comerciales asumidos y los arrostraba desde años atrás.

Prueba de ello es que la actora no demandó la nulidad de lo acordado, ni menos aún planteó su reformulación en términos más equitativos para superar el abuso que invoca - conforme lo autoriza el art. 954, CC-, sino que suscribió nuevos acuerdos con la contraria, pudiendo negociar los porcentajes a pagar a Cencosud SA como contraprestación, gozando desde este ángulo de un margen de libertad para decidir la contratación, aceptando -o no- la entidad a los mal llamados "descuentos comerciales" (véanse las declaraciones testimoniales de Oscar Héctor Rodríguez, fs. 225/233; Jorge Fernández, fs. 271/280 y Hugo Lopiano, fs. 286/292).

En punto a las erogaciones que la accionante debía afrontar frente a la apertura de nuevos locales de la cadena que poseía la demandada, estimo que conocía perfectamente tal posibilidad, pues su costo había sido pautado de antemano, y si estaba dispuesto a no afrontarlo, se hallaba libre para no contratar con la accionada ("libertad de conclusión" del contrato).

A ello se suma, como observación al paso que, en la especie, no existiría obligación de "exclusividad" de la actora para con la accionada: Rudan SA podía colocar su producción libremente en el mercado, siendo Cencosud SA tan sólo uno de los canales destinados a colocación de la mercadería. Es más: si de exclusividad se trata, cabe interpretar que la demandada estuvo obligada a observarla respecto de la actora, pues en el sector en el que ésta participaba con la oferta de su producción (iluminación) no podían intervenir otros competidores. No desconozco que la accionante colocaba la mayoría de su mercadería en los locales de la contraria (véase la peritación contable a fs. 305/307 y ampliación a fs. 312/313), pero ello -sin dudas- obedeció a una cuestión de política comercial de la accionante, cuyos resultados no aparecen -de modo alguno- imputables a posteriori a Cencosud SA.

Por ende, estímesese que puede concluirse en que, en el caso, si bien existió posición dominante en la figura de la demandada, no se ha demostrado la existencia de abuso de esa condición en punto a los aspectos de la relación que se examina, al menos.

Otro tanto cabe decir respecto de la contingencia de que a la actora le fuera devuelta la mercadería por parte de la demandada: no estimo que exista abuso en devolver una línea de productos que no haya sido enajenada a los clientes particulares, pasado cierto tiempo, máxime cuando ello había sido expresamente pactado por los cocontratantes. Esta circunstancia forma parte del riesgo propio del negocio.

En esa inteligencia -y luego de meritar el alcance de la conducta de las partes con posterioridad a la celebración de cada contrato, art. 218, inc. 4), CCo.- considero que no existió explotación de la necesidad, de la inexperiencia, ni de la ligereza de la actora, ya que tratándose de una sociedad comercial, muy difícilmente quepa atribuirle tales calificativos.

En el contexto señalado no aprecio que la demandada -en vistas al fuerte poder de negociación que detentaba- haya incurrido en condiciones inequitativas o tácticas antiéticas para aprovecharse de la supuesta debilidad o ignorancia o confusión de Rudan SA más aún cuando mientras estuvo vigente la relación esta última no manifestó desacuerdo, ni efectuó reclamo alguno.

7) La extinción del contrato

Sentado lo anterior, cabe ingresar en la extinción del vínculo que unió a las partes.

El modo de terminación del contrato se halla contemplado en la cláusula 17 de las "Condiciones generales ofrecidas", de donde surge que: "la relación comercial entre las partes podrá culminar en cualquier momento sin penalidad ni indemnizaciones algunas, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones pendientes a cargo de cada parte...".

Cabe observar en el "sub lite" que si bien los sucesivos contratos tienen como fecha de vigencia el primer día de los años 1997, 1999, 2000 y 2001, nada fijaron las partes respecto a su fecha de terminación (ver fs. 90/112).

Pues bien, mientras que los contratos de plazo determinado se rigen por lo acordado en cuanto a plazos de vigencia y de preaviso, los contratos "de duración", por tiempo indefinido, o de "prestaciones fluyentes" pueden ser finalizados por las partes en cualquier momento, notificando fehacientemente la decisión con una antelación razonable -si es que no se estableció lo contrario en el contrato- o, en su defecto, indemnizando (así lo he sostenido respecto de contratos así tipificados, como juez de primera instancia, el 27/3/2002 - "in re" "Cigoper SA c/Massalin Particulares SA"; CNCom. - esta Sala - 3/5/2007 - mi voto - "in re" "Paradiso Trans SRL c/Massalin Particulares SA").

En rigor, en caso de un contrato que fácticamente se presenta como de "duración" y con prestaciones continuadas o "fluyentes", ante la indeterminación de su plazo de vigencia ninguna de las partes está autorizada para hacer cesar la relación sin preaviso, salvo que -

como en el caso- se hubiesen previsto las condiciones de tal posibilidad, o que un "casus" impusiera hacerlo o que hubiere acaecido una actividad francamente culpable o dolosa de la otra parte afectada (conf. Sala C - "Agroquímica Puesto Viejo SRL c/Novaratis Argentina SA" - 18/7/2003; íd. - "Guimasol SA c/Lever y Asoc. SA" - 6/5/1994).

En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Automóviles Saavedra SA c/Fiat Argentina SA" (del 4/8/1988), cuando sostuvo que - no existiendo una previsión como la aquí comentada- para la procedencia de la rescisión unilateral de un contrato, cabe exigir -entre otros recaudos- un preaviso otorgado con una prudente antelación que también puede hallarse contractualmente previsto, cumplido lo cual, la ruptura unilateral del vínculo no puede reprocharse, toda vez que, salvo disposición expresa de la ley, nadie puede ser obligado a permanecer atado a una relación jurídica de modo indefinido (cfr. esta CNCom. - esa Sala A - 12/12/2006 - "in re" "AVS SRL c/Asociación Civil Educativa Escocesa San Andrés").

Es claro que, en ausencia de plazo cierto que fije un término de vencimiento de la relación contractual, debe entenderse que las partes han querido hacer durar el contrato por el tiempo que les resulte conveniente (en el caso, por lo general, los contratos fueron renovados anualmente), no resultando admisible que ninguna de ellas quede vinculada "sine die" a la otra (CNCom. - esta Sala - 14/12/2006 - "Heregal SRL c/Coca Cola Femsa de Buenos Aires SA s/ordinario"), sin perjuicio de lo cual siempre cabe el derecho implícito de denuncia que asiste a ambas partes del contrato, que no puede ser ejercido abusivamente o de mala fe (CNCom. - esta Sala - 3/5/2007 - mi voto - "in re" "Paradiso Trans SRL c/Massalin Particulares SA").

Así pues, luego de analizar las características de la contratación habida entre las partes, no se estima que la demandada haya ejercitado abusivamente su derecho de terminación del contrato. En efecto, debe remarcar en el caso, en primer término, que ambas partes, en ejercicio de su "libertad de conclusión" del contrato aceptaron que no sólo la accionada, sino también la actora, es decir, "ambas partes" podían disponer -sin necesidad de preaviso alguno- la culminación de la relación comercial "en cualquier momento sin penalidad ni indemnizaciones algunas" y "sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones pendientes a cargo de cada parte". Es claro que esa convención se estimó adecuada, por ambas partes, para las modalidades de su relación, con lo que, entonces, bastaba la notificación a la contraria de la voluntad de efectivizar este modo de rescisión -pre convenido- para que el mismo resultase operativo, se reitera, sin penas ni indemnizaciones, salvo la cancelación de las obligaciones pendientes entre las partes. Esta última expresión

(obligaciones pendientes entre las partes), rectamente entendida, implica pues, que según lo previsto debían concluirse las prestaciones negociables que se tenían entre manos, ya iniciadas y que debían resolverse o terminar de decidirse ante la finalización de la relación (véase Diccionario de la Real Academia Española, el término "pendiente" en su segunda acepción).

En segundo lugar, debe advertirse que dadas las características de la contratación habida entre los ahora litigantes no se había pautado el reconocimiento de una situación capaz de exteriorizar la existencia de una dependencia económica de la accionante para con la demandada, por lo que no cabría atribuir a la desvinculación inmediata las secuencias gravosas que podrían entenderse producidas en otros contratos, vgr. en concesiones automotrices o en contratos de distribución, en los que usualmente los concesionarios o los distribuidores deben comercializar exclusivamente los productos de los concedentes o distribuidos.

En tercer lugar, desde la firma del último contrato (1/10/2001, ver fs. 111) hasta la comunicación de la rescisión unilateral dispuesta por parte de la demandada, transcurrieron aproximadamente ocho (8) meses, tiempo más que razonable para que el contrato produjese sus efectos, con las únicas limitaciones representadas por el contexto económico entonces vigente (y que, por cierto, afectaba a ambas partes).

Desde esta perspectiva, juzgo que la indemnización conferida por la señora jueza de grado no se ajusta a los expresos términos del pacto habido entre las partes. Ello pues, no probada la ilicitud de la conducta de la accionada, es imposible responsabilizarla por la reparación de los supuestos daños padecidos por la contraria, hasta la finalización prevista inicialmente en un contrato luego rescindido, que según lo pactado sólo contemplaba la obligación de liquidar aquellas prestaciones que se encontraban "pendientes".

Dicho esto, creo importante remarcar que uniformemente se admite en doctrina que para que exista responsabilidad civil deben configurarse cuatro (4) elementos -comunes a ambos supuestos de responsabilidad (contractual o extracontractual)- a saber: i) antijuridicidad, ii) la existencia de un daño, iii) relación de causalidad entre el hecho ilícito o el incumplimiento y el daño, y iv) la imputabilidad de aquéllos al autor del daño o la concurrencia de un factor legal de atribución de responsabilidad (cfr. Bustamante Alsina: "Teoría general de la responsabilidad civil" - Ed. Abeledo Perrot - Buenos Aires - 1980 - pág. 86; Llambías, Jorge J.: "Tratado de derecho civil. Obligaciones" - Buenos Aires - Ed. Abeledo Perrot - 1973 - T. I - Nº 98, etc.).

Más concretamente, no hay responsabilidad civil si no hay antijuridicidad en la conducta del sujeto demandado (cfr. Salvat: "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones" - T. IV - pág. 74 - nota 22; Orgaz: "El daño resarcible" - 1960 - pág. 18).

Lo señalado lleva a concluir que si no se verificó antijuridicidad en el accionar de la demandada, difícilmente podría -conforme se acaba de manifestar- hacérsela responsable por los daños reclamados por la parte actora, toda vez que frente a la inexistencia de un obrar antijurídico, deviene de imposible verificación la relación de causalidad que permita ligar a Cencosud SA a los supuestos perjuicios padecidos por la parte demandante.

Esto sella la suerte adversa del reclamo formulado en autos, cupiendo -como lógico corolario- acoger el recurso de la accionada y, en consecuencia, revocar la sentencia de la anterior instancia en lo relativo al acogimiento parcial de la demanda, dispuesto por la a quo.

Llegado a este punto, deviene pues abstracto abordar el resto de los agravios formulados por la parte actora, al haber perdido virtualidad su examen por no haberse acreditado en este pleito los recaudos de menester para atribuir responsabilidad a la demandada. Inclusive la pretensión de reconocer las presuntas consecuencias perjudiciales de la rescisión unilateral bajo examen en la situación personal del coactor Kenigsberg o en su estado o situación de cesación de pagos.

8) Costas

Habida cuenta que lo hasta aquí expuesto conduce a la revocación de la sentencia de grado, tal circunstancia determina la pérdida de virtualidad de la imposición de costas efectuada en la anterior instancia, debiendo este tribunal expedirse nuevamente sobre este particular, en orden a lo previsto por el artículo 279 del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación.

Pues bien, sabido es que en nuestro sistema procesal, los gastos del juicio deben ser satisfechos -como regla- por la parte que ha resultado vencida en aquél. Ello así en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558, CPCC) y se imponen no como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido.

Es cierto que ésa es la regla general y que la ley también faculta al juez a eximir de las costas al vencido, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito para ello (arts. 68 y ss.). Pero ello, esto es, la imposición de las costas en el orden causado o -en su caso- su eximición, sólo procede en los supuestos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes su

regulación requiere un apartamiento de la regla general (cfr. Colombo, Carlos y Kiper, Claudio: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación " - T. I - pág. 491).

De los antecedentes de este litigio no se advierte fundamento que se aprecie suficiente a los fines de desvirtuar el principio general antes apuntado, por lo que estimo que la imposición de costas en ambas instancias a la parte actora en su calidad de vencida en el proceso (art. 68, CPCC), resulta ser la solución más congruente a las circunstancias determinantes de la solución que se estima pertinente en el "sub lite" (cfr. esta CNCom. - esta Sala A - 27/11/2007 - "in re" "Sudaka SRL c/Pol-Ka Producciones SA").

III. La conclusión

Por lo hasta aquí expresado, propongo al Acuerdo:

a) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la sociedad accionada y declarar abstracto expedirse sobre el resto de los agravios de los accionantes.

b) Revocar íntegramente la sentencia apelada.

c) Rechazar en todas sus partes la demanda incoada en autos contra "Cencosud SA".

d) Imponer las costas de ambas instancias a la parte actora, dada su condición de vencida (arts. 68 y 279, CPCC). He aquí mi voto.

Por análogas razones el señor juez de Cámara doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers y la señora juez de Cámara doctora Isabel Míguez adhieren al voto precedente.

Buenos Aires, 27 de marzo de 2008

Y VISTOS:

Por los fundamentos del Acuerdo precedente,

SE RESUELVE:

a) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la sociedad accionada y declarar abstracto expedirse sobre el resto de los agravios de los accionantes.

b) Revocar íntegramente la sentencia apelada.

c) Rechazar en todas sus partes la demanda incoada en autos contra "Cencosud SA".

d) Imponer las costas de ambas instancias a la parte actora, dada su condición de vencida (arts. 68 y 279, CPCC).

Alfredo A. Kölliker Frers - Isabel Míguez - María E. Uzal

PROCEDIMIENTO. PAGOS. MONEDA EXTRANJERA. “CEPO CAMBIARIO”. CONTRATO DE MUTUO HIPOTECARIO. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

PARTE/S: F., M. R. c/A., C. A. y otros s/consignación; L., T. y otros c/F., M. R. s/ejecución hipotecaria

TRIBUNAL: Cámara Nacional Civil y Comercial Federal

SALA: F

FECHA: 25/08/2015

Sumario

La Cámara Nacional Civil y Comercial Federal rechazó la demanda sobre consignación interpuesta por la actora, a efectos de cumplir con la obligación de pago originada en un contrato de mutuo hipotecario pactado en dólares estadounidenses. Para así resolver, se señaló que –conforme a lo establecido en el CCyCo.- las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes a menos que de su modo de expresión, de su contenido o su contexto resulte de carácter indisponible. Por otra parte, la imposibilidad alegada por la deudora de obtener moneda extranjera en virtud de las disposiciones dictadas por el poder público respecto del “cepo cambiario” no resulta suficiente para tornar procedente la consignación pretendida. En efecto, existen otras operaciones de tipo cambiarias y bursátiles que habilitan a los particulares, a través de la adquisición de determinados bonos, que canjeados posibilitan la adquisición de los dólares estadounidenses necesarios para cancelar la obligación asumida. Fundamentalmente, cuando los importes consignados por la deudora -calculados al tipo de cambio oficial publicado por el Banco de la Nación Argentina- no resultan suficientes para permitir a los acreedores obtener el reintegro de lo dado en préstamo o el equivalente para su adquisición en la misma moneda que fue entregada a la deudora.

Texto Completo

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 25 días del mes de agosto de 2015, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “F” para conocer en los autos del epígrafe, respecto de las

cuestiones sometidas a su decisión, a fin de determinar si es arreglada a derecho la sentencia apelada.

Practicado el sorteo correspondiente resultó el siguiente orden de votación: Sres. Jueces de Cámara Dres. GALMARINI. POSSE SAGUIER. ZANNONI.

A la cuestión propuesta el Dr. Galmarini dijo:

I.- En el expediente N° 79.776/2012 la actora inició demanda por consignación de la cantidad de \$..., con el objeto de saldar la deuda del mutuo con garantía hipotecaria celebrado con los demandados el 15 de febrero de 2012, mediante el cual recibió en préstamo la cantidad de U\$S..., los cuales se obligó a devolver en 36 cuotas iguales y consecutivas de U\$S..., con un interés del 16% anual sobre saldos.

Relató que la primera cuota del acuerdo fue descontada de la suma por ella recibida al momento de la celebración del referido contrato. Que a posteriori canceló las cuotas 2ª a 6ª en la moneda pactada. Que en oportunidad de abonar la cuota 6º manifestó al Sr. J. J. A. - autorizado a recibir los pagos- que en virtud del “cepo cambiario” vigente le era imposible adquirir en el mercado oficial la suma de dólares necesaria para el pago de las futuras cuotas acordadas y su intención de arribar a un acuerdo con los acreedores a fin de pactar “el valor en moneda de curso legal de los posteriores vencimientos” pero no obtuvo respuesta alguna.

Sostiene que ante tal situación intimó a los aquí demandados por carta documento a que en el plazo de 10 días acordasen -conforme la teoría del esfuerzo compartido- la forma en la que deberían cancelarse las cuotas pendientes no vencidas del mutuo hipotecario, intimándolos en caso contrario a recibir en pago cancelatorio de cada una de las cuotas pendientes no vencidas la cantidad de pesos equivalente a la suma de U\$S... convertido al valor de la cotización oficial del día anterior a la fecha del pago. El 23 de agosto de 2012 recibió una misiva emitida por el Sr. J. J. A. en su carácter de autorizado al cobro de las cuotas hipotecarias, quien manifestó desconocer la existencia de disposición legal alguna posterior a la celebración del contrato, que configure un extremo de fuerza mayor o hecho del soberano que impida a la actora cumplir el mutuo en los términos pactados. Asimismo hizo saber a la actora que la única manera en la que podría abonar la deuda en moneda argentina sería con la cotización obtenida a través del procedimiento denominado “contado con liquidación”.

Seguidamente sostiene la accionante que ha arbitrado todos los medios necesarios para cumplir con su obligación, pero ello le es imposible debido a un acto del poder público que le impide adquirir la divisa pactada en el contrato. Por ello, afirma que la única manera de cancelar la deuda contraída con los demandados es entregando el valor de las cuotas en

moneda argentina calculado según el cambio oficial vigente al día anterior al pago. En el expediente N°76.280/2012 los actores inician juicio de ejecución hipotecaria contra la Sra. M. R. F. a fin de obtener el cobro del crédito originado en el contrato de mutuo antes referido.

La Sra. juez de primera instancia rechazó la consignación promovida en el expediente N°79.776/2012, con costas a la actora, y en la causa N°76.280/2012 resolvió desestimar la excepción de pago opuesta por la demandada y mandó a llevar adelante la ejecución hasta que M. R. F. haga íntegro pago a los actores de las sumas adeudadas, más los intereses y las cosas del juicio.

Ambos pronunciamientos fueron apelados por la deudora ejecutada quien en el expediente N°79.776/2012 expresó agravios a fs. 553/571, cuyo traslado fue respondido a fs. 573/578, y en la causa N°76.280/2012 presentó su memorial a fs. 171/188, cuyo traslado fue respondido a fs. 190/194.II.- La Sra. M. R. F. se agravia de lo decidido en la anterior instancia por considerar que no se tomó en cuenta el contexto económico en que se libró el proceso judicial. Señala que a partir del denominado “cepo cambiario” su parte quedó imposibilitada de adquirir dólares estadounidenses y consecuentemente de poder cumplir su obligación en la moneda pactada. Sostiene que tal situación configura un supuesto de “fuerza mayor” derivado de un acto del poder público.

Según consta en el instrumento obrante a fs. 2/8 del expediente N°76.280/2012, el 15 de febrero de 2012 las partes celebraron un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, en virtud del cual la aquí ejecutada recibió la cantidad de U\$S..., que se comprometió a devolver en 36 cuotas mensuales y consecutivas de U\$S... cada una. Cuotas que incluían el interés pactado a la tasa del 16% anual sobre saldo deudor.

A su vez se estableció en forma expresa que la parte deudora asumió “la obligación y su pago en la misma moneda extranjera, declarando haber ponderado con el debido asesoramiento y conocimiento las condiciones del mercado financiero y sus eventuales riesgos, por cuya razón renuncia a invocar o ampararse en los criterios jurídicos que sustenten la teoría de la imprevisión para la revisión del presente contrato hipotecario, por la mayor onerosidad que pudiera sobrevenir en las prestaciones a su cargo, declarando tener debidamente presupuestado y a su oportuna disposición el monto adeudado” (fs. 4). De lo manifestado por las partes y de las constancias obrantes en autos surge que la Sra. F. cumplió debidamente con el pago de las primeras 6 cuotas del mutuo; que con fecha 13 de agosto de 2012 anotició a los acreedores acerca de las dificultades -a su juicio invencibles- de adquirir dólares en el mercado legal debido al “cepo cambiario” vigente y los intimó a arribar a un acuerdo respecto a la forma en que se cancelarían las cuotas pendientes no

vencidas, manifestando que de no ser ello posible los intimaba a recibir el pago cancelatorio de cada una de las cuotas pendientes en la cantidad de pesos equivalente a valor oficial del dólar vigente el día anterior al pago (fs. 434/444 del expte. N°79.776/2012).

Dicha solicitud fue rechazada en todos sus términos por los acreedores, mediante carta documento de fecha 23 de agosto de 2012, en la cual se le hizo saber a la deudora que la única manera en la que se aceptaría el pago de la deuda en moneda argentina sería con la cotización obtenida a través del procedimiento denominado “contado con liquidación” (fs. 429 del expte. N°79.776/2012). Conforme se consignó en el acta notarial obrante a fs. 432/433 del expte. N°79.776/2012), el día 3 de septiembre de 2012 la Sra. F. se constituyó en el domicilio pactado en el contrato con el objeto de saldar las cuotas 7ª y 8ª del mutuo en cuestión mediante el pago de la cantidad de \$..., “equivalentes a la suma de dólares estadounidenses dos mil setecientos doce, de acuerdo a la cotización del dólar tipo vendedor al cierre del día 31 de agosto de 2012 del Banco de la Nación Argentina (U\$S 1=\$4.65)”. En dicha oportunidad fue atendida por el Sr. J. J. A., quien le manifestó que el pago en pesos sería aceptado por los acreedores en los términos de la carta documento que se le enviara a la deudora, ante lo cual esta última reiteró en todos sus términos las cartas documento enviadas a los acreedores con fecha 13 de agosto de 2012.

Ante tal situación, el día 1 de octubre de 2012 la deudora promovió demanda de consignación del importe de \$..., correspondiente a las cuotas 7º y 8º del mutuo que da origen a estas actuaciones. Señala que dicho importe fue calculado teniendo en cuenta la cotización del dólar tipo vendedor del Banco de la Nación Argentina al día 30 de agosto de 2012.

Conforme lo establecido en el Código Civil y Comercial las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes a menos que de su modo de expresión, de su contenido o su contexto resulte de carácter indisponible (art. 962). Asimismo en el art. 7 del referido cuerpo normativo se dispuso que cuando la norma es supletoria no se aplica a los contratos en curso de ejecución, debiéndose aplicar por tanto la normativa supletoria vigente al momento de la celebración del contrato (Conf. Tobías, José W. en “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético.” dirigido por Alterini, Jorge H. pág. 48/49).

El art. 765 del Código Civil y Comercial no resulta ser de orden público, y por no resultar una norma imperativa no habría inconvenientes en que las partes en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962 del código citado) pacten -como dice el art. 766 del mismo ordenamiento-, que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie

designada (Ossola, Federico Alejandro en Lorenzetti, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T. V, pág. 126, Rubinzal-Culzoni Editores Santa Fe 2015).

Consecuentemente, por tratarse de normativa supletoria, corresponde aplicar las previsiones contempladas en los artículos 617 y 619 del Código Civil (texto s/ley 23.928).

Sentado ello es de señalar que el art. 617 del Código Civil dispone que si por el acto por el que se ha constituido la obligación se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la república, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero. Asimismo el art. 619 establece que si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada el día de su vencimiento.

Ahora bien, el deudor de una obligación no sólo tiene el deber de pagarla sino el derecho de hacerlo. Es por ello que entre los efectos de las obligaciones con respecto al deudor se encuentra la posibilidad de obtener su liberación forzada mediante el pago por consignación. Es decir que, el deudor goza del derecho de obtener su liberación forzada pagando con intervención judicial, no sólo ante la negativa del acreedor de recibir el pago sino en los demás supuestos en que encuentre dificultades que impidan efectuar el cumplimiento específico y espontáneo de la obligación directamente al titular del crédito (conf. Belluscio-Zannoni, “Código Civil y Leyes complementarias comentado, anotado y concordado”, T III, pág. 529 y siguientes).

Sin embargo, para que la consignación tenga fuerza de pago deben concurrir los requisitos de persona, objeto, modo y tiempo, todos ellos sin los cuales el pago no puede ser válido conforme lo dispone el art. 758 del Código Civil. En consecuencia, para que la consignación sea válida deben cumplirse respecto del objeto de pago los principios de identidad e integridad. Por otra parte es de señalar que para que nazca la posibilidad de cumplir la prestación pactada por la vía del equivalente dinerario es preciso que se configure un supuesto de imposibilidad de cumplimiento de la obligación. Es decir que el deudor deberá demostrar que la prestación ha devenido física o jurídicamente imposible, esto es, que exista una imposibilidad sobrevenida, objetiva y absoluta (Conf. CNCiv, Sala “A”, marzo 14/2014 “W., E. c/ L., E. s/ ejecución hipotecaria”, expte. N° 10.816/2013 y sus citas).

En el caso y como se refirió anteriormente la deudora alega que a partir del denominado “cepo cambiario” su parte quedó imposibilitada de adquirir dólares estadounidenses y consecuentemente de poder cumplir su obligación en la moneda pactada. Considera que tal situación configura un supuesto de “fuerza mayor” derivado de un acto del poder público. Sin embargo coincido con la sentenciante de grado en cuanto a que la

imposibilidad alegada por la deudora de obtener moneda extranjera en virtud de las disposiciones dictadas por el poder público no resulta suficiente para acreditar los presupuestos antes mencionados que tornen procedente la consignación pretendida. En efecto, como ya lo ha sostenido esta Sala en similares precedentes, existen otras operaciones de tipo cambiarias y bursátiles que habilitan a los particulares, a través de la adquisición de determinados bonos, que canjeados posibilitan la adquisición de los dólares estadounidenses necesarios para cancelar la obligación asumida (Conf. CNCiv. Sala “F” marzo 11/2015, “B. S., S. y otros c/ Lorenzatto, R. D. s/ ejecución hipotecaria” expte. N° 99.228/2013; id. noviembre 10/2014, “D., C. A. y otro c/ P., P. A.” expte. N°91.384/2008; en el mismo sentido CNCiv, Sala “J”, agosto 15/2013, “S. W. S.A. c/ F., M. y otro s/ ejecución hipotecaria”, expte. N°112.176/2008).

Por otra parte y como fue señalado por la juzgadora, los importes consignados por la deudora, calculados al tipo de cambio oficial publicado por el Banco de la Nación Argentina no resultan suficientes para permitir a los acreedores obtener el reintegro de lo dado en préstamo o el equivalente para su adquisición en la misma moneda que fue entregada a la deudora.

En orden a lo expuesto, estimo acertado el criterio adoptado por la magistrada de primera instancia en cuanto juzgó que en la especie no se configuran los requisitos necesarios para que prospere la consignación intentada por la deudora.

Consecuentemente, corresponde rechazar la demanda de consignación y ordenar que se lleve adelante la ejecución hasta que se abonen íntegramente las sumas adeudadas.

Atento a la forma en que se resuelve, al alcance de los agravios de la deudora y de conformidad con el criterio asumido por la Sala en casos similares habrá de modificarse lo atinente a los intereses. Al respecto es de recordar que no corresponde admitir cualquier tasa de interés por el sólo hecho de que se encuentre estipulada por las partes. Las reglas contenidas en los arts. 621 y 1197 del Código Civil encuentran su límite en la pauta rectora contenida en el art. 953 del citado Código, que fulmina de nulidad las cláusulas exorbitantes y faculta al juez a morigerarlas, reduciéndolas a límites razonables (conf.: C.N.Civ., esta Sala, “U. de G. c/A. L. s/ejecución hipotecaria” R.281.820 del 15/10/99; id. Sala “C” del 25-9-84, R. 5.713; id. Sala “L” del 5-12-91, R. 044.169, entre otros).Esta norma de orden público se mantiene en el art. 1004 del nuevo Código Civil y Comercial. A criterio de esta Sala, ponderando la forma como la ejecución prospera en moneda extranjera (dólares estadounidenses) y valorando las tasas pautadas por el mercado tanto en el ámbito nacional como internacional para operaciones como la ponderada, considera razonable fijar como tasa

de interés el 6% anual por todo concepto (CNCiv., Sala F del 12/4/10, R. 538.732, “G. de C., Y. y otros c/ B., E. A. y otro s/ ejecución Hipotecaria), motivo por el cual habrá de modificarse en tal sentido la sentencia apelada. Es de observar que como las partes, no obstante haber previsto la caducidad de los plazos ante el incumplimiento de la deudora de cualquiera de las obligaciones asumidas en el contrato de mutuo, convinieron que para que ello ocurriera la acreedora debía declarar esa caducidad, lo que no ha ocurrido en el caso, la tasa del 6% anual antes indicada se aplicará sobre el capital adeudado a partir de la cuota 7ª. En mérito a lo expuesto, voto: I.- En los autos “F., M. R. c/ A., C. A. y otros s/ consignación” (expte. N° 79.776/2012): Confirmar la sentencia de fs. 512/524, con costas de alzada a cargo de la actora vencida. II.- En los autos “L., T. y otros c/ f., M. R. s/ ejecución hipotecaria” (expte. N° 76.280/2012): Confirmar la sentencia de fs. 164/166, modificándola en cuanto a los intereses los que se fijan por todo concepto a la tasa del 6% anual sobre el capital adeudado a partir de la cuota 7ª. Con costas de alzada a cargo de la demandada.

Por razones análogas a las aducidas por el vocal preopinante los Dres. POSSE SAGUIER y ZANNONI votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto.

José Luis Galmarini

Fernando Posse Saguier

Eduardo A. Zannoni

Buenos Aires,... agosto de 2015.

AUTOS Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede: En los autos “F., M. R. c/ A., C. A. y otros s/ consignación” (expte. N° 79.776/2012): Se confirma la sentencia de fs. 512/524, con costas de alzada a cargo de la actora vencida. II.- En los autos “L., T. y otros c/ f., M. R. s/ ejecución hipotecaria” (expte. N° 76.280/2012): Se confirma la sentencia de fs. 164/166, modificándola en cuanto a los intereses los que se fijan por todo concepto a la tasa del 6% anual sobre el capital adeudado a partir de la cuota 7ª. Con costas de alzada a cargo de la demandada. Notifíquese y devuélvase.

Fecha de firma: 25/08/2015

Firmado por: ZANNONI-POSSE SAGUIER-GALMARINI

Firmado por: JOSE LUIS GALMARINI, JUEZ DE CAMARA

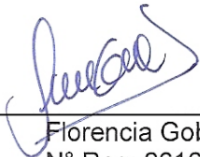
Firmado por: EDUARDO ANTONIO ZANNONI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: FERNANDO POSSE SAGUIER, JUEZ DE CAMARA

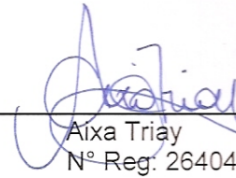
Declaración Jurada Resolución 212/99 – CD

“Los autores de este trabajo declaran que fue elaborado sin utilizar ningún otro material que no hayan dado a conocer en las referencias, que nunca fue presentado para su evaluación en carreras universitarias y que no transgrede o afecta derechos de terceros”.

Mendoza, Octubre de 2015



Florencia Gobbi
N° Reg: 26167



Aixa Triay
N° Reg: 26404