



SECRETARÍA DE POSGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE MENDOZA

MAESTRÍA EN DERECHO DE DAÑOS

TESIS DE MAESTRÍA

TÍTULO:

**DAÑOS EN LA RESCISIÓN UNILATERAL ABUSIVA EN LOS
CONTRATOS DE TIEMPO INDETERMINADO**

1. MAESTRANDO:

Apellido y nombre: PENISSE, Juan Darío

2. DIRECTORA DE TESIS:

Apellido y nombre: MIQUEL, Silvina

Mendoza, 18 de febrero 2025

INDICE TEMÁTICO

	PÁG
A) INTRODUCCION	5
B) DESARROLLO	12

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

A) PRELIMINAR	12
B) TERMINOLOGÍA	13
C) ¿RESPONSABILIDAD CIVIL O RESPONSABILIDAD POR DAÑOS?	14
D) NOCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL Y CONTRACTUAL	16
1. Orbitas de la responsabilidad	16
2. Responsabilidad extracontractual	21
3. Responsabilidad contractual	28
4. La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual	32

CAPÍTULO II

CONTRATOS EN GENERAL

A) CONCEPTOS Y PRINCIPIOS GENERALES	35
B) BREVES NOTAS SOBRE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL	40
C) EJECUCIÓN FORZADA INDIRECTA	46

CAPÍTULO III
RESCISIÓN UNILATERAL

A)	LA RESCISIÓN EN GENERAL	49
B)	CONTRATOS DE LARGA DURACIÓN	59
C)	CONTRATOS DE DURACIÓN INDETERMINADA	65
D)	SERVICIOS CONTINUADOS	70

CAPÍTULO IV
RESCISIÓN EN LOS CONTRATOS DE DURACIÓN
INDETERMINADA

A)	DERECHO A LA RESCISIÓN UNILATERAL	74
B)	EL TIEMPO COMO ESENCIAL PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL	77
	1. Tiempo de amortización: la duración mínima	79
	2. Tiempo de preaviso	81

CAPÍTULO V
DAÑOS POR RESCISIÓN ILÍCITA O ABUSIVA

A)	ABUSO DEL DERECHO	84
	1. Evolución	84
	2. Estado actual de la cuestión. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación	90
B)	ILICITUD	92
	1.- De la tipificación a la apertura	92
	2.- La antijuridicidad en el nuevo código civil y comercial	97
C)	LA INTEMPESTIVIDAD COMO NOTA DISTINTIVA DE LA ILICITUD	102

D)	ILICITUD, DAÑO RESARCIBLE Y SU EXTENSIÓN	111
E)	PROBLEMÁTICA DE LOS DAÑOS EN LA RESCISIÓN UNILATERAL, CUANTIFICACIÓN Y FIJACIÓN PRUDENCIAL POR EL JUEZ	114
	1. Analogía sus problemas interpretativos y de cuantificación	114
	2. El criterio de la realidad económica	125
C)	CONCLUSIONES	137
D)	ANEXO	140
E)	BIBLIOGRAFIA Y CITAS DE FALLOS	178

A) INTRODUCCION:

El objeto de esta investigación es el estudio de la problemática de los daños en la rescisión unilateral ilícita, abusiva o de mala fe, en contratos de tiempo indeterminado.

Se orienta a establecer cuáles son las pautas de interpretación razonables y prudenciales a las que puede acudir el juez para fijar indemnizaciones en los diferentes rubros reclamados en un caso judicial de esta naturaleza contractual.

En consecuencia, este no es un trabajo sobre rescisión unilateral, sino sobre los daños que se generan a consecuencia de la misma y las pautas orientativas de cuantificación (fijación del quantum indemnizatorio) de ese daño, a las que puede acudir un juez. El análisis contempla el estudio de los rubros que pudieren integrar el resarcimiento.

En el comienzo, existe un derecho a rescindir un contrato de tiempo indeterminado, por lo tanto, la rescisión extingue el contrato.

El problema de la ilicitud se resuelve con el pago de una indemnización. Así el contratante que no rescindió ya no tiene derecho a que se cumpla el contrato una vez que se ha extinguido, lo que ocurre desde la fecha del acto rescisorio, por lo que deberá conformarse con un resarcimiento.

Si bien hay acuerdo doctrinario, legal y jurisprudencial en cuanto al enunciado “derecho a rescindir un contrato”, el asunto se torna complejo al momento de establecer una indemnización apropiada y saber cuáles son los rubros indemnizatorios que la integran.

En ciertos casos, con cierta excepcionalidad, el legislador tasa el daño resarcible por la rescisión no preavisada.

Es lo que ocurre, por ejemplo, con el contrato de agencia.

Así el art. 1492 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) dispone: *"Preaviso. En los contratos de agencia por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes puede ponerle fin con un preaviso."*

El plazo del preaviso debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato.

El final del plazo de preaviso debe coincidir con el final del mes calendario en el que aquél opera.

Las disposiciones del presente artículo se aplican a los contratos de duración limitada transformados en contratos de duración ilimitada, a cuyo fin en el cálculo del plazo de preaviso debe computarse la duración limitada que le precede.

Las partes pueden prever los plazos de preaviso superiores a los establecidos en este artículo.

Puede advertirse, cierta precisión legislativa en el enunciado normativo, que pareciese intentar no dejar lugar a interpretación judicial, acotando el ámbito discrecional. No obstante, el ansiado objetivo regulatorio, deja lagunas que deben ser resueltas, propias de toda casuística, inclusive en algún rubro en particular

El artículo siguiente (1493) agrega: *"En los casos del artículo 1492, la omisión del preaviso, otorga a la otra parte derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el periodo"*.

Estamos aquí, ante una indemnización tarifada por la ley.

Si bien pueden usarse estas fórmulas tasadas por analogía, la mayoría de los casos judiciales recurren y utilizan "estándares discrecionales" basados en "pautas de interpretación razonables y/o prudenciales" a las que puede acudir el juez para fijar indemnizaciones en este tipo de rescisiones, conforme a las circunstancias del caso.

El problema de la utilización de estos estándares o pautas es la elasticidad del ámbito discrecional. De modo, que si bien la conclusión a que arriban los jueces en sus decisiones puede aparecer racional, la realidad

muestra que algunas sentencias judiciales presentan deficiencias de razonabilidad y/o justificación en la elección de un parámetro utilizado, apareciendo como arbitraria la decisión. No obstante, las fórmulas discrecionales son incierta para los operadores jurídicos en general.

Es decir, las fijaciones de los rubros se dejan al arbitrio del juez, ingresando en un ámbito discrecional vinculado a la casuística y los efectos no legislados específicamente en la normativa de regulación de estos tipos de contratos.

Dentro de estos estándares o pautas de mayor preponderancia en la materia, se encuentra la denominada doctrina de los dos tiempos, temáticas y problemáticas que integran el presente estudio. Los dos tiempos de referencia son: el *“tiempo de preaviso”* y el *“tiempo de amortización”*. Estos elementos configuran la ilicitud como presupuesto de la responsabilidad contractual.

Así en relación al primero de ellos, se encuentran situaciones anómalas o abusivas (sea porque el preaviso se omitió, o fue exiguo e insuficiente, y/o no se realizó debidamente), que inciden en la amortización de la inversión (bien por no haberse respetado la duración mínima, o el recupero de la inversión), lo que en definitiva configura el daño.

El estudio de las pautas orientativas de interpretación razonables y prudenciales a las que puede acudir el juez para fijar indemnizaciones, trata la problemática de la fijación de los rubros indemnizatorios, en sus diferentes formas, una primera es la tarifada y una segunda referida al uso de herramientas discrecionales, en aquellos casos en donde la ley enmudece.

La primera es la forma más estandarizada, que es la tarifada o por utilización de fórmulas, de la que participa en gran medida la doctrina de los dos tiempos, que acabamos de mencionar, expuesta en el art. 1492 del

CCCN, que por cierto es la consagración legislativa heredada del leading case “Automotores Saavedra SACIF c/ Fiat Argentina SACIF”¹.

La segunda, más difícil, es la determinación del resarcimiento por la razonable interpretación y prudencia de los magistrados, cuya validez de sus sentencias es la “*fundamentación*” de sus pronunciamientos.

En cuanto a los “rubros resarcibles” y la “extensión del resarcimiento” la práctica judicial expone un nomenclador significativo de ítems indemnizatorios que, de alguna forma u otra, para nosotros, podrían subsumirse dentro de dos categorías tradicionales: “*lucro cesante y el daño emergente*”. Debe destacarse que importante doctrina entiende que el lucro cesante se subsume dentro de la indemnización sustitutiva del preaviso.

En esas diferentes denominaciones podemos encontrar: las ganancias dejadas de percibir, inversión no amortizada, indemnización sustitutiva, interés positivo, interés negativo, facturación bruta, ganancia neta, exclusividad, costos derivados de la extinción del contrato, pasivos laborales, clientela, valor llave, daños a la imagen o el prestigio, daño moral, etc.

Nos detenemos aquí, para poner en evidencia que, en esta problemática de la denominación de los rubros resarcibles y extensión del resarcimiento, se aprecia la diversidad de rubros particulares que no han sido alcanzados por la regulación específica, lo que generan una gran diversidad de especies indemnizatorias, lo que será objeto de un análisis especial.

Es en razón de esta doctrina a la que adherimos que, en la materia contractual en estudio, como adelantamos, la mayoría de los rubros resarcibles pueden contemplarse dentro de las dos categorías tradicionales que mencionamos: “*el lucro cesante y el daño emergente*”; sin que resulte un óbice que cada juez pueda tratar cada rubro particular contenido dentro de una demanda judicial.

¹ CSJN 1988/08/04; publicación LA LEY, 1989-B, 4, con nota de Antonio Boggiano - LLC, 1989-390 - DJ, 1988-2-693 - JA, 1988-III-56.

Exponemos aquí, que lo interesante del debate, se vincula a la conceptualización misma de los daños y a un problema de calificación, destinado al deber del juez de que no se repare dos o tres veces el mismo daño con diferentes nombres.

Por otro lado, el trabajo también contempla los “servicios continuados por tiempo indeterminado”, subespecie contemplada dentro del art. 1279 del CCCN, en relación a que cualquiera de las partes puede poner fin al contrato de duración indeterminada, en cuanto constituye una rescisión unilateral (art. 1077 del CCCN), para lo que debe darse *“preaviso con razonable anticipación”*, otra pauta más afectada a la discrecionalidad de juez.

Finalmente, la extinción en estos tipos de contratos, parece inicialmente acotada a la luz de lo previsto en el último párrafo del artículo 1011 del CCCN, aplicable a los contratos de larga duración, que dispone: *“La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”*. Estas fórmulas contenidas en la norma “oportunidad razonable de renegociar de buena fe” y “sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”, resultan ser abstractas y presentan también problemas de “interpretación y discrecionalidad” que necesariamente influyen en la problemática en trato, en especial al momento de calificar el abuso, ilicitud o mala fe en la rescisión como fuente generadora de daños, por ello también es objeto de estudio.

La hipótesis a sostener y a demostrar a través del desarrollo argumental del presente trabajo es la siguiente tesis: *“en la rescisión unilateral abusiva en contratos de tiempo indeterminado la pauta orientativa que debe utilizar el juez para resolver los problemas interpretativos en materia de indemnizaciones, preaviso con razonable anticipación y oportunidad razonable de renegociar de buena fe, es el criterio prudencial de la realidad económica, sostenido por la inveterada doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) para liquidar daños y otras cuestiones económicas en el ámbito de la responsabilidad civil, cuyo*

requisito de validez es la “fundamentación” de este criterio en sus sentencias”.

Sostenemos que este criterio de la “*realidad económica*” es el que:

- 1) auxilia al juez en las aplicaciones analógicas, cuanto existen vacíos legislativos y/o lagunas normativas;
- 2) socorre al juez en la fundamentación para evitar sentencias arbitrarias, cuando la ley le deja un amplio margen discrecional para resolver mediante la prudencia, a través de enunciados o fórmulas elásticas, tales como: *preaviso con razonable anticipación, oportunidad razonable de renegociar de buena fe, etc.*;
- 3) ayuda al juez a integrar y fundamentar las indemnizaciones en la rescisión unilateral ilícita y sus problemas de cuantificación del daño, extensión del resarcimiento y rubros indemnizables, especialmente cuando la tasación, tarificación o aplicación de fórmulas resultan insuficientes, y/o irrisorias y/o imposibles de usar;
- 4) obliga al juez a mantener una decisión que importe una correcta solución del caso, en la que se observe las consecuencias patrimoniales, la realidad económica y los valores en juego que el fallo produce, en vigilancia de la verdad jurídica objetiva, los derechos de propiedad y la defensa en juicio, evitando resultados absurdos.

En general, sostenemos, que en la rescisión unilateral ilícita se debe la indemnización sustitutiva por la falta de preaviso adecuado, con la extensión a otros daños derivados de la omisión que perjudiquen o estén en adecuada relación de causalidad con la amortización de la inversión del contratante que no rescindió, incluido el no haberse respetado la duración mínima de contrato y/o el recupero de la inversión.

Esta postura excluye, de algún modo, la posibilidad de resarcir otros rubros indemnizatorios que no sean los derivados del deber de indemnizar

la situación patrimonial en la que se habría encontrado el no rescidente si el contrato se hubiese rescindido de buena fe, constituyendo la ilicitud solo un elemento para la configuración del carácter abusivo de la rescisión, devenida en general por la ruptura del vínculo en forma “intempestiva” y “abrupta”, empero no para la extensión de los rubros resarcibles. La postura se enrola en que se trata de una responsabilidad de tipo contractual.

Corresponde aclarar que este trabajo no es un estudio sobre la rescisión unilateral, sino sobre “daños” y la problemática de “cuantificación” que se generan en este instituto contractual por efecto de la extinción contractual abusiva en los contratos de la larga duración.

No obstante, que detallaremos las características de los tópicos, no podemos menos que agregar honradamente que todo cuanto intentamos escribir sobre contratos de tiempo indeterminado, rescisión unilateral abusiva, daños y cuantificación, ya fueron escrito y hecho en un gran modo, por los grandes juristas que con sus citas nos acompañaran este trabajo de investigación. Sin dejar de mencionar, la especialidad de la jurisprudencia argentina en el leading case “Automotores Saavedra S.A. c/ Fiat Argentina S.A.”.

Finalmente, los motivación e interés de nuestro trabajo fueron un caso judicial en el que fuimos convocados a resolver. Se trató de la causa N° 260996, caratulada "Grupo Marsan S.A. c/ Finamed S.A. p/ Cobro de Pesos", originaria del Primer Tribunal de Gestión Asociada en lo Civil y Comercial². La sentencia de primera instancia fue dictada el 3 de noviembre de 2020, y la sentencia confirmatoria fue emitida por la Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial el 31 de agosto de 2021³. Ambos tribunales pertenecen la Ciudad de Mendoza. Estas resoluciones se encuentran anexadas al final del presente trabajo.

² Publicada en <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7885573251>

³ Publicada en <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8415333450>

B) DESARROLLO

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

A) PRELIMINAR

“El derecho siempre encuentra un camino...”

***Donde hay un derecho afectado, hay un remedio legal para
hacerlo valer, toda vez que sea desconocido...***

***La naturaleza resarcitoria es por definición y, en definitiva,
una imperfecta compensación...***

***Y a la justicia, no le queda más remedio que aprender a
convivir con esa falta, con esa imperfección, que a la vez la va
integrando, compensando, completando y escribiendo.”***

Escribir sobre responsabilidad, daños y resarcimiento siempre plantea un desafío considerable. Es un tema que parece haber sido exhaustivamente abordado desde hace mucho tiempo, y en el que a menudo se tiene la sensación de que hay poco margen para nuevas exploraciones o contribuciones adicionales. Sin embargo, esta materia del derecho sigue siendo sumamente dinámica, expandiéndose y evolucionando constantemente.

Este dinamismo se debe en gran parte a la importancia fundamental que tienen los daños en el ámbito jurídico, ya que impulsa el núcleo mismo del estudio del derecho civil y comercial, y desempeña un papel crucial en la decisión final de muchos litigios judiciales.

Es una realidad en observación, que continúa siendo objeto de críticas y que se mantiene en forma viva. La doctrina es consciente de esta permanente transformación; no hay obra que "no pague un tributo a los nuevos tiempos bajo la forma de una reseña de los daños que caracterizan nuestra era"⁴.

Y es que, justamente, la resolución final de la mayoría de los conflictos legales recae en la obligación de indemnizar, ya sea como objeto principal en casos de daños y perjuicios, o como una medida residual para llenar el vacío cuando no es posible restaurar las cosas al estado anterior al daño, reparar la pérdida o mitigar el sufrimiento. En estas circunstancias, el resarcimiento de daños, por ser lo jurídico y materialmente posible, emerge como la única vía para resolver el conflicto de manera más o menos satisfactoria.

No obstante, debemos advertir, que por su propia naturaleza el resarcimiento constituye una imperfecta compensación.

La justicia, entonces, se ve enfrentada a la tarea de aceptar y convivir con esta realidad, integrando, compensando, completando y escribiendo su propia historia y narrativa a través de esta imperfección intrínseca.

Con esta perspectiva, abordaremos la problemática planteada.

B) TERMINOLOGÍA

Responsabilidad implica "dar cuenta a otro" o "hacerse cargo del daño que se le ha causado"⁵. Importa un deber que, como respuesta adecuada, soporta quién ha causado un daño, perjuicio o detrimento. El responsable tiene que indemnizar a la víctima. La responsabilidad enfrenta en una pareja de

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Funciones y fines de la responsabilidad civil", en Homenaje a los Congresos de Derecho Civil (1927- 1937 - 1961 - 1969), 1ª ed., a cargo de Luis Moisset de Espanés, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, n. 2.

⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, 3a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 59, If 116; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, Sobre las palabras "responder", "responsable" y "responsabilidad", en R. C. y S. 2003-1.

intereses opuestos víctima y victimario; dañado y dañador; a quién padece el perjuicio de quien es agente mismo. Se parte de la idea de los daños como un mal, o un disvalor o contravalor, algo que se padece con dolor, puesto que nos achica o reduce; nos quita algo que era nuestro, de lo cual gozábamos o nos aprovechábamos, qué era nuestra integridad psíquica o física, las posibilidades como persona humana, cosa sagrada, o bien el uso y disfrute de los bienes que componen nuestro patrimonio, que van unido a las chances o posibilidades de acrecentamiento o nuevas incorporaciones. Y, por otro lado, que la vida en sociedad, el vivir honestamente, interpela al hombre para que no dañe a sus semejantes. La conducta de dañadora se muestra como impropia, equivocada o ilícita. En *naeminem laedere*, o “no dañarás”, es una consecuencia indudable del deber de hacer justicia dando a cada uno lo suyo; quien daña a otro le priva de lo que es suyo, le quita algo de lo cual antes aprovechaba por estar en su persona o en su patrimonio⁶.

C) ¿RESPONSABILIDAD CIVIL O RESPONSABILIDAD POR DAÑOS?

Una opinión propicia sustituir la denominación responsabilidad civil por responsabilidad por daños, como derivación de la expresión derecho de daños -reconocida por la doctrina extranjera- o incluso por la de derecho a la reparación. Se sostiene que la expresión responsabilidad civil sólo procura diferenciar la de la responsabilidad penal y que la denominación más amplia de responsabilidad por daños es abarcativa de sus funciones preventiva y sancionatoria. Además, el derecho de daños tiene un campo de aplicación más extendido, porque comprende otras disciplinas jurídicas como el derecho comercial, laboral, administrativo, etcétera, sin perjuicio de que el civil constituye el derecho común, porque contiene instituciones generales

⁶ ITURRASPE, Jorge Mosset, KEMELMAJER, Aida y ots., “Responsabilidad Civil”, Hammurabi, 1997, pág. 25.

aplicables a todas las áreas especiales. Empero, la denominación clásica de responsabilidad civil respeta la tradición de la expresión usual en la literatura jurídica nacional y atiende a la necesidad de unificar la terminología con la empleada en la legislación especial.

El Código Civil y Comercial sancionado adoptó denominación “responsabilidad civil”, epígrafe del Capítulo 1 del Título V (Otras fuentes de las obligaciones) del Libro Tercero (Derechos Personales).

Organiza, en su art. 1708, un sistema en base al reconocimiento de dos funciones: prevenir y reparar, consagrando una función bipartita de la responsabilidad civil, aunque suprimió la función punitiva que había sido proyectada en el Anteproyecto del CCCN.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, la Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, especificaron la presentación de una sistematización innovadora e importantísima en la materia que consiste en dos tipos de articulaciones: a) se regulan diferentes tipos de derechos: aquéllos que recaen sobre la persona, el patrimonio, como derechos individuales, los derechos individuales homogéneos y los derechos de incidencia colectiva; b) se reconocen tres funciones: preventiva, punitiva y resarcitoria.

La regulación en la materia comienza con dos normas fundamentales para orientar el razonamiento jurídico: la primera (art. 1708) establece las funciones del sistema y la segunda (art. 1709) alude a la prelación normativa.

Los miembros redactores del Anteproyecto detallaron que tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; siendo necesario que la ley resuelva la controversia. Por ello, el primer artículo señala que las normas son aplicables a los tres supuestos, y los subsiguientes contemplan la prevención, la reparación y la sanción pecuniaria disuasiva.

Destacaron, que desde el punto de vista de la cantidad de casos y de la labor doctrinal, es notorio que la función resarcitoria es prevalente. Ésta puede ser una finalidad única y excluyente si el bien protegido es, principalmente, el patrimonio. En la medida en que se trata de bienes que tienen un precio o un valor expresable en dinero, es posible una indemnización y por eso el resarcimiento es el mecanismo fundamental.

No obstante, advirtieron, que la necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este Anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva. Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento, pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz. En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente.

A pesar de que el texto del Anteproyecto expresa que en estos casos se observa además la “tragedia de los bienes comunes”, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos, hemos anticipado de que la función punitiva no tuvo consagración legislativa en la letra definitiva del CCCN.

D) NOCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRATUAL Y CONTRACTUAL

1. Órbitas de la responsabilidad.

Tradicionalmente, las dos principales fuentes de la responsabilidad civil han sido: a) la violación del deber de no causar daño (ilicitud extracontractual o delictual) y b) el incumplimiento de una obligación contractual.

Existía una separación entre el incumplimiento de una obligación denominada contractual, de la proveniente de la transgresión del deber de no dañar al otro.

Estas dos categorías delinearon dos órbitas distintas, separadas y claramente definidas: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual aquiliana (o por acto ilícito). Si alguien, por un contrato se obligó a realizar o entregar algo y no lo realiza o no lo entrega, transgrede un deber preexistente, defrauda al acreedor, frustra el negocio, afecta el vínculo que los unía, e incurre en responsabilidad contractual; en cambio, sin alguien con un automotor en circulación lesiona a un peatón produciéndole daños psicofísicos la responsabilidad de extracontractual. Es la ejemplificación más vulgarizada, sencilla y fácil de comprender, aunque no siempre fue tan fácil de diferenciar, lo que introdujo grandes discusiones en la doctrina, en especial por hermetismo jurídico que provocaba el artículo 1107 del derogado código de Vélez, conocida como la problemática de la “opción y el cúmulo”, donde la índole de la obligación violada o del deber vulnerado determinaba la “órbita” de responsabilidad aplicable⁷.

Cada órbita se distinguió por desempeñar una función diferencial, con distingos sostenidos en aspectos relativos a la prescripción, la mora, la prueba, el alcance de los daños resarcibles, entre alguno de ellos. Sin embargo, paulatinamente, se fue trazando un camino hacia la unificación, por compartir caracteres, no en lo conceptual, sino en las consecuencias que operaban en favor de una simplificación de régimen.

En el estudio de la evolución de la problemática, se encontraban las llamadas doctrinas dualistas y monistas.

Los orígenes de esta distinción se remontan al derecho romano. Sin embargo, fue en los códigos del siglo XIX, basados en el modelo francés, donde se consagraron normativas separadas para cada uno de los dos

⁷ Art. 1107 CC: Los hechos y omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no está comprendidos en los artículos de este título, sino degeneran en delitos del derecho criminal.

ámbitos de la responsabilidad, estableciendo diferencias significativas en su regulación, que primaron hasta principios del siglo XX. Esta doctrina "dualista" sostenían que la diversa regulación de esos dos sectores respondía a diferencias esenciales entre el contrato y el hecho ilícito, responsabilidad contractual y extracontractual, respectivamente. La primera, fue concebida de manera muy restrictiva, limitada casi exclusivamente a procurar al acreedor la ventaja patrimonial que esperaba obtener del contrato incumplido. La reparación se confundía así con la ejecución forzada del contrato, y todo lo que estuviera por fuera de ese acotado marco —y en particular, los daños causados sobre la integridad física de uno de los contratantes- era de competencia de la responsabilidad extracontractual.

Resaltamos que, en el derecho argentino, los distintos proyectos de reforma del Código Civil postulaban la eliminación de la dualidad de órbitas, propugnando la unificación del régimen de la responsabilidad.

En este sentido, se encuentra el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, sancionado por Ley N° 26.994, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. Es a partir del art. 1.708 en adelante, en donde se aborda el tratamiento de la responsabilidad en forma unificada, superando la regulación contenida en el viejo Código Civil, en seguimiento de las tendencias doctrinarias que reclamaban la unificación.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, la Comisión se expidió sobre la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el siguiente texto:

“En materia de reparación, y siguiendo a los proyectos anteriores, se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual. Al respecto, existe uniforme opinión doctrinal que ha sido expresada en distintos encuentros científicos. También los proyectos anteriores se inclinan por la misma tesis. Por ejemplo, el artículo 1581 del Proyecto de 1998, dispone: Las disposiciones de este Título son aplicables

cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño.

El texto proyectado confiere unicidad al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual. Comparando con el Proyecto de 1998, se suprime la referencia al “deber de cumplir”, recogiendo las observaciones efectuadas acerca de que esa mención (deber de cumplir) excede el ámbito de la responsabilidad civil y es materia de las obligaciones en general. Además, por la misma razón, se suprime el inciso a) del artículo 1584.

La tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Con la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica).

En cuanto a la problemática derivada del incumplimiento, queda regulada en el campo obligacional y contractual. Frente al incumplimiento, el acreedor persigue la ejecución forzada para obtener la prestación, y, si no es posible o no lo desea, pretende una indemnización sustitutiva. Ello exige diferenciar, dentro del espectro de los daños resarcibles, el valor de la prestación originariamente pactada, de los otros perjuicios que se sufren. La primera indemnización es el equivalente de la prestación debida, también denominada *aestimatio rei*, o *id quod interest*. La naturaleza de esta pretensión ha dado lugar a dos posiciones diferentes: a) la tesis de la autonomía considera que el derecho del acreedor a obtener el valor de la prestación es una acción previa e independiente de la indemnización de los ulteriores o adicionales daños y perjuicios. Es simplemente la obligación originaria, que devino de imposible cumplimiento, que se transforma en dinero. La *aestimatio rei* es un subrogado de la prestación que devino imposible y, por tanto, una forma de cumplimiento de la obligación por equivalente. En cambio, los demás daños forman parte de una acción de responsabilidad en sentido estricto, porque surge una nueva obligación a

partir del hecho ilícito (incumplimiento), ya que antes no existían esos perjuicios. b) La tesis de la unidad entiende que la ilicitud es un único fenómeno y comprende tanto la acción de cumplimiento por equivalente como la del resarcimiento de los demás daños. Cuando el acreedor se decide por la ejecución forzada, es la misma obligación la que se perpetúa (*perpetuatio obligationis*), pero, cuando se trata de indemnización, hay un cambio de objeto y ello es una mutación esencial. Se trata siempre de una nueva obligación creada a partir de un hecho antijurídico que es el incumplimiento. Este último es una calificación de la conducta del deudor, y no de su patrimonio, por lo tanto, no se trata de una mera modificación del objeto de una situación patrimonial objetiva, sino un nuevo comportamiento del deudor que, en forma personal, genera un ilícito.

La doctrina argentina está dividida entre ambas posiciones.

Tratando de superar las discusiones teóricas, el problema tiene solución práctica si establecemos una regla general para la unificación de los ámbitos de responsabilidad y una regulación especial para el cumplimiento de la prestación comprometida mediante un contrato. En la propuesta que se hace, se distingue, la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y contratos, de los demás aspectos, que se incluyen en la responsabilidad por daños.”

En la actualidad, con el avenimiento del art. 1716 del CCCN⁸, los problemas de interpretación de significó aquél artículo 1107 del Código Civil (CC), relegaron el protagonismo que un tiempo tuvieron.

En una mejor comprensión de la evolución y estado actual del arte del tópico, el que corresponde a la unificación de las órbitas de la responsabilidad, hemos estimado que el estudio debe comenzar por el desarrollo de la evolución de la responsabilidad extracontractual, el que abordaremos en el próximo capítulo, no sin antes advertir, de que la uniformidad o unificación no significa

⁸ Art. 1716 CCCN: Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.

identidad absoluta, desde que subsisten diferencias y particularidades propias en relación a ambas fuentes de la responsabilidad, cuestión sobre la que volveremos en tratamiento más profundo.

2. Responsabilidad extracontractual

Hemos caracterizado este tipo de responsabilidad extracontractual con el ejemplo más vulgarizado (accidente de tránsito), indicando que ella emerge de hechos “ilícitos” delictuales o cuasidelictuales en los que no hay un deber específico violado, sino violación al deber general de “no dañar”, por oposición a obligaciones específicas o determinadas emergentes de un contrato.

En una primera etapa, la base de este tipo de responsabilidad, era la culpabilidad del autor del daño, para luego tomar otros factores de atribución como son el riesgo creado, la garantía, la equidad o el abuso de derecho.

Lorenzetti, habla de que durante mucho tiempo la responsabilidad civil fue un epifenómeno de la penal: castigar al autor culpable y, como consecuencia de ello indemnizar el daño. Desde el punto de vista del lenguaje es sintomático que "reus" significará tanto deudor como culpable. Para castigar hay que averiguar la causa del daño; por lo tanto, la doctrina se preocupa mayormente por aquellos aspectos vinculados con el origen "causal" del daño, y menos por sus efectos. La acción antijurídica culpable es la causa fuente de la deuda. De ello se sigue que los estudios se centran en dicha deuda y en el deudor, averiguando cuándo se produce la configuración del débito. La mirada puesta en el deudor, en el responsable y en la deuda. En este esquema los presupuestos que más interesaban estudiar eran los vinculados con la acción humana y la antijuridicidad, aunque en todos los demás se nota una influencia clara del modo de ver referido⁹.

⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis, “El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?”, publicado en: LA LEY 1993-D, 1140-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 73.

Invonne Lambert Faivre, enseña que en el siglo XX, el eje de la responsabilidad civil giraba en torno al “sujeto dañador”. La institución estaba encerrada dentro de los estrechos límites de una “responsabilidad subjetiva” por la exigencia de una culpa debidamente probada, impregnada de imputabilidad. A fines del siglo, en Francia, el fallo Teffaine de 1896, inició una evolución considerable: el sujeto responsable es desplazado por el objeto de la responsabilidad. Desde entonces, la reparación de los daños causados a la víctima, en su nueva versión “responsabilidad objetiva” no ha dejado de extender su imperio. La objetivación de la responsabilidad civil es hoy una constante todos los países industrializados¹⁰.

Fue en ese país en donde se originó la doctrina objetiva de la responsabilidad civil, de la que fueron sus iniciadores Saleilles y Joserand¹¹. Ambos autores “descubrieron” un nuevo sentido a unas palabras del art. 1384 francés, que bien podía constituir el soporte de un derecho de indemnización en favor de los obreros. Dicho artículo establece la responsabilidad “por el hecho de las cosas que uno tiene bajo su guarda”, y de aquí los nuevos intérpretes extrajeron la conclusión de que, cuando la máquina causaba un daño al obrero, esa cosa, que pertenecía al patrono y estaba bajo su guarda, determinaba automáticamente la responsabilidad de éste, sin necesidad de la prueba de ninguna culpa de su parte.

No es entonces una cuestión de imputabilidad la que se plantea, sino una cuestión de riesgo. Es la cuestión de saber cuál es el patrimonio que debe

¹⁰ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, “La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”; Publicado en “Revue trimestrielle de Droit Civil” París, 1987 -I -1, Traducido por Eliana A. Nuñez, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros Tomo 1999, pag. 971/986).

¹¹ SALEILLES, Raymond, comenzó la revuelta en la “Revue Bourguignonne de L’ Enseignement Supérieur”, año 1894, pág. 600 y, con más desarrollo, en su monografía “Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essai d’une théorie objectif de la responsabilité civile”, París, 1897. Este mismo año JOSSERAND, Louis, publicó su libro De la responsabilité du fait des choses inanimées.

soportar definitivamente el riesgo que se liga a la actividad del grupo considerado¹².

Se argumentó: “el derecho moderno no mira más hacia el lado del autor del acto, sino hacia el de la víctima”; “la culpa sea o no establecida, el daño subsiste, lo cual no puede ser tolerado”¹³.

El postulado esencial, puede resumirse así: “Todo el que mediante su actividad crea un riesgo de dañar a otro, debe ser siempre responsable de este daño, si se produce, sin necesidad de ninguna culpa personal”

La teoría del riesgo que aún conserva vigencia, dentro de un ámbito preciso, es la que vincula la responsabilidad del agente, no con una actividad cualquiera, sino con la que es fuente para él de un “lucro” o “beneficio” económico, o como decía Josserand: *“Quien pone en acción fuerzas terribles es su interés, en su provecho, debe asumir las consecuencias de su iniciativa; entre el paciente, sujeto pasivo, y el agente, la lucha no es igual: el obrero víctima del accidente sobrevenido en el curso de su trabajo, el peatón atropellado por un automóvil, el viajero lesionado en un accidente ferroviario, tienen derecho a una reparación, con la reserva del caso de que hayan podido cometer culpa; cuando uno crea un riesgo debe, si ese riesgo se realiza sufrir los efectos”*¹⁴.

Responder implica, entonces, asumir las consecuencias nocivas injustas, que sufren o que pueden sufrir otras personas, con motivo de una actividad, que actual o que potencialmente lesiona sus intereses.

En la concepción actual se pone el acento en la injusticia del daño que es una visión más comprensiva y que tiene vigencia, aunque sea lícita la conducta lesiva.

¹² DUGUIT, León, “Les transformations générales du Droit privé”, París, 1912, pag. 139.

¹³ RIPERT, Georges, “Le régime démocratique et le droit civil moderne”, pag. 307 y 309- citado por ORGAZ, Alfredo, “La Culpa” (Actos Ilícitos), Ediciones Lerner, 1970, pág. 24.

¹⁴ JOSSERAND, Louis, “Cours de droit civil positif français”, vol. II, núm. 416.

López Olarciregui, en su esclarecedor artículo de doctrina, dice que la teoría del responder no es en realidad la teoría del acto ilícito, sino del acto dañoso, o - si se quiere - la teoría del daño civil. Hay un responder - sanción que funciona cuando el daño ha sido causado ilícitamente, pero esa materia es sólo un capítulo de otra más amplia, la del responder - distribución, que corresponde a todos los casos de daños civiles, hayan sido ellos ilícitos o no. Sin embargo, la idea de daño no puede ser pensada en el vacío y no puede hablarse genéricamente de daño sino de los daños que algo o alguien ha sufrido. No hay daño sin dueño, y los que llamamos daños sólo tienen ese carácter para quienes los sufren, y no para quienes los causan¹⁵. La ley argentina N° 17711, hoy derogada, asumió los nuevos cambios e introdujo el riesgo creado en el art. 1113 del Código Civil, como factor objetivo de atribución de responsabilidad. La culpa, que hasta ese momento había sido la principal fuente de responsabilidad, vio relegado su protagonismo, o por lo menos, debió compartirlo con la novedad que traía la reforma.

Cuando el factor riesgo resulta de aplicación, éste desplaza a la culpa, parece, entonces, que no es necesario alegar la culpa. Esta, ve disminuido su protagonismo con la introducción del factor riesgo, porque éste no tiene en cuenta la reprochabilidad de la conducta del agente en la producción del daño, como consecuencia de que la obligación de reparar surge porque la ley impone la reparación del daño causado por la introducción de una cosa riesgo o vicio, independientemente de la existencia de un comportamiento culpable del agente.

Así, la noción de culpa desempeña una función distinta, ya no como factor de atribución que deba invocar el actor, sino, por el contrario, como eximente de responsabilidad, que deberá invocar el demandado, a quien se le atribuye la obligación de reparar.

¹⁵ LÓPEZ OLARCIREGUI, José María, "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones; Año 11, n° 61 a 66, - 1978 pág. 941/943.

En este último sistema y debido a la inversión del onus probandi, la culpa no es relevante para fundar la acción, sino para excluirla. No es menester probar la culpa del demandado, sino que éste, en tanto es dueño o guardián, comprometido por el riesgo, para liberarse de la imputación debe poner de relieve una culpa ajena u otro factor eximitorio¹⁶.

En definitiva, la teoría de la responsabilidad civil, en su actual concepción doctrinaria tiende a superar el concepto clásico que ponía el acento en el autor del ilícito, en la obligación del responsable de indemnizar el perjuicio ilícitamente causado y en la culpa, para ser considerada como un derecho de la víctima a obtener la reparación integral del daño injustamente sufrido.

Del débito de responsabilidad, concebido como obligación del dañador de resarcir a la víctima, se pasa a privilegiar el crédito de indemnización nacido en cabeza de ésta con motivo del acaecimiento del daño que injustamente sufre, supuesto de hecho necesario que le otorga legitimación para reclamar su reparación.

Es esta, la originalidad del luminoso artículo de Inyonne Lambert Faivre (como refiere Lorenzetti), que habla de la evolución de la responsabilidad civil desde una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización, indicando que actualmente se pone el acento en el derecho de la víctima, y sugiriendo un desarrollo hacia la seguridad social.

Sin embargo, el ansiado momento mesetario en la evolución del derecho de daños, tuvo su relativización desde otra nueva perspectiva.

Lorenzetti relativizó algunos de estos conceptos.

Pregunta acerca de si la evolución tiene realmente esa dirección, e identifica que hay signos de una nueva frontera (crisis de la seguridad social), en donde pretende mostrar un modo de ver las cosas, un "prejuicio" en sentido hermenéutico, por lo que el enfoque le resulta necesariamente reduccionista.

¹⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde; Responsabilidad por riesgo". Ed. Hammurabi, Bs. As., 1997, pág. 78 y sgtes.

Sostiene que, en la responsabilidad como deuda, la pregunta gira en torno al sujeto deudor. Por esta razón se pone acento en el estudio de la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad. La autoría es fundamentalmente individual y la solvencia está enlazada al patrimonio del solvens.

En la responsabilidad como crédito, la interrogación es sobre el sujeto acreedor. Por ello, se atiende principalmente al daño como elemento central, ya que es el objeto del derecho creditorio. Conceptos como "víctima", "derecho de daños", "daño injusto", han provocado una verdadera expansión del fenómeno resarcitorio, siempre tendiendo a una justa compensación. La autoría deja de ser individual y la solvencia se vincula con el seguro.

La base de la responsabilidad consiste fundamentalmente en la imputación de un daño injusto a un sujeto solvente.

Es allí en donde identifica que hay signos de una nueva frontera:

Los maestros ya hablaron durante los últimos treinta años: ¿se trata de repetir el concepto aplicándolo a situaciones particularísimas? En cada injusticia que se ve en la sociedad, se observa un daño resarcible, pero es evidente que falta una base científica para estudiar su factibilidad.

La seguridad social ha entrado en una crisis que pareciera haber debilitado las esperanzas que se tenían en ella como herramienta sustitutiva de la responsabilidad por daños.

Hay un riesgo cierto de que la responsabilidad se constituya en un escenario declamativo, en el que muchos derechos sean reconocidos y pocos aplicados, siendo finalmente ineficaz. O bien en virtud de un reparto excesivo a través de la seguridad social, que vacíe los contenidos sancionatorios y preventivos.

Advierte que poco a poco se va formando un cambio paradigmático, cuyos signos intenta ir descubriendo en su artículo¹⁷.

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis, "El sistema de la responsabilidad civil...", ob. cit.

Dejamos este interesante tema, por no corresponder al objeto propio de nuestro estudio, para destacar otro aspecto de avance significativo en la materia: el emplazamiento del derecho a la reparación dentro del derecho constitucional.

Este temperamento que adoptó la Corte Federal en el fallo “Santa Coloma, Luis y ots. C/Empresa Ferrocarriles Argentinos” y “Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina”, que reconoció de manera categórica, la raíz constitucional del *neminem laedere* “no dañar a otro”, desautorizando aquellas decisiones judiciales que, al desconocer el derecho a una indemnización justa, violan el imperativo de “afianzar la justicia”, consagrado en el Preámbulo de la Carta Magna¹⁸.

Así, el vínculo entre el Derecho de Daños y la Constitución Nacional se patentiza en el art. 19 de la Constitución Nacional al expresar: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden ni la moral pública ni perjudiquen a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. De ello resulta que, el art. 19 de la Norma Fundamental no hace más que reconocer el principio del *neminem laedere*; permitiendo que cada sujeto pueda conducirse en la vida social del modo que libremente elija con el único límite de no perjudicar los derechos de terceros, ni ofender el orden ni la moral pública. También se ha encontrado en el artículo 17 de la Constitución, el fundamento del derecho “constitucional” a la reparación de los daños causados a la propiedad.¹⁹ A ello debe sumarse que el Derecho de Daños ha recibido la impronta constitucional debido a ciertos tratados internacionales, mencionados en el artículo 75 inc. 22 ; entre los

¹⁸ CSJN, 5/8/1.986, “Santa Coloma, Luis y ots. C/Empresa Ferrocarriles Argentinos”; ED 120-649, con nota de BORDA, Guillermo, “El caso Santa Coloma: un fallo ejemplar”.

¹⁹ LORENZETTI, Ricardo L., “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, en “Aniversario de la Constitución Nacional”, Bidart Campos, Germán (Director), Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 106; RIVERA, Julio César. “El Derecho Privado Constitucional”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, “Derecho Privado en la reforma constitucional”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.994, N° 31, pág. 27 y sgtes.).

cuales se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que, en el artículo 21 establece que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes” y que en dicho supuesto, tiene derecho a una “indemnización justa”²⁰.

3. Responsabilidad contractual

Diferenciándose de la responsabilidad extracontractual, se ha definido la responsabilidad contractual como aquella que aparece cuando el comportamiento del sujeto viola el deber jurídico impuesto por una obligación preexistente, cualquiera sea su fuente. Se trata de la responsabilidad derivada de obligaciones determinadas, fluyente del acto lícito o de la ley con exclusión de la que tienen causas en actos ilícitos, sean culposos o dolosos.

Negri, ha precisado la terminología, con sustento en calificada doctrina. Enuncia que en principio podemos definirla, en su singularidad, como aquella que deriva del incumplimiento de una obligación —entendida ésta como un deber jurídico en sentido estricto— y, además, constituida válidamente, cualquiera sea la fuente y cuya infracción origina un daño resarcible. A partir de esta caracterización, se puede advertir —desde una perspectiva más amplia de análisis— que la responsabilidad "contractual" (como género), comprende el incumplimiento no sólo de una obligación de origen contractual, sino también de cualquier otra fuente lícita que por la voluntad del legislador — en ejercicio de los poderes que le competen— y por aplicación del principio de la autonomía privada, tienen virtualidad suficiente para dar nacimiento a una relación obligacional (declaración unilateral de la voluntad, gestión de

²⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos. (Violatorios de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales)”, pág. 125 y sgtes.).

negocios, empleo útil, etc.), incluyéndose las obligaciones que surgen directamente de la ley (obligación ex lege)²¹.

Agrega el citado autor, ocurre que como, generalmente, las obligaciones nacen de un contrato (cfr. 724, 726, 957 y 1716, CCCN), los juristas hablan de culpa contractual, daño contractual o de responsabilidad contractual para indicar justamente la responsabilidad derivada del incumplimiento de un deber jurídico preexistente, cuyo supuesto más común es el contrato. Por ello es que, en un primer momento, autores destacados de la doctrina nacional emplearon para designar a la institución en análisis la expresión "culpa contractual" (entre ellos: Salvat, Lafaille, Llambías), o "indemnización del daño contractual" (Morello), haciendo hincapié en uno de los presupuestos de la responsabilidad (el daño). Actualmente, la gran mayoría utiliza la voz genérica "responsabilidad contractual", en contraposición de la llamada "responsabilidad extracontractual". Quizás la expresión más feliz sea "responsabilidad por incumplimiento"²².

El contrato no es más que una de las fuentes generadoras de los vínculos obligatorios que pueden engendrar, en caso de incumplimiento, la llamada responsabilidad contractual, la que abarca todos los supuestos de incumplimiento obligacional, la que se configura siempre que se viole un deber jurídico derivado de un específico vínculo o de un negocio jurídico ya existente que conlleva, como sanción, la reparación del daño causado.

Ahora bien, anteriormente hemos señalado que en los códigos decimonónicos establecieron regulaciones separadas para cada ámbito de responsabilidad.

Picasso enseña que, a partir de 1911, cambia la situación en materia de responsabilidad contractual, cuando la Corte de Casación francesa afirma la existencia de lo que hoy se denominaría una "obligación de seguridad" en el

²¹ NEGRI, Nicolás, Responsabilidad contractual: precisiones e implicancias con incidencia procesal, publicado en RCCyC 2017 (agosto), 10/08/2017, 23, Cita Online: AR/DOC/1789/2017.

²² NEGRI, Nicolás, ob. cit.

contrato de transporte. Desde ese momento, la jurisprudencia francesa — seguida luego por la argentina— comenzó a "descubrir" la existencia de obligaciones tácitas de seguridad en infinidad de contratos: los juegos de feria, los picaderos para la práctica de equitación, las aerosillas, la hotelería, los restaurantes y bares, los establecimientos termales, los cines, la locación inmobiliaria, los organizadores de encuentros deportivos, las colonias de vacaciones, los establecimientos educativos, los médicos, quienes comercializan productos elaborados, etc. La creación pretoriana de la obligación de seguridad se justificaba por el ánimo de los tribunales de favorecer la situación de las víctimas de daños, en una época en la que los efectos de la Revolución Industrial se hacían sentir con toda su fuerza y provocaban perjuicios en gran escala (ferrocarriles, accidentes de trabajo, accidentes de la circulación, etc.)²³.

Advertimos, al desarrollar responsabilidad extracontractual que, a principios del siglo XX, la víctima de un daño extracontractual tenía que probar la culpa del responsable. El régimen contractual era más favorable, porque en ese terreno se afirmaba que bastaba con la prueba del incumplimiento para que se presumiera la culpa del deudor. De allí que se haya echado mano a la obligación de seguridad como una forma de "contractualizar" una situación (los daños a la persona del pasajero) que, hasta ese entonces, se consideraba regida por la responsabilidad aquiliana. Con el surgimiento del distingo entre obligaciones de medios y de resultado (hacia 1925) la doctrina y la jurisprudencia comenzaron a sostener que la obligación de seguridad tenía — salvo en casos excepcionales— el carácter de un deber de resultado.

Con la obligación de seguridad se incorporaron al contrato deberes de protección de la persona del contratante, y con ello se amplió el ámbito de intereses protegidos contractualmente: ya no solo lo era el interés de

²³ PICASSO, Sebastián, "La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación"; Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 17/11/2014, 151, Cita Online: AR/DOC/3926/2014.

prestación (patrimonial) del acreedor, sino también el que este último tiene sobre su integridad física. De ese modo, la responsabilidad extracontractual dejó de ser la sede exclusiva de tutela de los derechos absolutos (derechos reales, derechos personalísimos) y se produjo una suerte de "competencia" entre ambos tipos de responsabilidad, que ahora compartían los mismos objetivos.

Dice Picasso que esa evolución fomentó un giro doctrinal hacia posiciones "monistas". La doctrina contemporánea concluye que "científicamente, no hay dos responsabilidades, sino dos regímenes de responsabilidad". Lejos de traducir una diversidad de naturaleza, las diferencias de regulación entre la esfera contractual y la aquiliana manifiestan a lo sumo matices distintos, que varían de un derecho positivo al otro y pueden por eso mismo calificarse de contingentes. El principio es entonces el de la unidad de la responsabilidad civil. Como en nuestro ámbito lo señalaba Bueres, en referencia al Código de Vélez: "los presupuestos del deber de reparar son comunes en las dos órbitas señaladas (acción, antijuridicidad, daño, relación causal y criterio legal de imputación) (...) las diferencias existentes de lege lata entre las obligaciones contractuales y las derivadas de las normas que rigen la convivencia social, son contingentes y circunstanciales como para que quepa entender que estamos frente a una pluralidad de sistemas". La generalidad de la doctrina nacional fue conteste sobre el punto²⁴.

Precisamente por esa razón, hace ya tiempo que existía en nuestro país un amplio consenso doctrinal en el sentido de propiciar una reforma del Código Civil que unificara los dos subsistemas de responsabilidad, y de hecho la totalidad de los proyectos de reforma elaborados en las últimas dos décadas así lo ha propuesto. Esta corriente ya había tenido, incluso, manifestaciones concretas —aunque puntuales— en el derecho positivo argentino, la más importante de las cuales está constituida sin lugar a dudas por la ley 24.240,

²⁴ PICASSO, Sebastián, ob. cit.

que regula de manera unitaria los daños sufridos por los consumidores en el ámbito de la relación de consumo.

Como consecuencia de esa clara tendencia hacia el "monismo", los textos del Código Civil de 1869 que consagraban diferencias de regulación entre la responsabilidad contractual y la aquiliana venían siendo objeto de una interpretación "unificadora", que fue borrando de hecho muchas de las distinciones contempladas por la ley.

En Argentina, como hemos expuesto, en respuesta a un deseo de larga data en la doctrina nacional, que ya había sido respaldado por los cuatro proyectos de reforma del Código Civil elaborados desde 1987, el Congreso Nacional promulgó el Código Civil y Comercial, el cual fusiona las esferas contractual y extracontractual de la responsabilidad civil. Aunque, como se detallará, esta unificación no es completa, ya que aún persisten ciertas particularidades en la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones. Es innegable que, con este nuevo código, Argentina cuenta con una legislación pionera en este ámbito. Son pocos los sistemas jurídicos de la tradición romano-germánica que han logrado unificar de manera tan significativa estas dos áreas.

4. La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual.

En materia de reparación el nuevo Código Civil y Comercial receptó la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual, que constituía la uniforme opinión doctrinal que había sido expresada en distintos encuentros científicos y proyectos de reforma anteriores que se inclinan por la misma tesis²⁵.

²⁵ El artículo 1581 del Proyecto de 1998, disponía: "Las disposiciones de este Título son aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño". El texto proyectado confiere unicidad al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual. Comparando con el Proyecto de 1998, se suprime la referencia al 'deber de cumplir', recogiendo las observaciones efectuadas acerca de que esa mención (deber de cumplir) excede el ámbito de la responsabilidad civil

Se debe destacar que la unificación de la responsabilidad civil suprimió las diferencias conceptuales y estructurales entre daño extracontractual y daño contractual, los que quedaron asimilados, y se confirió un régimen unitario en los daños a las personas.

Se ha dicho que con la solución que adopta el nuevo CCCN se superan las serias dificultades que se habían generado, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica).

La tesis de la unidad entiende que la ilicitud es un único fenómeno, lo cual no implica la homogeneidad, ni identidad absoluta, ya que hay diferencias que subsisten. Por ejemplo, en la hipótesis del art. 1732 CCCN, la de la imposibilidad de cumplimiento, en donde el deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado (caso fortuito que exonera al deudor), aunque la existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos.

Lorenzetti, ha señalado, en este sentido, que el principio es la reparación plena del daño en dinero o especie (art. 1740) comprendiendo las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles (art. 1726), salvo dolo en el contrato en cuyo caso también se indemnizan las consecuencias existentes en el momento del incumplimiento (art. 1728). Conforme al artículo 1082 la reparación del daño contractual queda sujeta a las siguientes reglas: primero: el daño debe ser reparado en los casos y con los alcances establecidos según el siguiente orden: a) por las disposiciones de cada contrato en particular; b) por las disposiciones del capítulo de los contratos (Libro Tercero, Título II, Contratos en. general, Capítulo 13, Extinción, modificación y adecuación del contrato; c) por las disposiciones generales de la responsabilidad civil (Libro

y es materia de las obligaciones en general. Además, por la misma razón, se suprime el inciso a) del artículo 1584.

Tercero, Título V, Otras frentes de las obligaciones, Capítulo 1, Responsabilidad civil); segundo: la reparación del daño contractual incluye el reembolso total o parcial, según corresponda, de los gastos generados por la celebración del contrato y de los tributos que lo hayan gravado. Además, en el incumplimiento de las obligaciones con cláusula penal (art. 1082, inc. c) se aplica la pena o multa que suple la indemnización de los daños (art. 793); el deudor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena es insuficiente y el juez puede atenuar la pena (arts. 793 y 794)²⁶.

En cuanto a la “problemática derivada del incumplimiento”, queda regulada en el campo obligacional y contractual. Frente al incumplimiento, el acreedor persigue la ejecución forzada para obtener la prestación, y, si no es posible o no lo desea, pretende una indemnización sustitutiva. Ello exige diferenciar, dentro del espectro de los daños resarcibles, el valor de la prestación originariamente pactada, de los otros perjuicios que se sufren. La primera indemnización es el equivalente de la prestación debida. En cambio, los demás daños forman parte de una acción de responsabilidad en sentido estricto, porque surge una nueva obligación a partir del hecho ilícito (incumplimiento), ya que antes no existían esos perjuicios.

Si bien existen dos tesis que han dividido la doctrina argentina, el código trata de superar las discusiones teóricas con una solución práctica que establece una regla general para la unificación de los ámbitos de responsabilidad y una regulación especial para el cumplimiento de la prestación comprometida mediante un contrato.

En consecuencia, se distingue, la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y contratos, de los demás aspectos, que se incluyen en la responsabilidad por daños.

²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, Cód. Civ. Com. de la Nación Comentado, Tomo VIII, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, 2015, pág. 480/481.

CAPÍTULO II

CONTRATOS EN GENERAL

A) CONCEPTO Y PRINCIPIOS GENERALES.

En el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield dos normas fueron los puntos cardinales que definían al contrato y el criterio de la autonomía de la voluntad: el artículo 1.137: *“Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”*; y el artículo 1.197: *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”*.

Mosset Iturraspe, ha señalado que el artículo 1134 del Código Civil francés fue reproducido por Vélez en el artículo 1197, donde se pone de resalto la autonomía de la voluntad-libertad de contratar o no, de elegir con quién y sobre qué- y la fuerza vinculatoria o de cumplimiento que emana del contrato. Empero, la última parte del artículo 1134 -"las convenciones deben ser cumplidas de buena fe"- fue omitida en el trasegado de Vélez²⁷. Advertimos que volveremos sobre este tema al tratar la buena fe y el abuso del derecho.

Freytes, al respecto, ha señalado que autonomía privada, que supone la facultad de disponer de los propios intereses mediante manifestaciones de la voluntad rectamente expresadas, genera un instrumento normativo o reglamentario al que las partes deben adecuar su conducta, pues el ordenamiento jurídico las obliga a respetar escrupulosamente lo convenido, al tiempo que concede efectos jurídicos al contenido libremente acordado. En ello consiste la fuerza obligatoria del contrato, que Vélez Sársfield inspirado en

²⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El ejercicio de los derechos: buena fe, abuso del derecho y abuso de posición dominante”, en Revista: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo: 2012 - 2. Proyecto de Código Civil y Comercial – I, cita: RC D 82/2015.

Marcadé, consagró en el art. 1197 del C. Civil, respetando la fórmula del art. 1134 del Código Napoleón²⁸.

Dice este doctrinario que, desde esa óptica, el contrato es la expresión más sublime, amplia y genuina de ejercer aquella autonomía, y constituye una categoría ideal para brindar seguridad jurídica a las transacciones, aportando certeza a las obligaciones y a sus consecuencias en la medida que el derecho puede procurarla.

Por eso, cuando las partes celebran un contrato lo hacen descontando el cumplimiento fiel y efectivo de las convenciones libremente pactadas y su fuerza obligatoria.

Esta regla de cumplimiento acabado y oportuno, fue rescatada por el aforismo latino *pacta sunt servanda*, verdadera ciudadela inviolable de los ordenamientos latinos, que trasunta la idea que los contratantes son siervos de la palabra empeñada.

La seguridad jurídica, el respecto a la voluntad libremente expresada que elaboró el consensualismo de los siglos XVII y XVIII y la concepción moderna del contrato como instrumento idóneo para favorecer la circulación de bienes y servicios, vital en una economía de intercambio, reforzaron la máxima mencionada, admitiendo solo restrictivas excepciones al principio de obligatoriedad, nacidas de la imposibilidad de cumplimiento, el caso fortuito, o los vicios del consentimiento.

Así, la intangibilidad contractual, permitió a las partes alcanzar el resultado que el negocio entraña, materializado en el exacto cumplimiento de las obligaciones y en el recto ejercicio de los derechos emergentes del convenio. De ello se colige que la forma natural de extinción de un contrato es la exacta consumación de las prestaciones convenidas.

Sin embargo, éstas no siempre se cumplen conforme lo previsto por los contratantes al prometerlas. Diversas circunstancias pueden impedir que el

²⁸ FREYTES, Alejandro, "La rescisión unilateral y los contratos de duración", Revista de la Facultad

negocio se ejecute oportuna e íntegramente. Surgen durante su fase de ejecución y provienen de múltiples factores naturales, legales o convencionales capaces de suspender los efectos fijados en el tipo legal o convencional, o en el peor de los casos, capaces de extinguir sin más el acuerdo concertado dejando sin provecho y sentido, lo esperado y querido²⁹.

Bajo el nombre genérico de vicisitudes del contrato se recogen aquellas situaciones coetáneas o sobrevenidas que influyen en su desenvolvimiento o sellan definitivamente su suerte futura.

En una concepción más actual, se ha dicho que el contrato es un instrumento jurídico para la realización de operaciones económicas de cambio y su reglamentación por el derecho positivo se traduce en una regulación del mercado que es el ámbito donde se desenvuelven aquellos negocios. El derecho tutela a la parte más débil de las relaciones entre los protagonistas institucionales de ese mercado comercial, esto es, los proveedores y consumidores, con el objeto de asegurar la eficacia y garantizar la justicia. Pero en el complejo proceso del desenvolvimiento de producción, distribución y comercialización de los bienes y servicios, intervienen otros actores o protagonistas que conforman los eslabones de una cadena de contratos antecedentes, que en un punto final concluyen y desembocan en la relación de consumo. La ley ha consagrado una reglamentación tuitiva de la parte más vulnerable de ese vínculo, el consumidor, pero no puede pasarse por alto que, en el tráfico precedente, se celebran otros contratos entre empresas en los cuales es posible que las partes involucradas se hallen también en situación de desigualdad económica³⁰.

Llegados a este punto, se estima necesario comprender la evolución que tuvo el contrato desde la concepción de Vélez Sarsfield, acorde con su tiempo y el movimiento liberal en donde se desarrolló, hasta la actualidad. Aquella letra del art. 1197 (respecto de esas convenciones hechas en los

²⁹ FREYTES, Alejandro, ob. cit.

³⁰ FREYTES, Alejandro, cita a APARICIO, Juan M., ob. cit.

contratos formaban para las partes una regla a la cual deben someterse como a la “ley misma”, aparecían como una voz que decía: todo aquel que realiza un mal negocio jurídico, no golpee las puertas de los tribunales y respete la convención elevada a ley), fue cediendo en su fuerza y rigidez frente a las problemáticas que la realidad económica contractual planteaba, cuyo exponente representativo lo constituyó la reforma instituida por la Ley 17.711 que –entre otras- modificó el art. 1198, que incorporó los institutos de “fidelidad contractual” o “buena fe” y la “teoría de la imprevisión”. Con esta última, se abrió un camino que daba lugar a la revisión contractual cuando la prestación a cargo de una de las partes se tornaba excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles³¹.

En la consagración de ese avance jurisprudencial, doctrinario y legislativo se encuentra el nuevo Código Civil y Comercial.

Este cuerpo regula los “contratos en general” en su Libro Tercero, Título II.

Este Título comienza con las disposiciones generales dispuestas en su Capítulo 1. Define al contrato en su art. 957 como el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se incorporan algunos principios jurídicos aplicables en la materia,

³¹ Art. 1.198 del Código Civil: Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968).

que constituyen la base sobre la cual se asienta la noción dogmática y que son los siguientes:

La libertad de las partes para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público.

La fuerza obligatoria mediante la cual el contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme lo que en él se disponga por acuerdo de partes o en los supuestos que, sobre adecuación del contrato, están previstos por la ley.

La buena fe en la celebración, interpretación y ejecución, lo cual es coherente con la norma existente en el Título Preliminar. Los contratos obligan, no sólo a lo que esté formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor. La amplitud que se le reconoce a este principio es consistente con la que le ha dado la doctrina y jurisprudencia argentinas. En cuanto a la extensión temporal, se incluye la ejecución, con lo cual resulta innecesario crear una nueva figura denominada “poscontrato” (artículo 1063 del Proyecto de 1998).

Estos principios obligan a ponderar la libertad y la fuerza obligatoria de la autonomía de la voluntad, por un lado, y del orden público por el otro, permitiendo un balance entre principios competitivos adecuado en el caso concreto.

En este Capítulo se establecen criterios para resolver la relación entre la autonomía de la voluntad y las normas legales, conflictos de normas e integración del contrato.

Se dispone que los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio, cuando se afecta de modo manifiesto el orden público. Esta norma estaba presente en el Proyecto de 1998 y sigue la jurisprudencia argentina en la materia. La regla es que los jueces no pueden modificar un contrato, porque deben respetar la autonomía privada. La

excepción ocurre cuando una ley autoriza a las partes a solicitar la modificación o bien cuando se afecta de modo manifiesto el orden público. Respecto de esto último, cabe decir que la consecuencia habitual es la nulidad, pero en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país se ha admitido, excepcionalmente, la conservación del vínculo.

Los problemas que ello podría suscitar con relación a la aplicación del principio protectorio están solucionados al admitirse el control judicial en los vínculos celebrados por adhesión a condiciones generales de la contratación y al legislarse los contratos de consumo en un título diferente.

Los derechos resultantes del contrato integran el derecho de propiedad, lo cual ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en contextos de emergencia económica.

En cuanto a la clasificación de los contratos, se sigue el modelo del Proyecto de 1998, receptando algunas modificaciones sugeridas por la doctrina.

B) BREVES NOTAS SOBRE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

En la importante reforma al código de Vélez del año 1968, a la que nos hemos referido anteriormente, se encuentra un tema de relevancia al hablar de contratos e incumplimiento, y es lo que constituyó -en el anterior régimen- y lo constituye -en el nuevo- la resolución de los contratos por incumplimiento.

Si bien, no es un tema específico de nuestro trabajo, se encuentra íntimamente vinculado y de ahí su consideración.

Daremos someramente algunas notas del instituto.

Así, ante la inejecución de la obligación derivada de un contrato sinalagmático, el derecho objetivo otorga a la parte cumplidora derechos subjetivos con los que la ley pretende protegerlo frente a la ruptura del equilibrio contractual: medios defensivos (*exceptio non adimplenti contractus*); medios aprensivos (obtener la ejecución forzada en especie de la obligación a cargo

del deudor), o cumplimiento indirecto bajo la forma de daños y perjuicios; y como un último remedio, la facultad de “resolver” el negocio jurídico, para el acreedor diligente, en los contratos bilaterales.

El régimen legal del derogado C.C. estructuraba un sistema de soluciones sobre la base de su artículo 505 y un sinnúmero de disposiciones que con él guardan coherencia, otorgando al acreedor diligente la facultad de emplear los medios legales a fin de que el deudor procure aquello a que se ha obligado.

La resolución de un contrato ocurre por acaecimiento de un hecho que la ley o las partes, expresa o tácitamente previeron al celebrarlo. Necesita de un acontecimiento sobreviniente previsto por las partes o por la ley, es decir, la causa de su extinción lo es en virtud de una cláusula expresa o implícita.

La resolución de los contratos por incumplimiento operaba vía acción judicial resolutoria, o por pacto comisorio implícito o expreso, ambos regulados por los artículos 1.203 y 1.204 del C.C.

La resolución por autoridad del acreedor es el medio judicial o privado por el cual el otorgante que se mantiene fiel al negocio, extingue un contrato válido con contenido obligacional correlativo, en razón del incumplimiento injustificado de las prestaciones a cargo del otro otorgante.

Miquel enseñaba que la “resolución por incumplimiento” es la extinción de un vínculo contractual válido, por imposibilidad de lograr el fin económico-social propuesto por las partes y tutelado por el ordenamiento jurídico, a causa de la sobreviniente destrucción de la relación de reciprocidad, producida porque una de las partes no ha realizado la prestación a su cargo³².

Es decir, que un contrato pierde su sentido si frustra su finalidad, cuando a causa del incumplimiento de una de las partes, la relación de reciprocidad se perturba y debe concederse al contratante diligente la posibilidad de quedar prontamente liberado.

³² MIQUEL, Juan Luís, “Contratos”, editorial De Palma, pág. 73.

Los presupuestos para que se configure la resolución del contrato por incumplimiento son: existencia de un contrato válido con prestaciones recíprocas; cumplimiento de la parte que invoca la resolución e incumplimiento del deudor.

El mecanismo resolutorio solo puede ser ejecutado por quien ha cumplido con las prestaciones que tenía a su cargo, o por quien ofrece cumplir prestaciones pendientes. Además, la destrucción de la relación de reciprocidad, factor de ruptura del equilibrio contractual, junto con la consecuente imposibilidad de lograr el fin u objetivo propuesto, constituyen los dos presupuestos que determinan o hacen surgir el derecho de resolución.

Incumplir significa dejar de hacer aquello a que se está obligado; la jurisprudencia expone que no cualquier incumplimiento constituye una motivación idónea para generar el derecho a la resolución del contrato y la entidad del incumplimiento, cuando es parcial, queda reservado al buen criterio jurisprudencial, limitado al principio de razonabilidad y por la idea de que la prestación incumplida deber ser de suficiente entidad como para quitar interés al acreedor respecto de la ejecución ulterior. El incumplimiento contractual debe ser relevante a los efectos del funcionamiento de la facultad resolutoria.

En aquellos contratos con obligaciones que tienen un plazo convenido de manera tácita por la naturaleza y circunstancias de la obligación, para constituir en mora al deudor, el acreedor debe “interpeloarlo” y, en materia de resolución de contratos, ésta, debe ser restrictiva, debiendo quedar claramente demostrado cual es la verdadera intención del acreedor diligente.

El artículo 1.204 del C.C., regulaba el mecanismo para la resolución extrajudicial por autoridad del acreedor, y podemos citar, como caracteres de este instituto, los siguientes: es un régimen de excepción al principio “pacta sunt servanda”; es una facultad del acreedor diligente como implícitamente comprendida; si se elige el cumplimiento, puede variarse a la resolución, pero no al revés; en caso que se resuelva extrajudicialmente, no puede pedirse

judicialmente la resolución y, comunicada la voluntad de resolver, la resolución se produce de pleno derecho.

La “interpelación”, debía ser clara y tener por objeto exactamente la prestación debida, y el plazo está determinado en un mínimo de 15 días.

La consecuencia del ejercicio de la facultad resolutoria, es que se resolvía de pleno derecho el contrato extrajudicialmente y se perdía el derecho de reclamar judicialmente el cumplimiento.

Según lo que estaba preceptuado por el cuarto párrafo del artículo 1.204, el acreedor gozaba del llamado “ius variandi”, es decir, que si no hacía uso de un pacto comisorio expresamente convenido, ni tampoco de la facultad comisorio implícita, podía optar por promover la acción judicial de cumplimiento o de resolución; pero si el acreedor diligente había echado mano de la facultad comisorio implícita, haciéndola valer extrajudicialmente, el contrato se resolvía de pleno derecho y no podrá luego demandar el cumplimiento, ya que resultaba obvio que no podría obligar a su deudor a cumplir una convención extinguida.

Miquel, en su obra ya citada, decía que si bien la “resolución por vía judicial” no había sido reglamentada de manera específica, puede decirse que se trata de una acción constitutiva tendiente a crear un estado jurídico que es la extinción del vínculo que liga a los contratantes; la demanda debía ser clara, pero debía plantearse concretamente, no pudiendo considerarse implícita al demandar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento; debe proponérsela concreta como acción principal, sin perjuicios de la accesorio de daños y perjuicios ya que éste, revestirá el carácter de única y principal, cuando la resolución se haya operado de manera extrajudicial; los efectos de la sentencia se retrotraen a la fecha de promoción de la acción o de la excepción.

El efecto principal que provocaba la resolución de un contrato es que las cosas retornan al estado en que se hallaban en el momento de su celebración, es decir, la desaparición del pasado (*ex tunc*), porque la resolución opera retroactivamente, pero teniendo en cuenta esta salvedad: en los

contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido, quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes.

Corolario del efecto “retroactivo” de la resolución, eran los efectos “reintegrativo y resarcitorio”: se deducía fácticamente que las partes debían restituirse recíprocamente lo que del mismo modo recibieron con motivo del negocio jurídico extinguido, o pagarse las indemnizaciones compensatorias o resarcitorias correspondientes. Frente al vacío legal, por vía de la analogía, existe cierta similitud entre los efectos de la resolución por incumplimiento y los de la condición resolutoria.

El nuevo código recogió mucha de la problemática que planteaba el anterior régimen en forma normativa y legisló con mayor precisión el instituto.

Así el nuevo Código Civil y Comercial en el Capítulo 13, del Título II, de Libro Tercero, regula los efectos de la extinción, modificación y adecuación del contrato.

La resolución contractual en el nuevo CCCN se encuentra tratada en los arts. 1083 a 1088. Por su parte, el art. 1078 de este cuerpo legal contiene disposiciones generales para la extinción del contrato.

Por su claridad expositiva transcribiremos algunas normas que resultan de importancia.

La resolución total o parcial se encuentra definida en el art. 1083 con el siguiente enunciado: “Una parte tiene la facultad de resolver total o parcialmente el contrato si la otra parte lo incumple. Pero los derechos de declarar la resolución total o la resolución parcial son excluyentes, por lo cual, habiendo optado por uno de ellos, no puede ejercer luego el otro. Si el deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor sólo puede resolver íntegramente el contrato si no tiene ningún interés en la prestación parcial”.

En tanto la configuración del incumplimiento se encuentra en art. 1084 que, con precisión, define: “A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es

esencial cuando: a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato; b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor; c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar; d) el incumplimiento es intencional; e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor”.

La cláusula resolutoria expresa está contenida dentro del art. 1086 en la que se expresa: “Las partes pueden pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de incumplimientos genéricos o específicos debidamente identificados. En este supuesto, la resolución surte efectos a partir que la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver”. Mientras el art. 1087 se refiere a la cláusula resolutoria implícita: “En los contratos bilaterales la cláusula resolutoria es implícita y queda sujeta a lo dispuesto en los Artículos 1088 y 1089”.

Los presupuestos de la resolución por cláusula resolutoria implícita se encuentran contenidos dentro del artículo 1088: “La resolución por cláusula resolutoria implícita exige: a) un incumplimiento en los términos del Artículo 1084. Si es parcial, debe privar sustancialmente de lo que razonablemente la parte tenía derecho a esperar en razón del contrato; b) que el deudor esté en mora; c) que el acreedor emplaze al deudor, bajo apercibimiento expreso de la resolución total o parcial del contrato, a que cumpla en un plazo no menor de quince días, excepto que de los usos, o de la índole de la prestación, resulte la procedencia de uno menor. La resolución se produce de pleno derecho al vencimiento de dicho plazo. Dicho requerimiento no es necesario si ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento, si la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir, o si el cumplimiento resulta imposible. En tales casos, la resolución total o parcial del contrato se produce cuando el acreedor la declara y la comunicación es recibida por la otra parte.

La operatividad de los efectos de la extinción por declaración de una de las partes se encuentra regulada en el art. 1079 que dispone: “Excepto

disposición legal en contrario: a) la rescisión unilateral y la revocación producen efectos solo para el futuro; b) la resolución produce efectos retroactivos entre las partes, y no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe.

Mientras que en la restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes se haya en el artículo 1080: “Si el contrato es extinguido total o parcialmente por rescisión unilateral, por revocación o por resolución, las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir, y a lo previsto en el artículo siguiente”; cuyo enunciado del artículo 1081 prescribe: “Contrato bilateral. Si se trata de la extinción de un contrato bilateral: a) la restitución debe ser recíproca y simultánea; b) las prestaciones cumplidas quedan firmes y producen sus efectos en cuanto resulten equivalentes, si son divisibles y han sido recibidas sin reserva respecto del efecto cancelatorio de la obligación; c) para estimar el valor de las restituciones del acreedor se toman en cuenta las ventajas que resulten o puedan resultar de no haber efectuado la propia prestación, su utilidad frustrada y, en su caso, otros daños.

C) EJECUCIÓN FORZADA INDIRECTA

Otro tema contractual que resulta de importancia y oportuno tratar brevemente, es el del epígrafe.

Anteriormente, hemos referido a la problemática de la ejecución forzada indirecta y responsabilidad contractual, por lo que resulta oportuno detenernos y analizar someramente este punto.

Negri, ha realizado un tratamiento adecuado de la cuestión y ha señalado que, la relación obligatoria nacida del contrato, de la ley, etc., puede concluir por el cumplimiento voluntario, esto es, por el pago, entendido éste en sentido amplio y genérico, que es además lo que ocurre de ordinario en

el tráfico jurídico (art. 865, CCCN). Sin embargo, puede suceder que el deudor incumpla la obligación, por lo que el acreedor tiene derecho a satisfacer su crédito a través de la ejecución forzada directa (en especie o por otro) y, de no ser ello posible, indirectamente, mediante el equivalente en dinero (arts. 724 in fine, 730 y 777 CCCN)³³.

Estos medios legales surgen tanto del Código como de otros "microsistemas" del derecho argentino cuando se hace referencia a las distintas vías de ejecución forzada con que se faculta al acreedor ante la falta de cumplimiento del deudor (cfr. arts. 730 y 777, CCCN; 10 bis, ley 24.240, modif. ley 26.361).

En el caso de la ejecución forzada indirecta, se suele aludir de forma errónea a los "daños y perjuicios". Empero, estrictamente hablando, ello no es así, puesto que no se trata de la reparación o el resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento, sino más bien, simplemente, del equivalente de la prestación debida (*aestimatio rei*). Como veremos más adelante, los perjuicios ocasionados a causa del incumplimiento constituyen, estrictamente, la verdadera "responsabilidad contractual", esto es, el *id quod interest* (arts. 1716, 1737 y 1738 CCCN).

La distinción es importante porque los presupuestos de procedencia en uno y otro caso son diferentes, por lo que la pretensión procesal debe formularse de otra manera y demostrarse otros extremos para que la misma prospere. En el primero (la *aestimatio rei*) basta con demostrar en juicio el mero incumplimiento del deudor (arts. 730, 774, 777 y concs., CCCN), en tanto que en el segundo se presenta la carga de demostrar todos los elementos de la responsabilidad civil, vale decir, además de la antijuridicidad (incumplimiento; arts. 1716 y 1749 CCCN), el factor de atribución (subjetivo u objetivo; art. 1721 y ss.), la relación de causalidad adecuada (art. 1726 y ss.) y el daño resarcible (art. 1737 y ss.).

³³ NEGRI, Nicolás, "Responsabilidad contractual: precisiones e implicancias con incidencia procesal", Publicado en: RCCyC 2017 (agosto), 10/08/2017, 23, Cita Online: AR/DOC/1789/2017

En cuanto a los medios de ejecución forzada, el régimen legal se ha aludido a los mecanismos previstos en los arts. 730 y 777 del Código Civil y Comercial.

El primer artículo, refiriéndose a los derechos del acreedor frente al incumplimiento del deudor, establece que "La obligación da derecho al acreedor a: a) emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; b) hacérselo procurar por otro a costa del deudor; c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes".

El art. 777, refiriéndose a las obligaciones de hacer, en términos análogos, dispone: "Ejecución forzada. El incumplimiento imputable de la prestación le da derecho al acreedor a: a) exigir el cumplimiento específico; b) hacerlo cumplir por terceros a costa del deudor; c) reclamar los daños y perjuicios". Los supuestos contemplados en los incisos a y b de los artículos citados, abordan los casos de ejecución forzada "directa", siendo el primero —los incisos "a"— el caso de la ejecución "en especie" (in natura), en tanto que en el segundo —los incisos "b"— la ejecución forzada "por otro". El supuesto de los incisos "c" se prevé la llamada ejecución forzada "indirecta", la que constituye un subrogado en dinero de la obligación originaria (si ella no era de esta especie), vale decir, la aestimación rei (la estimación de la cosa —prestación debida—).

Claro está, que nuestro interés está orientado en los daños derivados en una rescisión unilateral en los contratos de duración indeterminada, en esa ruptura del vínculo que se transforma en ilícita y abusiva por la intempestividad, y que da lugar a una indemnización por "responsabilidad contractual", esto es, el id quod interest, a los términos de los arts. 1716, 1737 y 1738 del CCCN).

En el avance de la cuestión a continuación con la caracterización del contrato de duración por tiempo indeterminado, los servicios continuados, la rescisión unilateral, la configuración del carácter abusivo, para concluir en la problemática de los daños y su cuantificación.

CAPÍTULO III

RESCISIÓN UNILATERAL

A) LA RESCISIÓN EN GENERAL

En términos generales, la doctrina define la rescisión como un mecanismo de extinción que puede ser operado por ambas partes o por una sola, según lo autorice la ley o el contrato mismo. A lo largo de los años, el instituto ha sido objeto de una extensa elaboración doctrinaria bajo la vigencia del derogado Código Civil.

Anteriormente mencionamos que el nuevo Código Civil y Comercial regula los contratos en general a partir su art. 957, norma que define al contrato.

Es a partir del art. 1076, ubicado dentro del Capítulo Décimo Tercero, titulado “Extinción, modificación y adecuación del contrato”, el lugar en donde el código comienza con la enunciación de los distintos modos de extinción de los contratos.

Este primer artículo (1076), define la rescisión bilateral, mutuo disenso o distracto.

Hallase, en los artículos siguientes la “extinción por declaración de una de las partes” (1077, 1078 y 1079), regulándose “la rescisión unilateral” junto a la revocación o resolución, con los siguientes dispositivos normativos:

Artículo 1077: Extinción por declaración de una de las partes. El contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad.

Artículo 1078: Disposiciones generales para la extinción por declaración de una de las partes. Excepto disposición legal o convencional

en contrario, se aplican a la rescisión unilateral, a la revocación y a la resolución las siguientes reglas generales:

a) el derecho se ejerce mediante comunicación a la otra parte. La comunicación debe ser dirigida por todos los sujetos que integran una parte contra todos los sujetos que integran la otra;

b) la extinción del contrato puede declararse extrajudicialmente o demandarse ante un juez. La demanda puede iniciarse aunque no se haya cursado el requerimiento previo que pudo corresponder; en tal situación se aplica el inciso f);

c) la otra parte puede oponerse a la extinción si, al tiempo de la declaración, el declarante no ha cumplido, o no está en situación de cumplir, la prestación que debía realizar para poder ejercer la facultad de extinguir el contrato;

d) la extinción del contrato no queda afectada por la imposibilidad de restituir que tenga la parte que no la declaró;

e) la parte que tiene derecho a extinguir el contrato puede optar por requerir su cumplimiento y la reparación de daños. Esta demanda no impide deducir ulteriormente una pretensión extintiva;

f) la comunicación de la declaración extintiva del contrato produce su extinción de pleno derecho, y posteriormente no puede exigirse el cumplimiento ni subsiste el derecho de cumplir. Pero, en los casos en que es menester un requerimiento previo, si se promueve la demanda por extinción sin haber intimado, el demandado tiene derecho de cumplir hasta el vencimiento del plazo de emplazamiento;

g) la demanda ante un tribunal por extinción del contrato impide deducir ulteriormente una pretensión de cumplimiento;

h) la extinción del contrato deja subsistentes las estipulaciones referidas a las restituciones, a la reparación de daños, a la solución de las controversias y a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la extinción.

Artículo 1079: Operatividad de los efectos de la extinción por declaración de una de las partes. Excepto disposición legal en contrario:

a) la rescisión unilateral y la revocación producen efectos solo para el futuro;

b) la resolución produce efectos retroactivos entre las partes, y no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe.

Artículo 1080: Restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes. Si el contrato es extinguido total o parcialmente por rescisión unilateral, por revocación o por resolución, las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir, y a lo previsto en el artículo siguiente.

Aclárese que este modo extintivo, se encuentra repartido en numerosas normas dentro del Código Civil y Comercial y otras leyes civiles y comerciales, que regulan también la rescisión, la que sin detenernos demasiado en la cuestión de la etiqueta, a veces, también se encuentran bajo otro rótulo, por ejemplo, la rescisión penitencial en las arras (art. 1059) y en el pacto de retroventa (art. 1163); la rescisión del consumidor (art. 10 bis de la ley 24240); el derecho de receso de los socios (art. 245 Ley 19550); la renuncia del mandatario (art. 1329 y 1332); contrato bancario (art. 1383); la resolución anticipada del contrato de locación (1023, 1217 y 1221); la rescisión anticipada del comodatario (1541 inc. c); contrato de cuenta corriente (art. 1432, inc. b- y art. 1441, inc. b-); contrato de concesión por tiempo indeterminado (art. 1508); continuación de la locación concluida (art. 1218); desistimiento unilateral en locación de cosas (art. 1261); franquicia (1522 inc. d); contrato de servicios continuados por tiempo indeterminado (art. 1279).

¿En qué consiste la rescisión unilateral de los contratos?

Por comenzar, como sucede con la mayoría de los conceptos jurídicos, por efecto de la textura abierta, la vaguedad y ambigüedad, defectos propios del lenguaje, no contamos con un concepto único y preciso de "rescisión unilateral de los contratos".

Se ha señalado que el obstáculo principal, aunque no el único, es la anarquía terminológica del legislador, desde que la ley no define el instituto, haciéndose evidente que hay supuestos de rescisión unilateral que el legislador no denomina de este modo y, a la inversa, hay otros que no son tales, aunque el legislador los llame así, lo que denota una confusión lingüística.

Sánchez Herrero ha definido al instituto de esta forma: *"La rescisión unilateral es todo modo de extinción sobreviniente, voluntario y unilateral del contrato que no sea otro modo extintivo jurídicamente autónomo"*.³⁴

Se destaca en esta definición el carácter "residual" con la que ha designado a la figura.

Expone este autor que, las primeras notas son positivas, mientras que la última es negativa, justamente por el carácter residual; siendo que esta facultad extintiva puede ser de origen legal o convencional.

En el análisis de las notas, en resumen, el doctrinario especifica lo siguiente:

1) *Es un modo de extinción del contrato*: el efecto extintivo lo produce la rescisión realizada conforme a derecho. Sin embargo, de aquí no se desprende que la rescisión ilegítima, por el contrario, no extinga el contrato. Como veremos, puede que no, pero también puede que sí. Por ejemplo, lo primero es lo que ocurre con la rescisión *ante tempus* de un contrato de duración determinada, y lo segundo con la rescisión no preavisada de un

³⁴ SANCHEZ HERRERO, Andrés, "Rescisión Unilateral de los Contratos", Thomson Reuters La Ley, 2018, pág 4.

contrato de duración indeterminada. En este último caso, la sanción ante la ilegitimidad de la rescisión consiste en el pago de un resarcimiento, no en la privación de su eficacia extintiva.

Por lo general, la rescisión extingue totalmente el contrato, que deja de existir. Sin embargo, no se trata de una nota definitoria: en ciertos casos, puede tener solo una eficacia extintiva parcial, como ocurre con los contratos asociativos y plurilaterales, en los que en principio solo afecta al vínculo del rescindente, pero no los de los demás. Por ejemplo, cuando un socio ejerce el derecho de retiro o de receso, al menos en principio.

2) *Es un modo de extinción sobreviniente*: uno de los presupuestos de la rescisión es que el contrato rescindido haya nacido válido. En esto se distingue, entonces, de la nulidad. Lo que produce la extinción es un hecho posterior a la celebración del contrato: la manifestación de la voluntad extintiva, el acto rescisorio.

3) *Es un modo de extinción voluntario*: hay modos de extinción del contrato que operan en forma automática, ante el mero acaecimiento de un hecho e independientemente de la voluntad de los contratantes. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el vencimiento de un plazo extintivo, el cumplimiento de una condición resolutoria, la imposibilidad de cumplimiento sobreviniente y no imputable al deudor, y la muerte del socio en ciertos tipos societarios (sociedades colectivas, en comandita simple y de capital e industria). En todos estos supuestos, verificado cierto hecho (v. gr., el transcurso del tiempo, el acaecimiento de la condición, la imposibilidad de pago o la muerte del socio), el contrato se extingue, ya sea total o parcialmente. La parte interesada puede *invocar* que la extinción del contrato se ha producido, pero no *extinguirlo*.

En otros modos extintivos, en cambio, es la manifestación de voluntad de uno de los contratantes o de ambos la que produce la extinción del contrato. Puede que para ser eficaz requiera que haya ocurrido algún hecho

(en cuyo caso será un modo de extinción causado) o puede que no (supuesto en el cual será un modo extintivo incausado). Es lo que sucede, por ejemplo, con la rescisión bilateral, la resolución por incumplimiento y la rescisión unilateral.

4) *Es un modo de extinción unilateral*: Se diferencia, así, de la rescisión bilateral. No debe pensarse que estamos ante un género (la rescisión) que tiene dos especies (la bilateral y la unilateral). Sin duda, comparten las notas definitorias, pero también lo hacen otros modos extintivos no rescisorios (v. gr., la resolución por incumplimiento, por frustración del fin o por excesiva onerosidad sobreviniente). Por lo tanto, el género serían los modos de extinción sobrevinientes, voluntarios y unilaterales. Esto es así porque las dos "rescisiones" no presentan ninguna nota en común que no compartan con los otros modos extintivos voluntarios (v. gr., las tres resoluciones a las que he hecho referencia), de modo que no pueden dar lugar a una categoría o un género independiente. Por cierto, el carácter incausado no puede ser esa supuesta nota común entre las dos rescisiones: la rescisión unilateral puede ser causada o incausada; en cuanto a la rescisión bilateral, es causada en el sentido de que, como todo contrato, tiene una causa final, pero no porque requiera una causa que la justifique, dado que su obligatoriedad proviene del propio acuerdo de voluntades.

5) *No es otro modo extintivo dotado de autonomía jurídica*: Es la nota definitoria negativa de esta figura. Como puede advertirse, estamos ante una categoría residual dentro del universo de los modos extintivos unilaterales: todo supuesto de extinción unilateral del contrato que no sea subsumible en otro modo extintivo autónomo es un caso de rescisión unilateral.

Ahora bien, ¿qué supuestos de extinción contractual quedan incluidos dentro de la categoría en virtud de esta nota? Para responder este interrogante hay que distinguir dos supuestos, en función de si la extinción es causada o incausada.

Comencemos por la segunda. Es la rescisión supuestamente "típica", la primera en la que se piensa cuando se alude a este modo extintivo (y muchas veces la única). En este contexto, no se alude a la cuestión fáctica de que un acto rescisorio determinado carezca de causa, sino a un dato de orden normativo: la rescisión es incausada cuando la ley o el pacto que la prevén no sujetan total o parcialmente su eficacia o legitimidad a la existencia de una causa que la justifique. Por ejemplo, en un contrato de duración indeterminada, cualquiera de las partes puede ponerle fin de modo unilateral y sin causa. Lo mismo vale para un contrato en el cual se ha incluido una señal penitencial.

La primera de las subcategorías referidas —esto es, la rescisión con causa— es más complicada. Por lo pronto, se compone de dos subnotas: 1) una positiva: es un modo de extinción causado, y 2) otra negativa: es un modo de extinción no autónomo (como sí lo es, por ejemplo, la resolución por incumplimiento).

Admite el autor que glosamos que, al llegar a este punto, se vacila entre seguir el camino finalmente adoptado, o simplificarme las cosas y acotar la figura de la rescisión concibiéndola exclusivamente como un modo de extinción incausado. Evidentemente, de haber procedido de este segundo modo, habría podido deslindar con facilidad a la rescisión unilateral respecto de los demás modos extintivos unilaterales, cerrando su definición con una nota específica simple que además habría evitado la necesidad de incluir la nota negativa que estamos examinando. Por lo demás, así se habría puesto en sintonía con los autores que conciben a la rescisión como un modo de extinción incausado.

Sánchez Herrero explica —en este punto— que el problema de este abordaje alternativo —razón por la que lo rechazó— es que choca abiertamente con la letra y el sentido de la ley, que en más de un caso —en muchos— regula la rescisión con causa. En este contexto, al referirse a la

causa alude a un fenómeno normativo: la rescisión es causada si la ley o el pacto que la regulan sujetan total o parcialmente su eficacia o legitimidad a la existencia de una causa que la justifique.³⁵

Ahora bien, *la facultad extintiva puede provenir de la ley o del propio acuerdo de partes*: la facultad rescisoria puede ser de origen legal o convencional en términos negativos no hay derecho a rescindir si la ley o un acuerdo entre las partes no lo reconocen.

Stiglitz, en este sentido, dice que en la rescisión unilateral, una de las partes es quien le pone fin a la relación en ejercicio de una facultad prevista mediante una cláusula estipulada por las partes o en la ley.³⁶

Otros autores, han destacado también como nota característica el carácter “*implícito*” en la rescisión unilateral. Se ha dicho que la facultad rescisoria unilateral, puede también entenderse “*implícita*” en determinadas relaciones contractuales aun cuando no hayan sido previstas ni por la regulación específica del contrato que se trate, ni por la voluntad de las partes:³⁷

a) *facultad implícita por el centro de interés*: dentro de esta categoría se incluyen los contratos que solo están dispuestos en interés de una de las partes.

En caso que cese el interés de esta, debe reconocérsele la facultad de rescindir unilateralmente el contrato pues no tendría razón de ser de que se prolonguen sus efectos. Podemos señalar como ejemplo de hecho la facultad el comodatario del depositante en el depósito gratuito, del mutuario o del mutuo gratuito etc.

³⁵ SANCHEZ HERRERO, Andrés, puede verse en esta obra citada, la variedad de ejemplo que el autor menciona, ob. cit. pag. 7.

³⁶ STIGLITZ, Gabriel, citado en la obra colectiva dirigida por MARTORELL, Ernesto Eduardo, “Tratado de los contratos de empresa”, tomo I, Ed. Abeledoperrot, pág. 589/595.

³⁷ MARTORELL, ob. y pág. citada.

b) *la facultad implícita en los contratos de duración con plazo indeterminado:*

Otra circunstancia que configura un supuesto de facultad rescisoria unilateral es el de los contratos de ejecución continuada que no tienen determinado ni contractual ni legalmente el plazo de expiración.

Si en el contrato de ejecución continuada no se prevén parámetros para fijar su duración por ejemplo plazo cierto o cumplimiento de una finalidad determinada se entiende implícita la Facultad de cualquiera de las partes de rescindirlo unilateralmente. En algunos contratos típicos esta circunstancia fue expresamente contemplada en la ley, por ejemplo, en el de seguro artículo 19 de la ley 17418.

Más aún cuando no se previera ni convencional ni contractualmente la facultad, la misma se entiende implícita, tal como lo sostiene Lorenzetti, en el sentido de que *“la cláusula mediante la cual una de las partes puede extinguir unilateralmente un contrato es un efecto natural, cuando no hay plazo o es indeterminado”* habiéndose señalado que la misma no debe ser ejercida en forma *“abusiva”* ni *“intempestiva”*. Esta cuestión ha sido objeto de diversos pronunciamientos jurisdiccionales por ejemplo en materia de contratos distributivos habiendo tenido ocasión de expedirse sobre ello la Corte Suprema en el conocido fallo “Automotores Saavedra SACIF v. Fiat Argentina SACIF”, fallo al que tantas veces haremos referencia.

Es criterio, uniforme de que las partes no quedan indefinidamente ligadas por un contrato o negocio sin plazo de duración, por el contrario, tienen derecho a finiquitarlo en tanto la decisión unilateral no se ejerza arbitrariamente causando perjuicios innecesarios o injustos, mientras claro está esa facultad rescisoria no se ejerza en forma *abusiva*.

Así, cualquiera de las partes contratantes en los contratos de duración o prestaciones fluyentes está facultado para producir *unilateralmente y sin causa* la conclusión del negocio. Sin embargo, esa facultad rescisoria, reconoce un límite: el ejercicio *“intempestivo”*.

Por lo tanto, la ruptura del vínculo en sí misma no es ilícita. Sin embargo, lo que podría considerarse ilícito es la "intempestividad" de la ruptura, la cual podría calificar como una conducta "abusiva". Esta situación daría lugar a la indemnización por daños y perjuicios, permitiendo así el resarcimiento de las expectativas generadas en base a la continuación de los negocios durante un plazo razonable.

Lorenzetti, trae una nota particular: "*el arrepentimiento, entonces*", "la rescisión es un "modo arrepentimiento sobreviniente" que la ley admite y regla según los casos y los intereses en juego.

La rescisión unilateral es el Instituto por el cual una de las partes puede por su sola voluntad (es decir, en forma unilateral), dejar sin efecto un contrato durante su etapa de ejecución (en el plano funcional del contrato), sujeto a que la facultad rescisoria esté autorizada por haber sido pactada por las partes o por estar legalmente dispuesta.

Al igual, de la advertencia realizada, la facultad rescisoria puede ser *causada o incausada*, según la disposición convencional o legal que le habilite. En general, es usual encontrar que los pactos de rescisión unilateral prevén que la parte legitimada no necesita invocar causa.

La facultad de rescindir puede ser estipulada a favor de ambas partes o solo una de ellas. Algunos autores han sostenido que la rescisión tiene origen convencional, aun en la rescisión unilateral de fuente legal, ya que la otra parte lo ha consentido anticipadamente.

En cuanto a las condiciones para su ejercicio deberá estarse a la disposición contractual o legal que regule la facultad de declarar la rescisión y es habitual la estipulación de un plazo preaviso (por ej. el dispuesto por el art. 1492 del CCCN, o el término que contemplaba el derogado artículo 8 de la ley 23091 de locaciones urbanas).

Sin embargo, usualmente la rescisión procede sin necesidad de invocación de causa, aunque pueda pactarse lo contrario.

Albanesi, cita un caso de jurisprudencia en donde se tuvo la oportunidad de clarificar en relación a la fuente que habilita la rescisión y la innecesidad de causa: “existen diferencias entre la resolución y la rescisión de los contratos -en el caso se rescindió un contrato de sub-franquicia empresarial- pues, la primera encuentra su fuente en lo prescripto por el artículo 1201 del Código Civil, tiene su causa en un acontecimiento sobreviniente a la celebración del contrato –incumplimiento- en cambio la segunda no depende de la ocurrencia de un acontecimiento sobreviniente, sino de una estipulación contractual o legal, e incluso puede ser una decisión unilateral, bilateral o plurilateral, qué opera ex nunc y puede ejercerse a un sin causa o por lo menos sin expresarla.

En caso que el pacto de rescisión (de fuente convencional) habilite la declaración sólo con invocación de causa, este debe prever con claridad las causas que fungirán como presupuesto de la rescisión. Ellas serán válidas solo en la medida que no queden comprendidas en supuestos de marcados por la regulación de cláusulas abusivas, ya sea en contratos de consumo (arts. 1092 y ss del CCCN) o contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984 y ss del CCCN), en cuyo caso se aplicará la sanción que el ordenamiento jurídico prevé.³⁸

B) CONTRATOS DE LARGA DURACIÓN

Para comenzar con el estudio de la temática es necesario referirnos al enunciado del artículo 1011 del CCCN:

“Contratos de larga duración. En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se

³⁸ ALBANESI, María Victoria, en Tratado de los contratos de empresa”, tomo I, Ed. Abeledoperrot, obra colectiva, pág. 592.

produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar.

Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total.

La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.”

Ariza, al comentar este artículo, dice que es una novedad tanto en el derecho nacional como en el comparado y recepta el trabajo de la doctrina para responder a una realidad muy difundida. En el campo empresario es muy común celebrar vínculos de larga duración, como los contratos distributivos, asistencia tecnológica o incluso crediticia; son numerosas las relaciones que evolucionan hacia la cooperación de largo plazo. En los vínculos de consumo ocurre algo similar; la medicina prepaga es un buen ejemplo de vínculo de este tipo. Por eso era importante un artículo que es aplicable tanto a los contratos discrecionales como de consumo y que se refiere a la duración, lo cual requiere algunas precisiones.³⁹

Expone este doctrinario que, en la celebración del contrato se crea un vínculo que puede ser eficaz o no, ya que los efectos pueden estar sometidos a una condición, plazo o al cumplimiento de presupuestos como la legitimación. Perfeccionado el vínculo, se abre la etapa dinámica de cumplimiento. En este momento, las prestaciones prometidas pueden cumplirse en forma inmediata o diferida. En el primer caso, el tiempo es irrelevante ya que no es tomado en consideración por las partes. En la segunda hipótesis, el tiempo es un elemento accidental de la obligación que subordina su eficacia a un plazo o condición. Los contratos de larga duración

³⁹ ARIZA, Ariel, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo V, dirigido por LORENZETTI, Ricardo Luis, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, 2015, pág. 746/746.

se asemejan a los contratos de ejecución diferida, porque en ambos el tiempo es jurídicamente relevante.

Ariza distingue entre uno y otro contrato, desde que, en la ejecución diferida, el tiempo es considerado como "distancia", porque separa distintos actos: la celebración se aleja de la ejecución. Esta clasificación pone el acento en el hecho de que el tiempo es tomado en cuenta por las partes para separar la ejecución de la celebración; mientras que, en los contratos de larga duración, el tiempo es esencial para el cumplimiento, y no accesorio, como ocurre en la ejecución diferida. En estos últimos, la temporalidad se incorpora a través de modalidades accidentales de la obligación, como el plazo o el cargo, o bien a través de la falta de presupuestos que tienen entidad como para separar la celebración del cumplimiento. En cambio, en la duración, el interés del acreedor no es satisfecho sino-a través de una prestación continua o reiterada en el tiempo.

Y agrega, este doctrinario, por ello se dice que el tiempo se vincula con el objeto del contrato, ya que el mismo no puede cumplirse sino a través de una prolongación temporal.

Entonces, el contrato de larga duración es "aquel en que el dilatarse del cumplimiento por cierta duración es condición para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes y satisfaga la necesidad (durable o continuada) que las indujo a contratar; la duración no es tolerada por las partes, sino querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración. En los contratos de duración, no hay una "presentificación" del contenido sustancial del acuerdo, ya que no es posible hacerlo. Las partes pretenden satisfacer sus intereses a lo largo de una vinculación prolongada, y por ello no establecen su acuerdo definiendo materialmente los bienes, sino estableciendo normas procedimentales. De tal modo, no establecen el precio definitivo, porque suponen que habrá cambios inflacionarios; no disponen las características definitivas de las

cosas, porque saben que habrá cambios tecnológicos; no aseguran una obligación de hacer determinada, porque seguramente hará distintas maneras de prestar esa obligación a lo largo del tiempo.

En cuanto a los efectos, una vez establecido que se está frente a un contrato de larga duración, se derivan de ello dos importantes consecuencias: a) la existencia de un reforzado deber de colaboración entre las partes y b) la previa obligación de conferir a la otra parte la oportunidad de su renegociación en caso de que una de las partes aspire a su rescisión.

Este comentarista, luego de expedirse sobre esas normas de procedimentales de desarrollo del contrato, los efectos de la regulación e indicar que la solución del artículo 1011 se aplica a los contratos innominados de larga duración y se integra con el régimen legal de los contratos nominados que, según los casos, puede admitir su calificación como de larga duración que incorporó el Código (v. gr., agencia, concesión, franquicia, suministro y contratos asociativos), concluye con dos comentarios que resulta de relevancia a este estudio (en cuanto a lo que constituye nuestro objeto de estudio, respecto de las soluciones y fórmulas que resultan ser abstractas y presentan problemas de “interpretación y discrecionalidad” para resolver el conflicto), ellas son:

i.- *“Llegado un conflicto futuro, la tarea del intérprete será llenar el contenido de las normas abiertas y juzgar la licitud de las reglas procedimentales”.*

ii.- *“Dependerá de la tarea doctrinal y de la labor jurisprudencial la determinación de aquellos supuestos en que en forma previa al ejercicio de derecho de rescisión pueda corresponder otorgar a la contraparte la oportunidad de renegociar de buena fe los términos del contrato. El elemento indicativo de mayor utilidad para estas determinaciones será el del carácter*

*abusivo que pueda exhibir la rescisión directa del vínculo, aunque ella tenga previstas legalmente derechos indemnizatorios”.*⁴⁰

Caramelo, también en comentario a este artículo, expresa que algunas actividades económicas requieren del largo plazo para el logro de los objetivos perseguidos por las partes. A menudo las inversiones realizadas tardan tiempo en amortizarse y en posibilitar un razonable margen de ganancias para los contratantes o es necesario un lapso prolongado para la concreción de objetivos extrapatrimoniales tenidos en consideración por las partes al contratar. También ocurre que, en vínculos prolongados, como los propios de los contratos de concesión o de franquicia, una de las partes —el concesionario o el franquiciado— ajusta su actividad a las pautas determinadas por el concedente o franquiciante y ello ocurre en grado tal que, a menudo, los consumidores consideran que se trata de una única persona; circunstancia que determina que una ruptura intempestiva del vínculo por parte del sujeto más fuerte coloca a la contraria en una situación económica sumamente dificultosa, por las limitaciones objetivas existentes para su posibilidad de reconversión, lo que puede llevarla a la quiebra, con pérdida de puestos de trabajo. Los vínculos contractuales fluyen en el tiempo, por lapsos en los que en el mercado ocurren cosas, varían circunstancias, con afectación de los términos de equilibrio, de la onerosidad originaria. De allí la importancia del acento puesto en el deber de renegociar antes de plantear una conclusión del vínculo. Dichas circunstancias determinan que el legislador haya evaluado la especial situación planteada en este tipo de contratos.⁴¹

⁴⁰ ARIZA, Ariel, ob. cit., pág. 748/749.

⁴¹ CAMELO, Gustavo, PICASSO Sebastián, HERRERA Marisa; Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo III, Libro Tercero, Artículos 724 a 1250, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, pág. 408/410.

A menudo, tales contratos prevén facultades rescisorias para una o para ambas partes, en una regulación aparentemente igualitaria, que no es tal si evaluamos la asimetría entre partes que habitualmente presentan estos contratos. Este autor, al igual que Ariza, resalta que para morigerar tal asimetría es que, por ejemplo, en el art. 9° de la Ley 26.682 de Medicina Prepaga, se establece que los usuarios pueden rescindir en cualquier momento el contrato celebrado, sin limitación y sin penalidad alguna, mientras que los prestadores solo pueden hacerlo cuando el usuario incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres cuotas consecutivas o cuando haya incurrido en reticencia dolosa, falseando los datos de su declaración jurada de ingreso al sistema prestacional provisto por la empresa.

Este artículo establece el carácter esencial del tiempo, el que estará determinado por el necesario para el cumplimiento del objeto estipulado, de modo tal que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfagan las necesidades que las indujeron a contratar.

Es comentarista, dice algo muy interesante: salvo supuestos de limitación legal, *“el mero enunciado de una cláusula rescisoria no conlleva abuso”*. Lo que sí puede resultar abusivo es el ejercicio de esa estipulación, situación que podría darse, por ejemplo, cuando un concedente ejerce la facultad rescisoria antes de haber dado al concesionario la posibilidad de amortizar la inversión realizada; o sin el debido preaviso (arts. 1492, 1493, 1508, 1522 CC yC y conc.).⁴²

Agrega que se desprende del contenido del artículo la existencia de un deber de colaboración entre las partes de los contratos de larga duración, el que debe ser ejercido con respeto por la reciprocidad de las obligaciones del contrato, evaluada por resultado, ex post, teniendo en cuenta su duración total. Y es en atención al particular vínculo establecido entre las partes en un contrato de larga duración que se establece que la parte que decide la

⁴² CAMELO, Gustavo, ob. cit., pág. 414.

rescisión debe dar a la otra una oportunidad razonable de renegociar de buena fe.

Acá, vuelve a agregar otra nota significativa y es que esta razonable oportunidad de negociar de buena fe *“no debe tratarse de un formulismo, de una comunicación sin intención real de posibilitar tal renegociación, para que pueda considerársela enunciada de buena fe”*. Quien tiene intención de rescindir debe proporcionarle a la contraria, información suficiente para que pueda reformular sus obligaciones de modo tal de posibilitar la máxima reciprocidad de intereses entre los contratantes. Esta posibilidad que la ley impone como requisito de un proceder leal y justo se suma al preaviso exigido para el adecuado ejercicio, no abusivo, de las facultades rescisorias.

Anteriormente hicimos referencia a que, en estos tipos de contratos de larga duración (a veces, indeterminada), llevan implícita la facultad de rescindir. Empero, lo que hace este artículo, es acotar esa facultad en la obligación de dar a la otra parte, la oportunidad razonable de negociar de buena fe, es decir, nadie está obligado a permanecer en relación contractual en forma indefinida, pero la rescisión por una de las partes debe ejercerse con extremo cuidado y deberes emergentes de la buena fe.

Desde luego, buena fe, también es un término de textura abierta, a veces, no siempre, de difícil interpretación sujeta a discrecionalidad lo que constituyo otra problemática de nuestro estudio.

C) CONTRATOS DE DURACIÓN INDETERMINADA

Claro es, aunque pareciese una obviedad, que para entender un contrato de tiempo indeterminado deberíamos comenzar por su contraste: el contrato que tiene un tiempo determinado, es decir, aquél que tiene un plazo de duración y un vencimiento determinado.

Di Chiazza enseña que de acuerdo a las reglas jurisprudenciales hoy vigentes⁴³, *“el contrato será por tiempo indeterminado cuando no se haya estipulado un plazo específico de vigencia”*. Esa misma jurisprudencia prevé que estos contratos de comercialización que fueren de tiempo indeterminado cuentan, de manera implícita, con la *cláusula rescisoria unilateral incausada*, para cuyo ejercicio regular el concedente deberá otorgar un plazo de preaviso razonable (acorde a diferentes factores y variables propias de cada relación) o, en su defecto, una indemnización sustitutiva.⁴⁴

Señala este autor, circunscribiéndose al contrato de concesión, que conforme al nuevo Código, si el contrato no lleva plazo porque no ha sido pactado, se considera que cuenta con un plazo de vigencia de cuatro años (incluso, si las partes acordaran uno menor). Sólo luego de vencido ese plazo y si se mantiene la relación contractual se configurará la única hipótesis de un contrato de plazo indeterminado (artículo 1506⁴⁵). En consecuencia, se reducen considerablemente los supuestos de contratos de plazo indeterminado. Es clara la contraposición de la solución legal con la práctica contractual avalada por la jurisprudencia. Al fin de cuentas, la presunción del plazo de cuatro años, prevista a favor del concesionario, acaba jugando en su contra.

⁴³ El autor cita CSJN, 04/08/1988, "Automóviles Saavedra SA c. Fiat Argentina SA", LL 1989-B, 4 - LLC 1989, 693 - LL online: AR/JUR/1579/1988; CNCom. Sala A, 23/12/1985, "Beyer, Justo c. Alpargatas SA", LL 1986-C, 175 - LL online: AR/JUR/530/1985; CNCom., Sala E, 28/08/1990, "Lubri - Fil SRL c. Industrias Famel SA", LL 1991-C, 505 - LL online: AR/JUR/1143/1990.

⁴⁴ DI CHIAZZA, Iván G., "Concesión y distribución en el Código Civil y Comercial. Problemática del plazo de duración y de preaviso por rescisión unilateral"; 4 de diciembre de 2014; LA LEY; Id SAIJ: DACF160386.

⁴⁵ ARTÍCULO 1506. Plazos. *El plazo del contrato de concesión no puede ser inferior a cuatro años. Pactado un plazo menor o si el tiempo es indeterminado, se entiende convenido por cuatro años. Excepcionalmente, si el concedente provee al concesionario el uso de las instalaciones principales suficientes para su desempeño, puede preverse un plazo menor, no inferior a dos años. La continuación de la relación después de vencido el plazo determinado por el contrato o por la ley, sin especificarse antes el nuevo plazo, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado.*

En la lógica del Código, un contrato sin plazo (porque las partes no lo acordaron o, incluso, porque no instrumentaron la relación) se presume con una vigencia de cuatro años y por ende, no es indeterminado. Solo lo será si la relación perdura luego de vencido esos cuatro años (o el plazo mayor acordado por las partes). En esa misma lógica, si esa relación (de plazo determinado) se extingue por decisión unilateral incausada del concedente, éste debería indemnizar al concesionario por incumplimiento del contrato, es decir, al ser de plazo determinado carece de la cláusula rescisoria unilateral implícita. Vale decir, el concesionario podría reclamarle al concedente los daños derivados del incumplimiento contractual y no la sustitución de preaviso, en el entendimiento de que el primero, por regla, será superior en su monto (y rubros comprendidos), respecto del segundo. Este escenario, presuntamente levantado a favor del concesionario, no lo favorece en absoluto.

Di Chiazza al referirse a la continuidad del contrato luego de vencido el plazo y la disposición de la última parte del artículo 1506, señala que no es un concepto novedoso, al que se ha referido la jurisprudencia en forma suficientemente, y agrega que sin perjuicio de ello, existe otra hipótesis que ha analizado la jurisprudencia y que no ha sido contemplada por el Código: las sucesivas renovaciones del contrato. Al respecto ha considerado la jurisprudencia que en el caso de una relación que se "...desarrolló por espacio de nueve años y que si bien se trató de contratos de duración anual, éstos fueron renovados sucesivamente en forma continuada e ininterrumpida durante ese dilatado lapso temporal (...) no cabe admitir la alegación de la demandada acerca del plazo determinado del contrato, puesto que el concreto comportamiento de los contratantes reveló que esa duración estipulada por lapso anual revistió un carácter sólo formal y que la prolongación del vínculo con evidentes visos de continuidad, constituyó su intención verdadera...".

Se podría presumir que esta última hipótesis se encuentra subsumida en el enunciado del artículo 1506 cuando alude a la continuación de la relación luego de vencido el plazo, no obstante, ello no estaría ajeno a dudas. Está claro que se trata de situaciones similares, pero no idénticas. Una, es la continuación luego de vencido el plazo y otra la renovación por prórrogas sucesivas del contrato. Ciertamente que ambas cuentan con un denominador común: prolongación de la relación contractual a través del tiempo, pero también es cierto que no revelan la misma voluntad de las partes una y otra. La jurisprudencia se ha manifestado asimilando aquellos supuestos; vale decir, identificando a las dos hipótesis en cuestión y asignándoles los mismos efectos: el preaviso se debe calcular por todo el período durante el cual se desarrolló la relación, contando el plazo determinado más el tiempo subsiguiente que perduró la relación luego de vencido el contrato o contando las diferentes y sucesivas prórrogas de la vinculación cuando se trata de varios contratos de plazo determinado, generalmente por plazos breves, que se han renovado sucesivamente.

Existen posiciones jurisprudenciales que han trazado una diferencia sutil y muy relevante, aunque no por ello menos controversial, que no ha sido tomada en cuenta por el nuevo ordenamiento. En efecto, in re "Full Motor c. General Motors" (4) se distinguió entre: (i) los contratos con plazo determinado sin cláusula de prórroga (expresa o tácita) y (ii) los contratos con plazo determinado y pacto que habilita a una prolongación por períodos de tiempo (de igual o distinta duración al primero) a través de prórrogas sucesivas o renovación del contrato. En el primer supuesto, el vencimiento del plazo pactado de vigencia del contrato, aún si hubiera existido previamente una sucesión de contratos similares, marca el punto final del negocio, pues el contrato debe considerarse de plazo determinado y no de duración indefinida. En el segundo supuesto, en cambio, si bien el concedente cuenta con el derecho a la renovación, ya que la prórroga, aunque esté pactada como alternativa, no es nunca una imposición sino una

posibilidad que tienen las partes de convenirla, el derecho a negar una prórroga o renovación tiene como límite que no sea ejercido abusivamente de suerte que, si tal fuera el caso, la negativa podría dar lugar a consecuencias indemnizatorias. Es decir, la negativa a renovar o prorrogar un contrato que, como posibilidad resulta de lo previamente acordado por las partes, tiene que obedecer a un motivo legítimo o justa causa y, por ende, la negativa no es tolerable cuando ha habido cumplimiento fiel y diligente de las obligaciones, teniendo por tanto el concesionario o distribuidor expectativas suficientes y plena confianza en que la renovación o prórroga tendría lugar, circunstancia que exige el preaviso en caso de rescisión unilateral incausada.

Esta diferenciación jurisprudencial de los distintos efectos de los contratos con plazo determinado con y sin cláusula de renovación automática es de gran importancia conceptual y trascendencia práctica, sobre todo, en la etapa de formación del contrato y como pauta esencial a tener en cuenta al momento de su redacción o del análisis y valoración de acuerdos predispuestos. Difícil es imaginar, de ahora en más, contratos con plazo determinado y cláusula de renovación. Como hemos visto, la doctrina de "Full Motor c. General Motors" conlleva, necesariamente, a ese efecto. Si lo que parecería ser una facultad de las partes para renovar, se transforma en una suerte de pseudo obligación por renovación (salvo justa causa), es racional que ningún concedente o empresa distribuida pretenda sobrellevar la carga de tener que demostrar la justa causa para no renovar. Lo resuelto es controvertible. Independientemente de que se avale o no la postura de la Sala D, lo cierto es que su efecto es concreto y evidente: no más pactos o cláusulas de prórrogas o renovaciones. Estos acuerdos tenían un claro objetivo negocial a favor del concesionario o distribuidor quien obtenía la cláusula de prórroga en un contrato de plazo determinado y de esta manera conseguía facilitar la continuidad de la vinculación a su vencimiento sin necesidad de una nueva negociación. Lamentablemente, las normas en el

Código unificado ninguna referencia y alusión brindan respecto a tal controvertida distinción jurisprudencial.

Luego el artículo 1508 se refiere a la rescisión de contratos por tiempo indeterminado: *"Si el contrato de concesión es por tiempo indeterminado: a) son aplicables los artículos 1492 y 1493; b) el concedente debe readquirir los productos y repuestos nuevos que el concesionario haya adquirido conforme con las obligaciones pactadas en el contrato y que tenga en existencia al fin del período de preaviso, a los precios ordinarios de venta a los concesionarios al tiempo del pago"*.

Hay dos reflexiones en particular a las que nos invita esta norma: (i) su alcance, porque refiere a los contratos de plazo indeterminado y (ii) la remisión a los artículos 1492 y 1493 (del contrato de agencia) que presentan, como no podía ser de otro modo, sus cuestionamientos y dudas.

D) SERVICIOS CONTINUADOS

Vinculado al punto anterior, en un sentido docente, se constituye el artículo 1279 del CCCN con el siguiente enunciado:

"Servicios continuados. El contrato de servicios continuados puede pactarse por tiempo determinado. Si nada se ha estipulado, se entiende que lo ha sido por tiempo indeterminado. Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato de duración indeterminada; para ello debe dar preaviso con razonable anticipación".

Conforme a esta norma el contrato de servicios continuados puede pactarse por tiempo determinado. Si nada se ha estipulado, se entiende que lo ha sido por tiempo indeterminado. Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato de duración indeterminada; para ello debe dar preaviso con

razonable anticipación, por lo que a la cuestión remite —de una u otra forma— a lo dispuesto por el art. 1078 CCCN, en cuanto establece las disposiciones generales para la extinción contractual por declaración unilateral, ergo, rescisión unilateral, como hemos visto.

Hernández, comentarista del “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” tiene la tesitura de que el texto disciplina de modo particular una especie de servicios, los de duración, a fin de atender a los problemas que genera, en ese caso, la extinción del contrato. Los servicios suponen para el receptor una actividad intangible, que habitualmente se agota con el consumo inicial y desaparece. Dicha fugacidad hace que este contrato revista —a priori— el carácter de negocio instantáneo. Sin embargo, con frecuencia, la prestación es continua, o de ejecución continuada. Esta tensión entre instantaneidad y duración, que constituye una de las claves modernas de la teoría del contrato, se expresa fuertemente sobre el contrato de servicios.⁴⁶

El tema no es nuevo, y fue reconocido por el Código de Napoleón, en un texto que despertó diferentes interpretaciones y problemas hermenéuticos, que pudo haber llevado a Vélez a eludir una disposición específica. Sin embargo, con ello no se han evitado debates, en especial sobre la procedencia de la “rescisión unilateral” y sus efectos. Buscando superar dichas tensiones se encuentra el enunciado del artículo 1279, antes transcripto.

El texto es claro, y permite extraer las siguientes consideraciones:

1) el contrato de servicios puede ser instantáneo o de duración continuado (art. 1011). En el primer caso, las prestaciones se agotan en un

⁴⁶ HERNANDEZ, Carlos A. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo VI, dirigido por LORENZETTI, Ricardo Luis, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, 2015, pág. 841/845.

solo momento, lo que no ocurre en el segundo, que fluyen en el tiempo. La temporalidad es aquí la nota principal;

2) el contrato de servicios continuado puede convenirse por tiempo determinado o ser indeterminado, en este último supuesto, por voluntad de las propias partes, o cuando nada se ha previsto al respecto;

3) habiendo plazo contractual, las partes deben atenerse al plan prestacional acordado, salvo pacto en contrario, que acepte la "rescisión unilateral" (art. 1077), dado que fuera de los casos expresamente previstos de denuncia de contratos, la extinción parece inicialmente acotada, al menos a la luz de lo previsto en el último párrafo del artículo 1011 —aplicable a los contratos de duración—, en donde se dispone que "La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos";

4) en el contrato de duración indeterminada, se reconoce legalmente la "rescisión unilateral", aunque "...para ello debe dar preaviso con razonable anticipación". La precisión de su alcance queda diferida a las circunstancias particulares de cada negocio, tamizado por el estándar de la "razonabilidad". A ello pueden contribuir —por analogía— las reglas específicas sobre preaviso insertas en la tipificación de los diferentes contratos de colaboración empresarial;

5) una situación particular se presenta en el contrato de servicio de consumo. Allí: a) no puede aceptarse de manera general la existencia de una pretensión rescisoria a favor del proveedor, sino condicionada a la naturaleza del servicio. En tal sentido, existen fuertes restricciones en algunos sectores de servicios, especialmente ligados al área educativa y de salud. Así ocurre en los contratos de servicios educativos privados y en el contrato de medicina prepaga; b) el consumidor se encuentra particularmente protegido por el artículo 10 ter —incorporado a la Ley de Defensa del Consumidor por la reforma introducida por la ley 26.361—, el

cual estatuye que "Cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación. La empresa receptora del pedido de rescisión del servicio deberá enviar sin cargo al domicilio del consumidor o usuario una constancia fehaciente dentro de las setenta y dos (72) horas posteriores a la recepción del pedido de rescisión. Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario". Como se observa, la misma ha sido pensada para regular los modos de ejercer la rescisión en los contratos de servicios celebrados por medios electrónicos, aunque lo hace partiendo de la premisa general de reconocer al consumidor de servicios una potestad rescisoria. Es evidente que el fin inmediato es obligar a las prestadoras a informar la recepción de la voluntad rescisoria expresada por el consumidor —en sintonía con el derecho al trato digno que le asiste—, pero indirectamente sirve para explicitar un régimen rescisorio especial a favor del usuario en el campo de los servicios.

Este comentarista sostiene que la norma cubre una laguna legal que había generado debates y discusiones hermenéuticas, y debe ser comprendida dentro del marco sistémico con el cual el nuevo Código y el régimen de consumo disciplinan la potestad rescisoria de las partes.⁴⁷

Sin embargo, como venimos apuntando, en cuenta a nuestro objeto de estudio, la elasticidad de los presupuestos de la rescisión sigue presentando problemas de ambigüedad, extensión, interpretación de discrecionalidad que solo pueden ser resueltas en cada caso particular.

En los capítulos siguientes comenzaremos a elaborar la cuestión.

⁴⁷ HERNANDEZ, Carlos A., ob. cit., pág. 846.

CAPÍTULO IV

RESCISIÓN EN LOS CONTRATOS DE DURACIÓN INDETERMINADA

A) DERECHO A LA RESCISIÓN UNILATERAL

Hemos hablado con extensión acerca de los contratados de larga duración y, en particular, de los de duración indeterminada. La doctrina autoral se ha preguntado acerca de que si ¿hay derecho a rescindir unilateralmente el contrato?, y si siendo el contrato de duración indeterminada ¿se lo puede rescindir unilateralmente y sin causa?⁴⁸

Anticipándonos, en el análisis, la respuesta es positiva.

El tópico toma relevancia cuando una de las partes del contrato, sin invocar el incumplimiento de la otra, de manera unilateral quiere ponerle fin al contrato.

¿Puede hacerlo?

Claro es que, si está determinada la forma de extinguir el contrato, puede hacerse conforme a dicha convención.

Ahora bien, en los contratos de duración indeterminada la regla es que se puede rescindir el contrato, desde que existe el derecho a ponerle fin y evitar una duración a perpetuidad. Entonces, cualquiera de las partes puede ponerle fin, sin necesidad de una justa causa.

A partir de ahí tenemos que ver si existe pacto o no. Inclusive, aun existiendo convención sobre ello, pueden existir situaciones abusivas (por ej.

⁴⁸ SANCHEZ HERRERO, Andrés, “Contratos Parte General”, Thomson Reuters, La Ley, 2021, pág. 731 y sgtes.

un plazo muy exiguo de preaviso). Sin embargo, en general habrá que estar a lo pactado. Se tiene derecho a rescindirlo y a ejercer su derecho rescisorio de acuerdo a lo que es la previsión contractual.

Enseña el autor que glosamos que, en el viejo régimen, ni el Código Civil ni el Código de Comercio regulaban la cuestión en forma específica, siendo doctrina y jurisprudencia las que fueron evolucionando sobre la problemática:

1) En una primera etapa, un sector entendía que estos contratos no se podían rescindir unilateralmente y sin causa. Quien no respetaba esta regla debía indemnizar al otro contratante los perjuicios causados por la ruptura ilegítima.

2) En 1988, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en "Automotores Saavedra, S.A. c/ Fiat Argentina, S.A.", que se convirtió en un leading case. Se apartó radicalmente del criterio anterior y dispuso que, siendo el contrato de duración indeterminada, cualquiera de las partes tiene derecho a rescindirlo en forma unilateral y sin causa. Agregó que el derecho de rescindir debe ejercitarse de buena fe y en forma no abusiva.

3) En adelante, la jurisprudencia aplicó pacíficamente el criterio sentado por la Corte Suprema.

En el régimen vigente, dice Sánchez Herrero, con apoyo de la doctrina que cita (Márquez y Calderón; Bomchil; Ibáñez; Rivera, Covi y Di Chiazza; Stiglitz) que, en principio, cualquiera de las partes tiene derecho a rescindir unilateralmente y sin causa un contrato de duración indeterminada sin tener que afrontar el pago de compensación o indemnización alguna si ejercita la facultad de modo regular. Por excepción, la rescisión es inválida en los contados casos en que la ley la prohíbe.

El fundamento de la facultad rescisoria, radica en que, al reconocer esta facultad, se evitan los vínculos contractuales vitalicios o perpetuos

forzosos. Es decir, no hay problema en que una relación contractual se prolongue indefinidamente si así lo quieren las partes (en última instancia, algún factor precipitará, más tarde o más temprano, su desenlace); lo que no cabe admitir es que la vinculación indefinida sea forzosa, sin más argumento que el pacto que inicialmente celebraron las partes.

El requisito de la rescisión liberatoria, es que el derecho rescisorio se debe ejercer de “buena fe” y en forma “no abusiva”. El contratante que no rescinde puede tener interés en que la relación contractual prosiga, pero este interés carece de tutela jurídica. Lo que sí cabe requerir, en cambio, es que el rescindente ejerza su derecho de la manera menos lesiva que sea posible respecto del otro contratante. Que rescinda de buena fe, sin abusar de su derecho rescisorio. Pero esta exigencia no puede potenciarse a un grado tal que torne excesivamente gravoso el ejercicio del derecho y mucho menos que lo impida.

Suponiendo que no existe una cláusula específica que hace a la rescisión las reglas son las siguientes: 1) hay derecho a rescindir; 2) ese derecho rescisorio no lo precisa con exactitud el nuevo CCCN, y –como se mencionó– si había sido reconocido por lo menos desde el año 1988 por la CSJN en un fallo señero “Automotores Saavedra S.A. c/ Fiat Argentina S.A.”, en donde había quedado claro que había un derecho a la rescisión unilateral (más allá de que la CS revocaba el fallo de la Cámara Civil que había reconocido la indemnización de daños y perjuicios en un contrato de concesión comercial).⁴⁹

Si bien el CCCN no contiene una regla específica que reconozca este derecho de una forma general, si hay muchos contratos (concesión, agencia,

⁴⁹ LA LEY, 1989-B, 4, con nota de Antonio Boggiano - LLC, 1989-390 - DJ, 1988-2-693 - JA, 1988-III-56).

suministro, contratos continuados, etc.) que presuponen o explicitan esta regla, por lo que podemos considerar como una regla general.

Habrá que ver, entonces, cuáles son las circunstancias del caso que se presenta. Con todo, en lo que respecta a la rescisión liberatoria, esta exigencia se concreta en la llamada "tesis o doctrina de los dos tiempos", según la cual hay dos factores que se destacan al analizar la regularidad y buena fe del ejercicio del derecho rescisorio:

1) el tiempo de "*amortización*" (la duración previa del contrato y, en particular, su relación con las inversiones efectuadas por la parte no rescindente); y

2) el tiempo del "*preaviso*".

Analizaremos estos dos factores.

B) EL TIEMPO COMO ESENCIAL PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL

Como todo derecho, el derecho de rescindir se debe ejercer de buena fe, aunque es imposible cuantificar en abstracto, cuando un derecho se ejerce de buena fe. Para esta situación particular existen pautas orientativas para establecerlo, considerándolo bajo la citada doctrina de los "dos tiempos". Si alguien quiere rescindir un contrato de buena fe, sin incurrir en responsabilidad, debe respetar dos tiempos: el "tiempo de amortización" y el "tiempo de preaviso".

El CCCN no establece en general plazos mínimos de "tiempo de amortización". A falta de un plazo mínimo precisado por el legislador, puede establecerse que todo contrato tiene un plazo mínimo "tácito" de amortización que es el tiempo que el contratante necesita para poder

recuperar lo que ha invertido en razón de ese contrato. No es que se le garantice el recupero de toda la inversión, pero si al menos el transcurso de un tiempo necesario para que haya tenido la posibilidad de recuperarla. De acá se desprende claramente que, si la rescisión se produjese antes de que haya transcurrido ese plazo, ese tiempo mínimo, sería una rescisión abusiva y por ende habrá que indemnizar la inversión no amortizada.

El cuanto al “tiempo de preaviso” está orientado a que, si uno de los contratantes le va a poner fin al contrato, el otro tiene derecho a que se le avise con suficiente tiempo de anticipación para que él pueda acogerse al cambio que se le viene. La “anticipación” de la rescisión en una derivación elemental de la “buena fe” en estos contratos.

¿Cuál es el tiempo de anticipación?

De nuevo tenemos que distinguir dos escenarios:

-Si fue objeto de un pacto, se tiene que avisar dentro del término pactado, con la salvedad que antes se ha puesto en evidencia: que el plazo no sea abusivo.

-Si no hay pacto, la ley -en determinados contratos- prevé un plazo de preaviso y hay que respetar como mínimo ese plazo de preaviso dispuesto, o en su defecto se tiene que dilucidar en forma prudencial conforme a las circunstancias del caso.

Es en este punto donde aparecen los problemas interpretativos, objetos de nuestra investigación.

En esta hipótesis, cuando al juez no le queda más remedio que la interpretación en forma razonable y prudencial, se han usado algunas pautas para establecer un tiempo razonable. Por ejemplo, a mayor duración del contrato, el plazo de preaviso debe ser mayor. Otra regla es observar si el contrato era exclusivo o no, si era exclusivo tiene derecho a un mayor plazo de preaviso: También se ha observado la estructura de la inversión, desde

que en caso de ser mayor supone un preaviso proporcional para orientar nuevamente la inversión. Otro ejemplo, es observar la situación económica general, si es regresiva es probable que necesite un tiempo mayor para reacomodarse, a diferencia de una economía en expansión.

El doctrinario citado dice que la respuesta depende de si la ley o el contrato disponen algo al respecto, y si, de hacerlo, permiten o prohíben la rescisión. En su defecto, se aplica la regla general que examinaremos.

1. Tiempo de amortización: la duración mínima

Existe una regla general para todos los contratos de duración indeterminada: deben durar al menos el tiempo mínimo necesario para que el contratante que no rescinde haya tenido la posibilidad de satisfacer los intereses relevantes que lo llevaron a contratar.

La regla también es aplicable a los contratos a los que la ley les fija una duración mínima, por ejemplo, el contrato de concesión tiene una duración mínima de cuatro años (art. 1506 CCCN), de modo que no son rescindibles ante tempus y debe respetarse el estándar legal

Ahora bien, si un concesionario realiza una inversión que requerirá más tiempo para ser amortizada, tiene derecho a que el concedente no rescinda el contrato antes de que haya transcurrido ese tiempo, por más que exceda el mínimo legal.

Es una lógica consecuencia, que encuentra su juicio en la enunciación del primer párrafo del art. 1011: *“En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar.”*

El estándar que se impone aquí es que el tiempo es esencial para el cumplimiento de su objeto; por lo tanto, deben tener una duración tal que permita que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfagan las necesidades relevantes que las indujeron a contratar.

Sánchez Herrero, destaca que:

1) La regla de la duración mínima es aplicable a todos los contratos de duración indeterminada, y no solo a los de larga duración (que son el ámbito de aplicación del artículo citado).

2) Estrictamente, la regla examinada requiere que el contrato haya durado al menos lo suficiente como para que la parte que no rescinde haya tenido la posibilidad de satisfacer los intereses relevantes que la llevaron a contratar e integrar la causa del contrato. No, en cambio, que los haya satisfecho efectivamente.

3) En lo que tiene que ver con la rescisión, lo que importa es si el contratante que no rescinde ha tenido la posibilidad de satisfacer sus intereses relevantes. No tiene importancia, en cambio, si ha podido hacerlo el rescindente, habida cuenta de que es él quien decide ponerle fin al contrato.

Al formular esta regla, suele afirmarse que el contrato debe haber tenido una duración tal que la parte que no rescindió haya tenido la oportunidad de amortizar su inversión y obtener una renta razonable. No está mal, pero hay que tener presente que la regla tiene un alcance más amplio: apunta a que el contratante que no rescindió haya tenido la posibilidad de satisfacer los intereses relevantes que lo llevaron a contratar, que pueden o no consistir en la amortización de lo invertido. Con todo, es cierto que, en la mayoría de los casos, ese interés consiste en la amortización.

2. Tiempo de preaviso

En principio, quien rescinde un contrato de duración indeterminada debe preavisar la rescisión. De lo contrario, actúa de mala fe y ejerce abusivamente su derecho rescisorio.

¿Por qué se debe preavisar?

La pregunta se puede responder en dos niveles:

1) Obviamente, el deber existe porque así se lo ha pactado o lo dispone la ley (ya sea en forma específica respecto de algún contrato en particular o mediante la regla general aplicable a los contratos de duración indeterminada que carezcan de una regulación propia al respecto). En el primer caso, su fundamento es la autonomía de la voluntad; en el segundo, el deber general de cumplir las leyes.

2) Ahora bien, ¿por qué se pacta o prescribe este deber? En cuanto al preaviso pactado, la respuesta requiere interpretar la voluntad de los contratantes. De todos modos, el fundamento de esta exigencia no será muy distinto, seguramente, del que tiene cuando está prevista en la ley. Vayamos entonces, a esta última. Se busca evitar que la rescisión tome por sorpresa al contratante que no rescinde; concretamente, permitirle que se reorganice, adapte o acomode al cambio que producirá la extinción del contrato. Por ejemplo, tratándose de un empresario, que pueda reorganizar su empresa, ya sea para reencauzarla en otra actividad comercial o liquidarla ordenadamente.

La finalidad del preaviso es darle al contratante que no rescinde la posibilidad de que se adapte al cambio que producirá la extinción, pero no garantizarle que se adaptará exitosamente. Por lo tanto, quien rescinde cumple si otorga el preaviso necesario a este efecto, aunque de hecho el otro contratante no logre aprovechar exitosamente ese tiempo, por la razón que sea.

En cuanto al contenido del preaviso, si se ha pactado algo al respecto y el pacto es válido, debe estarse a lo pactado. Lo importante es que el rescindente comunique con claridad la fecha cierta en que concluirá la relación contractual en virtud de la rescisión pactada.

Si no hay pacto o este es inválido, hay que recurrir a la ley, pudiendo presentarse dos casos:

1) Si el legislador ha precisado cuál es el plazo de preaviso aplicable, hay que respetar el plazo legal. Caso típico el art. 1492 del CCCN establecido para el contrato de agencia en la fórmula: un mes por cada año de vigencia del contrato.

2) En caso de que ni la ley, ni las partes han establecido nada al respecto hay que apelar a estándares generales para establecer cuál es el plazo de preaviso. La pauta de ponderación en el CCCN, no puede ser otra que la que establece el art. 1279 para el caso de los servicios continuados: "con razonable anticipación", fórmula problemática por el ámbito discrecional que introduce, el que incluye factores de ponderación que dificultan la precisión del plazo de preaviso.

Pueden presentarse dos escenarios, en función de si el legislador ha precisado específicamente o no cuál es el plazo de preaviso aplicable.

Sánchez Herrero distingue entre:

1) Contratos cuyo plazo de preaviso es cuantificado por la ley:

La ley tasa con criterios diversos el preaviso aplicable a la rescisión de varios contratos de duración indeterminada. Por ejemplo, respecto del contrato de cuenta corriente, establece que, cuando es de duración indeterminada, cualquiera de las partes tiene derecho a rescindirlos unilateralmente dando un preaviso no menor a diez días (art. 1432).

En estos casos, como es lógico, debe aplicarse el plazo legal.

2) Contratos cuyo plazo de preaviso no es cuantificado por la ley:

Esta categoría comprende dos subconjuntos:

- Los casos que no han sido abordados por el legislador, ya sea porque el contrato es atípico o porque, si bien es típico, nada se ha dispuesto sobre el plazo de preaviso.

- Los casos respecto de los cuales, si bien el legislador ha abordado la cuestión del plazo de preaviso, lo ha hecho recurriendo a estándares generales, sin cuantificar el plazo. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el contrato de servicios continuados de duración indeterminada, que cualquiera de las partes puede rescindir preavisando "con razonable anticipación" (art. 279). Lo mismo ocurre con el suministro de duración indeterminada, más allá de que se fije un mínimo: el preaviso, salvo que su extensión se haya pactado o derive de los usos, debe cursarse "en un término razonable según las circunstancias y la naturaleza del suministro, que en ningún caso puede ser inferior a sesenta días" (art. 1183).

En cualquiera de los dos tipos de casos, la solución es la misma.

CAPÍTULO V

DAÑOS POR RESCISIÓN ILÍCITA O ABUSIVA

A) ABUSO DEL DERECHO

1) Evolución

Ricardo Lorenzetti, en tiempo anterior al nuevo CCCN, trató el abuso del derecho, en un trabajo que, para nosotros, tiene aún vigencia y nos ilumina sobre el evolución y el estado actual de la cuestión⁵⁰.

Allí expuso sobre la norma contenida en Código Civil argentino en su art. 1071, el Anteproyecto de Código Civil de Bibiloni del año 1926, el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954; para llegar a la reforma del año 1968, en la cual la ley 17.711 introdujo la “teoría del abuso del derecho” en un texto que Borda calificó como “regla capital de la reforma”.

Ese artículo 1071 del Código Civil disponía: *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”*.

Calificó a ésta regla de sabia en el derecho argentino, la que no provocó los excesos que se pronosticaron y receptó una demanda social muy intensa, expresada en fallos que venían acogiendo pretensiones relativas a la censura del ejercicio abusivo desde el año 1935, además de

⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo, en Derecho de Daños - Economía, Mercado, Derechos Personalísimos, obra coordinada por GHERSI, Carlos A., Ed. Abeledo Perrot, 1999, pág. 264/278.

haber receptado las inquietudes expresadas en la doctrina y jurisprudencia argentina, consagrando una redacción técnica de primera línea.

El citado artículo 1071 del derogado código civil introdujo una regla general en el derecho argentino, que proyectó sobre distintos derechos particulares: “propiedad” (arts. 2513 y 2514 CC); “inmisiones” (art. 2618); “locación de cosas” (derogadas leyes 15.775/60 y 20.625/74); “cautelares” (art. 208 del CPCCN); “contrato de trabajo” (art. 62, 63 y 68 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744),

Lorenzetti especifica los criterios para la calificación del ejercicio de un derecho como abusivo y –en síntesis- los que agrupa de la siguiente manera:

1) El ejercicio doloso

Consagrada la regla de la licitud genérica del ejercicio de los derechos, el primer límite se encontró en la intención de dañar. Se trata de una conducta dolosa, en la que el ejercicio del derecho no es un modo de satisfacer los fines del mismo, sino un instrumento para perjudicar a alguien. Esta instrumentalización desnaturaliza el ejercicio, apartándose de las finalidades previstas por el legislador. Sin embargo, esta tesis prescinde de toda consideración objetiva, para limitarse a los supuestos en que se demuestre acabadamente, la intención de dañar.

2) El ejercicio culposo

Prescindiendo del dolo, y admitiendo la culpa, se expande la regla que venimos analizando. El titular del derecho no tiene intención dolosa de causar un daño, pero su conducta es desaprensiva, omitiendo las diligencias exigibles para un hombre razonable. Este uso culposo de un derecho lo toma ilícito.

3) El ejercicio sin interés

Una amplitud mayor se logra cuando se prescinde de la demostración de la intención dañosa o de la culpa, siendo suficiente con la prueba de la ausencia de interés. Todos los derechos están concedidos para la satisfacción de un interés, y la ausencia de este último importa una desnaturalización.

4) El ejercicio antisocial

Lorezetti, cita a Josserand, quién decía: “a esta concepción implacable, frenética de los derechos individuales, se opone la teoría de la relatividad que lleva a admitir posibles abusos”. En esta última teoría, los derechos derivan en su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad; cada uno se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlo; están hechos para la sociedad y no la sociedad para ellos; su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos, son pues, no absolutos, sino relativos, deben ejercerse en el plano de la institución y con arreglo a su espíritu, o de lo contrario seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya, no usado, sino abusado, verá comprometida su responsabilidad para con la víctima de esa desviación culpada”.

Esta visión tiene dos aspectos:

- pretende que los derechos individuales tienen su fuente en la comunidad; el pensamiento jurídico del siglo XX ha evolucionado en el sentido contrario, afirmando los derechos individuales frente a la sociedad;
- los derechos son relativos y deben ajustarse a una finalidad y a la función de la comunidad. También este aspecto es discutible en los tiempos actuales.

5) El ejercicio regular

La regularidad del ejercicio de los derechos es una calidad que se agrega al ejercicio. Se trata de un standard amplio, susceptible de subsumir el ejercicio doloso, culposo, sin interés y aun el antisocial. Es que la regularidad es un

concepto legal que surge de la interpretación de otros estándares, como lo son la buena fe, la moral y buenas costumbres.

El autor que glosamos expone sobre el límite interno del abuso, los derechos a los cuales se aplica (a todos o sobre algunos); el standard de juzgamiento, sus efectos y tendencias. Transcribimos algunas de sus enseñanzas de modo que nos permita contrastar y entender el avance del concepto en relación al estado actual de la cuestión.

Al referirse al abuso como límite interno, Lorenzetti dice que el problema suele ser encuadrado como un tema de la relatividad de los derechos y que, en realidad, los derechos son relativos, en un sentido general ya que no hay posibilidad de ejercerlos de un modo absoluto a costa de cualquier otro interés, aunque advierte que los derechos son relativos, en un sentido estricto, cuando el límite que tienen está dado por otros derechos invocados por otros sujetos. De tal modo, es un supuesto de colisión de derechos, y el límite es externo: la mayor o menor extensión de un derecho está en relación directa con lo que se le conceda al otro o con lo que el titular del otro derecho esté dispuesto a conceder.

Por ello, el carácter relativo de los derechos es un límite externo al derecho mismo, ya que su límite surge por comparación con otros derechos.

La descalificación del ejercicio de un derecho es también un límite, pero en este caso proviene del derecho mismo. El derecho debe ser ejercido de un modo regular, conforme a la buena fe, las buenas costumbres, los fines de la ley. Es decir, que el derecho en su nacimiento contiene un perímetro que el ejercicio posterior no puede transgredir.

Señala también, que hay una discusión sobre si el límite se aplica a todos los derechos sin distinción alguna, o bien hay excepciones. En realidad, todos los autores admiten que se aplica en todos los derechos, como regla general, y que las excepciones deben fundarse especialmente.

Cita como ejemplo, que la facultad de rescindir, inserta en un contrato, tampoco puede generar un derecho discrecional, ya que su ejercicio “ha de ser conforme a su fin de buena fe”.

En cuanto al standard de juzgamiento, dice que la ley ha incorporado un concepto que no se ajusta a una tesis específica y que, según lo entiende Borda, se han receptado varios criterios, a saber:

- Comienza el artículo mencionando que el “ejercicio regular” de un derecho no lo torna ilícito, lo que a contrario sensu, declara la ilicitud del ejercicio irregular.
- También se adopta la noción que entiende que hay abuso cuando el derecho se ha ejercido en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley. Es el criterio “finalista o funcional”.
- Asimismo, se toma en cuenta los parámetros de la buena fe y la moral, lo que es un criterio “decisivo” para la calificación.

Respecto de los efectos del acto abusivo, señala que la censura del mismo fue receptada dentro del capítulo de los actos ilícitos. Sin embargo, hay coincidencia en la doctrina en que sus alcances exceden este ámbito, siendo un principio aplicable a todos los derechos subjetivos y que no sólo da lugar a la tutela resarcitoria. Se ha admitido con reiteración, que la existencia del ejercicio abusivo permite la tutela inhibitoria. Se ha dicho que “es una causa legítima de paralización del derecho desviado de sus fines reguladores”, sin perjuicio de la acción resarcitoria que pudiera corresponder.

Los efectos del acto abusivo son: 1º) Despojar de toda virtualidad al acto desviado, privándolo de efectos; 2º) Impedir el ejercicio de una acción judicial que se funde en el abuso (improponibilidad objetiva de la acción); 3º) Generar el derecho al resarcimiento de los daños. No es dudoso que el efecto impeditivo se produce independientemente de cualquier culpabilidad

del autor; pero se discute si, no habiendo culpa del autor, el resarcimiento es igualmente procedente.

Lorenzetti proponía el rango constitucional de la regla del abuso del derecho, el que estaba ya consagrado en Brasil, lamentando que en Argentina se ha perdido una oportunidad con la reforma constitucional, refiriéndose a nuestra reforma del año 1994. Sin embargo, destaca la tendencia que penetra a través de los tratados internacionales, como la globalización de la regla del uso abusivo, en los distintos estatutos jurídicos de los países que indica, aunque reflexiona sobre los que señala como un fenómeno contradictorio: “al mismo tiempo que prolifera esta regla en los códigos, se ha visto el surgimiento de un movimiento mundial basado en el individualismo en el uso de los derechos. El mismo encuentra su fuente en dos corrientes: el movimiento de los derechos humanos individuales; el pensamiento utilitarista”.

A los fines de nuestro trabajo, señalamos estas cuestiones:

- la estrecha vinculación del derecho subjetivo con el abuso;
- las ideas del abuso se sustentan en una apreciación relativa al modo en que el titular ejerce el derecho, por lo que se dice que es abusivo el ejercicio de un derecho con la sola intención de dañar, o sin interés alguno, o con culpa, o contrariando los fines que la ley tuvo en miras a reconocerlo;
- sea el dolo, la culpa, la falta de interés o la conducta antifuncional, lo cierto es que siempre se trata de una calificación de la conducta del titular, sea que se ubique el problema en la imputabilidad de la conducta o en la sola antijuridicidad de la misma, siempre se vincula con el titular;
- el juicio del abuso es un límite interno del ejercicio de los derechos, mientras que el principio de la relatividad del ejercicio de los derechos es externo. Este último se basa en la comparación de derechos, mientras que el primero en el modo en que se usa un derecho.

— al analizar el uso, se agrega al derecho la condición de la regularidad de su ejercicio. De ahí que los efectos sean amplios: privación de efectos del acto abusivo, improponibilidad objetiva de la acción, tutela resarcitoria e inhibitoria.

2) Estado actual de la cuestión. El nuevo Código Civil y Comercial.

El nuevo Código Civil, con una redacción similar a la del derogado artículo 1071, incorpora el abuso del derecho como un “principio general”. La ubicación del artículo 10 en el Título Preliminar, Capítulo 3, titulado “Ejercicio de los derechos”, resalta la importancia del abuso del derecho y su influencia en todo el sistema de Derecho Privado, ahora con una amplitud mayor hacia los derechos ambientales y de incidencia colectiva

En este citado Capítulo 3 se contemplan principios referidos al ejercicio de los derechos subjetivos, dirigidos al ciudadano: buena fe, abuso de los derechos, abuso de la posición dominante, orden público y fraude a la ley, prohibición de renuncia general a las leyes (salvo casos particulares que el ordenamiento jurídico lo permita), derechos individuales y de incidencia colectiva (siendo que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general).

Dispone el art. 10: *“Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraria los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”

La regulación del abuso como un principio general significa que tiene influencia en todo el sistema de Derecho Privado y que todos los derechos pueden ser juzgados conforme a este criterio. Es decir, que no es imprescindible una regla que defina un supuesto de hecho determinado, porque está contemplado en una cláusula general abierta, aplicable genéricamente.

De la nota que hace Lorenzetti al artículo en su nueva obra Código Civil y Comercial Comentado, podemos extraer que los criterios del instituto en trato, siguen siendo los mismos que antes hemos expuesto, con las novedades que trae el nuevo CCCN. Solo que, entonces, ahora distingue, entre el abuso de un derecho subjetivo (art. 10), el abuso de un derecho subjetivo en relación a un bien de incidencia colectiva (art. 14), y el abuso derivado de situaciones jurídicas (art. 10). Allí dice, que la situación jurídica se refiere al ejercicio de varios derechos entrelazados por una estrategia diseñada por su titular, creando un contexto para desnaturalizar, obstaculizar o impedir el ejercicio de un derecho o una facultad de la otra parte. Lo que será relevante en el análisis será el examen de esa realidad objetiva, su regulación legal y su incidencia en el caso, principalmente el resultado práctico final. Para descalificar el ejercicio de un derecho por abusivo se dispone de varios criterios: la regularidad, los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlo, la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Los efectos del acto abusivo son: despojar de toda virtualidad al acto desviado, privándolo de efectos; impedir el ejercicio de una acción judicial que se funde en el abuso; dar origen a la tutela preventiva o resarcitoria⁵¹.

⁵¹ LORENZETTI, Ricardo, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T. I; Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, 2015, pág. 56/57.

El Código derogado regulaba el abuso como un límite interno al ejercicio de los derechos individuales. En el Código actual, además, se regula el supuesto de conflicto entre el derecho individual y el colectivo (art. 14). En el anterior se lo consideraba como una regla, y por lo tanto en cada supuesto específico había una previsión (ej., art. 2513); ahora es un principio general que se aplica al ejercicio de todos los derechos, lo que hace innecesario repetirlo en cada caso; sin perjuicio de ello, hay varios supuestos en que se lo menciona. En el anterior sistema se regulaba sólo el abuso en el ejercicio de un derecho individual, ahora se contemplan también el abuso de posición dominante (art. II), la cláusula abusiva (art. 988) y la situación jurídica abusiva (art. 1120). Por estas razones, el abuso ya no es solamente un supuesto de ilicitud, sino un principio general de sociabilidad en el ejercicio de los derechos⁵².

Ello no impide que en algunos casos se lo mencione expresamente como sucede en los contratos de larga duración, cuando el art. 1011 dispone que la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

B) ILICITUD

1.- De la tipificación a la apertura

Una de las consecuencias a nivel histórico general que en lo jurídico la industrialización debió afrontar, junto a la responsabilidad objetiva, fue el cambio estructural que significó dejar atrás el sistema de la “tipicidad” reparativa del daño y pasará al de la “apertura”.

⁵² LORENZETTI, Ricardo, ob. cit., pág. 64/65.

¿Qué significó esto?

Antes solo se reparaban determinados daños y siempre que se reunieran todos y cada uno de los presupuestos expresamente delimitados. El problema se observará con mayor claridad al tratar la antijuridicidad en sus distintas variantes subjetiva, objetiva, formal y material. Por ahora, interesa indicar que las consecuencias del sistema de la tipicidad reparativa estaban sustentadas en la idea de un ordenamiento jurídico sistemático cerrado inspirado en la prioridad del derecho subjetivo de naturaleza patrimonial (de allí el largo y dificultoso camino para llegar al reconocimiento del daño moral, por mencionar alguno). La idea de resarcimiento solo se concebía cuando se produce la violación de un derecho absoluto, entonces, el sistema de responsabilidad civil sirve para tutelar esta situación concreta porque el ilícito desde la óptica civilista implicaba la violación de una norma que incluye un derecho subjetivo.

La realidad se encargó de demostrar que este tipo de tutela era insuficiente, momento en que la persona en sí misma, su derecho de crédito, su capacidad laboral, su proyecto de vida, etcétera, van apareciendo en escena. Doctrinarios y magistrados emprendieron el camino necesario para tutelar estas realidades. Se advirtió que, junto al derecho subjetivo, absoluto de naturaleza patrimonial existen otros intereses legítimos, tales como los derechos a la personalidad, la lesión a simple intereses, etcétera, que muestran la injusticia del daño, cualquiera sea la causa, si se la mira desde la óptica del dañado⁵³.

⁵³ GHERSI, Carlos A. "Responsabilidad civil", ob. colectiva Director MOSSET ITURRASPE, Jorge, Ed. Hammurabi, 2 Reimpresión, 1997, pág. 41 y sgtes.

Bueres y Calvo Costa, escribieron un artículo científico titulado "Omisiones puras, ilicitud objetiva (amplia) y abuso del derecho"⁵⁴.

Hállese allí, un profundo trabajo sobre la problemática de la ilicitud en el derecho civil. El texto aborda las distintas corrientes doctrinales que han interpretado el principio "alterum non laedere", el problema de la tipicidad versus atipicidad en la configuración de los actos ilícitos, la culpa, la ilicitud objetiva, lo actos ilícitos negativos y omisiones puras.

Extraemos algunas de las principales enseñanzas del texto, para luego exponer sobre la evolución de la antijuridicidad y el estado actual de la cuestión.

Anteriormente nos hemos referido al principio "alterum non laedere" traducido como "no dañar a otro". Pareciera que hoy, por su consagrada raíz constitucional, hubiera sido algo sin discusión. Sin embargo, por el contrario, ha sido objeto de debate entre juristas a lo largo de la historia. Algunos lo han rechazado, especialmente aquellos que defienden un sistema de tipicidad estricta del ilícito, donde cada acto ilícito debe estar claramente tipificado en la ley. Incluso, algunos autores consideraron que el alterum non laedere es solo una construcción teórica que no tiene valor práctico, viéndolo incluso como una amalgama de deberes jurídicos individuales. En este sentido, los críticos lo ven como algo que amplía un margen de libertad excesivo, permitiendo que lo que no está prohibido se considere permitido.

Los autores que glosamos defienden este principio, considerándolo fundamental en el ámbito jurídico. Argumentan que alterum non laedere es un deber general de abstención que recae sobre todos los individuos, obligándolos a respetar los derechos ajenos, tanto absolutos como relativos.

⁵⁴ BUERES, Alberto y CALVO COSTA, Carlos A. "OMISIONES PURAS, ILICITUD OBJETIVA (AMPLIA) Y ABUSO DEL DERECHO", Revista de Derecho de Daños; Año 2007, N° 2, pág. 21/52.

Este principio no está necesariamente vinculado a un derecho subjetivo; es decir, no siempre existe una contraprestación de derecho frente a un deber. Este enfoque, en lugar de verlo como una norma específica de derechos y deberes correlativos, lo entienden como un principio ético y jurídico general, que busca asegurar una convivencia civilizada.

Establecida esta primera cuestión, el texto aborda el paso de la tipicidad a la “*atipicidad*” en el ilícito. Así describe el tránsito del sistema penal hacia un sistema civil donde, en lugar de tipificar de manera estricta los ilícitos, se utilizan cláusulas generales, como el *alterum non laedere*, para juzgar la existencia de daños y su reparación. En este contexto, se señala que el daño no tiene que encajar necesariamente en una figura preestablecida, sino que se puede evaluar a partir de principios generales que guían al juez en cada caso concreto.

Luego, el texto defiende la existencia de una cláusula general que establece que el daño injusto debe ser resarcido, sin necesidad de estar completamente tipificado en la ley. Este enfoque se encuentra en ciertos artículos del derogado Código Civil (como los artículos 1067 y 1109), que, aunque imperfectos, contenían una norma primaria que orientaba la responsabilidad y tutela de los intereses jurídicos afectados. La noción de “daño injusto” se interpretaba no solo en función de la tipicidad normativa, sino de acuerdo con una evaluación más amplia de la situación jurídica del caso.

Esas cláusulas generales son herramientas valiosas para los jueces, ya que les permiten adaptarse a las situaciones cambiantes y a los nuevos contextos sociales. Sin embargo, la interpretación de estas cláusulas no debe ser rígida ni deductiva, sino que debe incluir un enfoque que permita al juez establecer la norma aplicable según las circunstancias particulares del caso, sin una estructura normativa predefinida.

Puede establecerse que las normas, como las contenidas en los artículos 1067 y 1109 del derogado Código Civil, no eran simplemente normas secundarias de sanción, sino normas primarias que protegían el interés de evitar el daño injusto. No obstante, se reconoce que, a pesar de que estas normas generales plantean un principio de justicia, su aplicación debe ser matizada por los jueces, quienes deben valorar la *tipicidad*, la *atipicidad* y otros principios específicos del ordenamiento jurídico para determinar qué daños son merecedores de reparación. Se destaca, entonces, la flexibilidad de las cláusulas generales como herramienta judicial para resolver casos de daños injustos, más allá de la tensión entre los criterios de tipicidad y atipicidad.

Los autores abordan cuestiones fundamentales sobre la naturaleza de la antijuridicidad en la responsabilidad civil, desafiando enfoques doctrinales que intentan eliminar o diluir la distinción entre lo lícito e ilícito en el contexto jurídico. Se critica una serie de posturas contemporáneas que niegan la existencia de un momento claro de antijuridicidad en los actos ilícitos, cuestionando la distinción entre lo permitido y lo prohibido en el ámbito del Derecho. Una corriente de pensamiento sostiene que no existe un momento de antijuridicidad en la responsabilidad civil. Este enfoque, que ha sido defendido por algunos juristas italianos y españoles, mezcla la antijuridicidad con la culpa, o incluso fusiona la ilicitud con la culpa en un contexto finalista. Este grupo de autores, además, argumenta que la antijuridicidad se refiere al daño causado, no a la conducta misma, lo que lleva a una falta de distinción clara entre lo que es lícito y lo ilícito en el comportamiento de los individuos. A través de la crítica a estas posturas, se señala que, por un lado, algunos defensores de esta visión permiten la antijuridicidad cuando la conducta es típica o cuando existe una causa de justificación, lo que diluye la claridad en la separación entre lo lícito y lo ilícito. Además, se menciona que estos enfoques caen en inconsistencias, como tratar de vincular la antijuridicidad al daño, lo que resulta incorrecto, pues el

daño no puede ser considerado en términos de licitud o ilicitud, ya que la ilicitud debe predicarse de la conducta.

Defienden de manera decidida la existencia de la antijuridicidad como un concepto clave en el Derecho. Se argumenta que cualquier acto que produce efectos jurídicos no puede evadir la distinción fundamental entre lo lícito y lo ilícito, que ha sido parte de las clasificaciones jurídicas desde la época romana. La ilicitud es vista como una distinción esencial para la comprensión de la responsabilidad civil y de las fuentes de las obligaciones.

El texto también establece una diferenciación entre el "daño injusto" y el concepto más amplio de "daño", advirtiendo que no todo daño es resarcible en el ámbito del Derecho. Se rechaza la idea de que cualquier menoscabo a bienes o intereses pueda ser considerado daño resarcible. El daño debe estar relacionado con una lesión injusta, y este concepto no debe ampliarse de manera ilimitada. Se critica una interpretación patrimonialista y de tipicidad que reduce el daño a una simple lesión a bienes materiales, sin considerar la complejidad de los daños no patrimoniales, como el daño moral, las lesiones psicológicas, o el daño a la salud. Además, se cuestiona la tesis de que toda lesión constituye daño, señalando que esa visión sería incluso inconstitucional.

2.- La antijuridicidad en el nuevo código civil y comercial

La Sección Tercera del Capítulo I, Título V, Libro III del Código Civil y Comercial trata la función resarcitoria. Allí se regulan sus presupuestos: antijuridicidad, factores de atribución, nexo causal y daño. A este último, el CCCN le dedica una sesión especial en su artículo 1716 del Código Civil y Comercial regula el deber de reparar, el que surge de la violación del deber de no dañar a otro o del incumplimiento de una obligación, expresado de la siguiente forma: *“Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro,*

o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

A continuación, el artículo 1717 define la antijuridicidad de la siguiente forma: “Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causan daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

La doctrina discutió largamente acerca de si debe considerarse la antijuridicidad como un elemento de la responsabilidad civil.

La cuestión resultaba sencilla en los códigos decimonónicos, donde campeaba el principio según el cual no hay responsabilidad sin culpa. Allí la antijuridicidad se identificaba con el acto voluntario culposo o doloso (antijuridicidad subjetiva) que, además, infringía una norma expresa (antijuridicidad formal).

Sin embargo, esta concepción entró en crisis con el cambio del paradigma que se produjo en la responsabilidad civil a partir de las primeras décadas del Siglo XX., que implicó que el eje del sistema se trasladará de la culpa al daño.

La consiguiente aparición de numerosos supuestos donde se responde sin culpa, o incluso sin voluntariedad, la posibilidad de que el ilícito esté constituido no solamente por el hecho humano sino también por el hecho de las cosas, el abandono en los hechos de la necesidad de que medie una prohibición legal expresa y el reconocimiento de que en ciertas hipótesis pueda existir responsabilidad por actos lícitos, tomaron insostenible aquella concepción subjetiva y formal de la antijuridicidad.

Dos caminos se abrieron entonces en la doctrina. Por un lado, se encuentran los autores que pregonan el abandono de la antijuridicidad como elemento inexorable de la responsabilidad civil. Por otro, están quienes prefieren mantener ese requisito, pero reformulando su concepto. Se dice así que la antijuridicidad es la contrariedad entre un hecho y el ordenamiento

jurídico considerado en su totalidad, incluyendo los principios generales del derecho, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad de la conducta de la gente o de la existencia de culpa (antijuridicidad objetiva).

En especial, se enfatiza que un principio cardinal del ordenamiento jurídico es aquel que prohíbe dañar a otro de donde es antijurídico todo hecho que daña, salvo que exista una causa de justificación, y sin necesidad de que exista una prohibición legal en cada caso, que es a lo que denominamos “antijuridicidad material”.

Esta última postura es sostenida por la gran mayoría de la doctrina argentina y la refleja el artículo 1717, en comentario.

El fundamento actual de la antijuridicidad gira en torno a la existencia de un deber general de no dañar. El código derogado ese deber se infería de la existencia de diversas normas que establecían la responsabilidad de quién dañase por culpa (art. 1109), dolo (art. 1072), riesgo (art. 1113), actos voluntarios (art. 1097, segundo párrafo), etcétera. Más allá de ese fundamento legal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró en numerosos precedentes que este principio general tiene rango constitucional, pues se encuentra implícito en el artículo 19 de la Constitución Nacional que, interpretado a contrario sensu, prohíbe las acciones que perjudiquen a terceros⁵⁵.

Cómo se dijo, en el código derogado la antijuridicidad era formal y subjetiva, porque se requería que el hecho dañoso estuviera expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía (art. 1066) y que los agentes obraban con “dolo”, “culpa” o “negligencia” (art. 1067). Estos textos seguían formalmente vigentes al momento de la sanción del nuevo código, pero habían perdido buena parte de su sentido con la

⁵⁵ CSJN, Fallos: 308:1160, 308:1119; 17-3-98, “Peón, Juan y otra c/ Centro Médico del Sud SA, LL 1998-D-596; 21-9-2004; “Aquino, Isaac c/ Cargo Servicios Industriales SA”, ED 25-10-2004, pág 5.

reforma efectuada por la ley 17711 en 1968, en tanto introdujo en ese código importante supuestos de responsabilidad objetiva, y no respondían a la opinión de la doctrina ni a la praxis judicial de nuestros días.

Siguiendo estas últimas tendencias, así como en la interpretación constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el nuevo CCCN consagra la *antijuridicidad objetiva y material*⁵⁶.

El art. 1717 en comentario, dice que es “antijurídica cualquier acción u omisión que causa daño”, con lo que para que se configure este presupuesto basta con que se “viole el deber general de no dañar a otro”. Es decir que, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal el “ilícito civil es atípico”, porque no es necesario que la ley describa en cada caso con detalle la conducta prohibida. Claro está, que esto es para el caso de la responsabilidad extracontractual.

Esta concepción de antijuridicidad es independiente del factor de atribución; tan ilícito es el hecho dañoso ejecutado con culpa o dolo (artículo 1724 y 1749), como el de una cosa riesgosa o viciosa, o las actividades riesgosas que causan perjuicio (artículo 1757), o el incumplimiento dañoso de una obligación de resultado (artículos 774, 1723 y 1768). También es antijurídico el acto involuntario que causa daño, dado que infringe el deber general de no dañar, aunque en ese caso la indemnización se discierna por razones de equidad artículo 1750).

Cabe aclarar, en este punto, que la referencia que se hace en la norma que se comenta a cualquier “acto u omisión” debe entenderse en sentido amplio, cómo comprensiva no solo de los actos humanos, sino también del hecho de los animales y las cosas, o la actuación de grupos en sí mismos (arts. 1757, 1759 y 1762).

⁵⁶ DE LORENZO, Miguel Federico, “El daño y las causas de justificación”, en LL 2000-C.

La norma en examen establece que el principio según el cual son antijurídicos los hechos o las omisiones que dañan, sufren una excepción cuando media una causa de justificación. En el caso, el ordenamiento jurídico autoriza la producción de un daño, y esta circunstancia quita antijuridicidad al hecho o la omisión. Las causas de justificación son tratadas por los arts. 1718 y 1720.

En cuanto a la justificación, se admite el “ejercicio regular de un derecho”, supuestos sobre el cual no hay controversias. Se permite la “legítima defensa propia o de terceros”, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada, el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena. Con esta redacción se pretende fijar una serie de criterios para poder evaluar más ajustadamente cuándo es legítima la defensa.

Finalmente, la “fuerza mayor” también admite parámetros de valoración ya que resulta viable cuando es para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza a la gente o a un tercero, si el peligro no se originó de un hecho suyo; el hecho se haya justificado únicamente si el mal que se evita es mayor, que el que se causa.

Se regula el supuesto de “asunción de riesgos” siguiendo en ello la doctrina mayoritaria: no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad, a menos que, por las circunstancias del caso ella pueda calificarse como un hecho del damnificado quien interrumpe total o parcialmente el nexo causal. También se prevé el caso de quien se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro, reconociendo su derecho a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiario del acto de abnegación.

También se incorpora el consentimiento libre e informado del damnificado que, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de responsabilidad por los daños derivados de la lesión a bienes disponibles. Esta norma que se aplica solamente a bienes disponibles y con todas las seguridades de la voluntad libre, resulta necesaria, porque de lo contrario muchos vínculos contractuales no serían posibles.

En resumen, la antijuridicidad civil es material (atípica) y objetiva. Se configura por la existencia de un hecho (positivo o de omisión) que causa daño a otro. La excepción a esta regla está constituida por aquellos casos en los que existe un permiso legal para dañar (causas de justificación) como ocurre con los supuestos previstos con los artículos 1718 y 1720⁵⁷.

C) LA INTEMPESTIVIDAD COMO NOTA DISTINTIVA DE LA ILICITUD.

¿Qué es la intempestividad?

Es algo que sucede en un momento inoportuno, inconveniente, inadecuado, o no esperado, sorpresivo, demasiado pronto o con premura, que se manifiesta -en nuestra materia- como brusca ruptura, con caracteres de injustificada o arbitraria.

La intempestividad es un término que nos viene con familiaridad de la responsabilidad pre-contractual, y nos trae a la memoria Rudolf Von Ihering y Gabrielle Fagella.

Aunque no es el enfoque de nuestra investigación, apuntamos unas breves palabras.

⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo; "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tomo VIII, pág. 362 y sgtes, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015.

Edgardo Ignacio SAUX dice que hay consenso casi unánime en la dogmática civilística nacional y comparada en admitir que quizás quien primero se avoca al estudio de los alcances de la responsabilidad civil nacida de los daños e intereses nacidos de convenciones que se tornan ineficaces o que quedan inconclusas antes de asumir rango propiamente contractual fue Ihering, quien en la segunda mitad del Siglo XIX aborda el tema, hasta entonces inexplorado, de lo que hoy calificamos como responsabilidad civil precontractual. Esas primeras elucubraciones de Ihering se ven enriquecidas algunos años después (en los albores del siglo XX) por los estudios de Gabrielle Fagella, quien se preocupa por determinar cuándo comienza propiamente el tiempo de la precontractualidad, y en tal sentido, partiendo de la premisa de que los vínculos entre los futuros contratantes preceden a la emisión de la oferta como paradigma de la negociación precontractual, señala tres etapas: la de los tratos preliminares o “pourparlers”, la de la fase de reflexión en la cual las partes futuras del contrato analizan las opiniones previas y preparan una propuesta, y la tercera y última, que es la correspondiente a la emisión de la oferta contractual, que concluye –en su caso- por la aceptación del receptor de la oferta, y que admite alternativas (como la de la contraoferta, o la revocación de la oferta, etc.). En su parecer, sólo la tercera integra propiamente el tiempo precontractual, ya que la oferta “constituye la base y el sustento del vínculo jurídico”⁵⁸.

Casuísticamente, Lorenzetti⁵⁹ postula como hipótesis de responsabilidad precontractual:

- Defectos en la negociación (v.g. nulidad de actos bilaterales por vicios en el consentimiento, frustración por falta de requisitos de eficacia,

⁵⁸ SAUX, Edgardo Ignacio, “Breves apuntes sobre la regulación del régimen de la precontractualidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Trabajo para la Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Abril de 2.013.

⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo, “Tratado de los contratos”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.004, Parte General, op.cit., pág. 309.

extralimitación del representante, violación de los deberes de información, reserva y custodia);

- Retracción de la oferta irrevocable o a plazo simple (pero que generó razonable expectativa y gastos);
- Apartamiento intempestivo y arbitrario de las tratativas;
- Incumplimiento del prestador de bienes o servicios respecto de los deberes precontractuales en futuros contratos consumeristas; y
- Daños personales por prestaciones precontractuales

Sostiene –en forma coincidente con las conclusiones de las “V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil” de Junín del año 1.992- que no conforman supuestos de responsabilidad precontractual la resolución, la rescisión y la frustración del fin del contrato, ya que en ellos hay contrato válido, que es privado de su eficacia no de manera estructural (como en la nulidad), sino funcional y sobreviviente, y la responsabilidad que eventualmente se derive de esa ineficacia será contractual.

En cuanto lo que resulta de interés a nuestro estudio, Leiva Fernández sostiene que para que la ruptura intempestiva de las tratativas precontractuales genere responsabilidad debe concurrir al menos una de dos notas: debe ser *“injustificada”* o *“arbitraria”*⁶⁰.

En el análisis de lo que resulta nuestro objeto de estudio, sostenemos que la ruptura intempestiva vicia el desarrollo del contrato.

⁶⁰ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis; “Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio”, Publicado en: LA LEY 1998-D, 1229.

La doctrina y la jurisprudencia suelen calificar de “intempestiva” a toda rescisión unilateral de un contrato de larga duración que no es precedida de un preaviso.

El preaviso tiene por finalidad permitir al empresario reorganizar los recursos, lo que básicamente implica realizar las adaptaciones necesarias para seguir su giro comercial, por ej. en el contrato de distribución comercial, distribuyendo productos de otros fabricantes, lo cual resultará más sencillo si el distribuidor ya lo venía haciendo con anterioridad. No obstante, el empresario podrá evaluar ante el preaviso otras alternativas, como podría ser la liquidación de la empresa, decisión que obviamente dependerá de una multiplicidad de circunstancias generales e individuales.

Clusellas, dice que el fundamento del preaviso reside en la necesidad de otorgar en los contratos de plazo indeterminado un tiempo para reacomodar la actividad y la organización empresarias que se presume necesario a partir del finiquito, sin necesidad de otra prueba. Se deja en claro que el hecho resarcible no es el distracto por sí mismo, que es una circunstancia previsible en estas relaciones cuyos efectos normales el distribuidor debe absorber, sino el hecho de que sea “*intempestivo*” y por ende potencie el efecto dañoso. El aspecto que muestra diferencias se presenta respecto del tiempo exigible para el preaviso y la consecuente reparación sustitutiva por su omisión⁶¹.

⁶¹ CLUSELLAS Eduardo Gregorini “La ruptura intempestiva en la distribución comercial. Su situación antes y después del Código Civil y Comercial” LA LEY, 2018-C, 419. El artículo es un comentario a un fallo de la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata que revocó parcialmente un fallo de primera instancia que había hecho lugar a una demanda por ruptura intempestiva de un contrato de distribución comercial, condenando a pagar al distribuidor la ganancia presunta correspondiente a seis meses de preaviso no efectuado y una suma por clientela presuntamente dejada en su beneficio, siendo que la alzada modificó el fallo ampliando el plazo de preaviso a doce meses, en el caso la utilidad neta dejada de percibir en el período, y desestimó el reconocimiento por clientela en cuanto no consideró probado el rubro. La relación tenía una duración superior a los cuarenta años, no había sido instrumentada por lo que era sin plazo y el tribunal por la época en que esta se desarrolló entendió aplicable la legislación anterior a la vigencia del Código Civil

La jurisprudencia ha sostenido que, si se tiene en cuenta que en los contratos de larga duración cualquiera de las partes puede ponerle fin en cualquier momento, no toda rescisión unilateral puede ser considerada intempestiva en sentido estricto, por lo que se infiere que en esos casos el adjetivo “intempestivo” se utiliza en un sentido más amplio, para significar que el distracto fue inesperado o sorpresivo, precisamente por la falta de preaviso. Por lo tanto, una resolución unilateral puede ser considerada “intempestiva” en un sentido más estricto no cuando se produce sin preaviso sino cuando se produce “*demasiado pronto*”, en especial cuando no se ha pactado un plazo mínimo de duración, ya que de lo contrario en principio ha de estarse a ese plazo. Así la indemnización resultante de la aplicación del art. 1493 del Cód. Civil y Comercial podría resultar demasiado reducida en los supuestos de rescisiones unilaterales “intempestivas” en sentido estricto, es decir, en aquellos supuestos en los cuales el distribuidor se ve sorprendido por una rescisión unilateral demasiado prematura en atención a los gastos que debió asumir para llevar adelante su actividad, y que la otra parte, actuando con razonabilidad y buena fe, debe tener en cuenta a la hora de rescindir unilateralmente el contrato, inclusive cuando éste no cuente con un plazo mínimo⁶².

En acuerdo con esta posición, nosotros sostenemos que en la generalidad de los casos la nota característica de la ilicitud se encuentra en la “*intempestividad*”, lo que configura el carácter abusivo de la rescisión, nota

y Comercial, salvo en lo referente a los intereses que pudieran corresponder. Se impusieron los intereses y distribuyeron las costas en la medida en que cada parte resultó respectivamente vencida.

⁶² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I, causa “Mechoni, Oscar Jose c. Pepsico de Argentina SRL s/ daños y perj. incump. Contractual, sentencia de fecha 15/12/2021, Publicado en: RCCyC 2022 (diciembre), 245, con nota de Maximiliano R. Calderón; Cita: TR LALEY AR/JUR/194207/2021.

que aparece *“inoportuna”, “inconveniente”, “inadecuada”, “no esperada”, “sorpresiva”, como “demasiado pronto” o con “premura”,* en atención a todo el desenvolvimiento económico, gastos, inversión y expectativa que el contratante no rescindente debió asumir para llevar adelante su actividad en forma razonable y de buena fe. En tanto esa *“intempestividad”,* desde la perspectiva del rescindente se manifiesta como una ruptura brusca, injustificada, arbitraria o de mala fe, con todas las tipologías que hemos estudiado de la ilicitud y el abuso del derecho.

Claro está que para que surja esta obligación, deben concurrir los requisitos propios de la responsabilidad civil debiendo existir una adecuada relación de causalidad entre la rescisión ilícita o abusiva, y el daño.

Podemos distinguir, aunque pueden darse diferentes casuísticas, algunas variaciones de la configuración de la ilicitud:

1) No se respetó el tiempo de duración mínima del contrato:

El daño resarcible en este caso, está en adecuada relación de causalidad no solo por el incumplimiento contractual, sino especialmente porque el contratante afectado por la rescisión intempestiva no pudo haber amortizado su inversión, o no pudo haber obtenido un lucro o la ganancia esperada, o no pudo haber concluido la expectativa propia del objeto de la contratación, e inclusive no pudo haber logrado ninguna de las circunstancias anteriores.

Los rubros indemnizables, la extensión del resarcimiento y la cuantificación del daño, deberán acreditarse adecuadamente.

2) No se otorgó el tiempo de preaviso adecuado:

Sánchez Herrero se pregunta qué daño es resarcible en este supuesto. Contesta que, en líneas generales, las distintas posturas que hay sobre la materia se pueden clasificar en dos categorías⁶³:

a) solo se debe la indemnización sustitutiva del preaviso; por lo tanto, no corresponde indemnizar otros daños derivados de la ruptura, por más que haya sido abusiva. Aplicando este criterio, no se indemnizaron: el valor llave; los gastos de publicidad; y los pasivos laborales que debió afrontar el contratante que no rescindió.

b) de acuerdo con una segunda postura, más amplia, se debe la indemnización sustitutiva del preaviso y el resarcimiento de todo otro perjuicio derivado de su omisión. Es la tesis mayoritaria tanto en doctrina como en jurisprudencia, a la que adhiere el indicado autor, citando a Heredia; Pita y Pita; Muguillo y Klein. La regla general en materia de responsabilidad civil es que se debe indemnizar todo daño que tenga relación de causalidad adecuada con la conducta antijurídica -en nuestro caso- la omisión de preavisar debidamente la rescisión unilateral. No hay ninguna razón por la cual el daño resarcible tenga que acotarse a priori al lucro cesante correspondiente al período de preaviso omitido. De hecho, veremos que hay otros rubros —varios— que también son resarcibles porque tienen relación de causalidad adecuada con la rescisión abusiva.

Hay una tercera postura, hoy superada. Más allá de sus diferencias, las tesis referidas en 1 y en 2 coinciden en un presupuesto básico: que lo ilícito no consiste en haber rescindido, sino en haberlo hecho abusivamente. En consecuencia, comparten la idea de que lo que se debe resarcir es el daño derivado del carácter abusivo de la rescisión, no el generado por la rescisión misma. La tercera postura discrepa incluso en este aspecto básico. Tiempo atrás, un sector de la doctrina y la jurisprudencia entendía que no había

⁶³ SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, Contratos, Parte General, Ed. Thomson Reuters La Ley, 2021, pág. 744 y sgtes.

derecho a rescindir unilateralmente estos contratos. El correlato lógico de esta postura en el capítulo resarcitorio es que se deben resarcir todos los perjuicios económicos derivados de la rescisión unilateral —en otros términos, no solo los generados por la omisión del preaviso o por cualquier otra conducta activa u omisiva que califique a la rescisión como contraria a la buena fe—. De todas formas, esta postura fue abandonada por completo, incluso antes de que cambiasen las normas legales aplicables. Por lo demás, incluso los partidarios de esta tesis, no la llevaban hasta sus últimas consecuencias, ya que, al fin y al cabo, también le ponían un límite al período que debía tomarse en consideración para calcular el lucro cesante. De haber sido consecuentes al máximo con la idea de que no hay derecho a rescindir un contrato de duración indeterminada, deberían haber admitido el resarcimiento del lucro cesante por un período mucho más extenso, que comprendería hasta la fecha en la cual el contrato se habría extinguido legítimamente (v. gr., por la muerte de alguno de los contratantes).

Más allá de todo ello, lo importante es resaltar que los rubros resarcibles y el monto de la indemnización solo pueden determinarse teniendo en consideración las circunstancias del caso. Entre ellos se destaca la indemnización sustitutiva del preaviso, integrada por las utilidades netas que el distribuidor habría obtenido durante el plazo del preaviso que se omitió.

- 3) Combinaciones de los casos anteriores, en el cual no se respetó el tiempo mínimo de duración, ni se preavisó con la anticipación debida.

Es lo que Sánchez Herrero denomina la *“rescisión doblemente abusiva”*

Puede que la rescisión sea abusiva tanto porque el contrato no alcanzó su duración mínima, como porque no fue debidamente preavisada. De ser el caso, hay que indemnizar tanto el daño generado por el hecho de haber rescindido anticipadamente como el derivado de la omisión del preaviso, y respecto de cada uno se aplican las reglas ya consideradas.

4) No se respetó el tiempo de amortización de la inversión;

El término amortización, en economía y contabilidad, hace referencia a la reducción del valor de un activo o un pasivo con el paso del tiempo. La amortización es, por tanto, una forma de cuantificar la pérdida de valor de un bien o de una deuda.

La amortización, entonces, hace referencia al proceso de distribución de gasto en el tiempo de un valor duradero. Así puede significar redimir o extinguir el capital de un préstamo o deuda o recuperar o compensar los fondos invertidos.

El daño se configura aquí con la imposibilidad del contratante no rescindente de recuperar la inversión realizada a consecuencia del contrato.

5) no se respetó el tiempo mínimo de duración, ni se preavisó con la anticipación debida y además no se respetó el tiempo de amortización de la inversión.

Se trata de una variedad de opciones que deberán acreditarse para poder ser indemnizables.

6) los tiempos de preaviso y duración del contrato fueron los contractuales, aunque resultaron demasiado exigüos para amortizar la inversión.

El supuesto de este caso, es la licitud de los plazos contractuales, empero el carácter abusivo de la rescisión aparece la imposibilidad del recupero mínimo de la inversión, con una ventaja patrimonial desproporcionada para el rescindente.

D) ILICITUD, DAÑO RESARCIBLE Y SU EXTENSIÓN

Sanchez Herrero⁶⁴, se detiene en la íntima vinculación entre la ilicitud y el daño resarcible, y sostiene que, si el deber de indemnizar surge de haber rescindido de mala fe, lo que el rescindente debe resarcir es el daño que el otro contratante no habría sufrido si se hubiese rescindido de buena fe. Es importante subrayar esta idea: el afectado no tiene derecho a que le indemnicen todos los perjuicios que sufrió porque se rescindió el contrato, sino solo los que no habría sufrido si se lo hubiese rescindido de buena fe. Como en todo caso de responsabilidad civil, hay que contrastar dos escenarios (el que ocurrió en la realidad, en el que se produjo un comportamiento ilícito, con el que supuestamente habría ocurrido si no se hubiese producido la ilicitud) e indemnizar la diferencia entre la situación patrimonial en que se encuentra la víctima en el primero y la que habría tenido en el segundo.

Destaca los escenarios que deben contrastarse y cuáles no:

1) Por un lado, el escenario real: la situación patrimonial del no rescindente tras la rescisión abusiva.

2) Por el otro, un escenario hipotético: la situación patrimonial en la que se habría encontrado si el contrato se hubiese rescindido de buena fe, y no -en cambio- aquella en la que se habría encontrado si el contrato no se hubiese rescindido. Esto es lógico si se tiene en cuenta la regla general: el contratante tenía derecho a que no le rescindiesen el contrato de mala fe, y no -en cambio- a que no lo rescindiesen.

Para precisar este segundo escenario, habrá que ver, en cada caso concreto, en qué consistió la mala fe, para así determinar cuál es el daño que no se habría producido: este es el daño indemnizable.

⁶⁴ SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, Contratos, ob. cit., pág. 743 y sgtes.

No obstante, el autor citado, ha destacado que no existe una norma que regule los efectos de la rescisión abusiva en general, pero sí regulaciones específicas para determinados contratos y con relación a un tipo de abuso: la omisión del preaviso. Aunque es el supuesto abusivo más frecuente, no es el único que puede presentarse. Por esta razón, adquieren un rol protagónico las reglas generales, especialmente en los casos que carecen de una regulación específica, que son los más.

Estos autores ordenan el análisis de los distintos supuestos que pueden presentarse en función de si son o no objeto de una regulación específica.

En el primero de los casos, cuando los efectos de la rescisión abusiva han sido legislados específicamente, obviamente, hay que aplicar lo dispuesto por el legislador como ocurre, por ejemplo, con relación al contrato de agencia: según el artículo 1493 del CCyCN, en donde la omisión del preaviso, otorga a la otra parte, derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el periodo. Se ha adoptado, así, el sistema de la eficacia inmediata del acto rescisorio.

En el segundo supuesto, cuando los efectos de la rescisión abusiva no han sido legislados específicamente, en la mayoría de los casos, no existe una norma que regule en forma específica cuáles son los efectos de la rescisión abusiva en lo que respecta a la extinción del contrato. Sí las hay que consagran, con mayor o menor precisión, el deber de preavisar, pero no que se refieran específicamente a los efectos de su omisión. ¿Qué regla se les aplica, entonces? En ciertos casos, la de la extinción inmediata compensada con un resarcimiento; en otros, la de la extinción diferida. Para dilucidar la cuestión, hay que ponderar los intereses en juego. Hay dos reglas en pugna:

1) La regla general de que los actos ilícitos no deben surtir efectos, al menos en la medida de su ilicitud (captada para los actos abusivos en el art.

10 del CCCN). Esto nos llevaría a aplicar el sistema de la eficacia aplazada de la rescisión ilícita.

2) La regla prevista para varios contratos (el de agencia a la cabeza) de que el preaviso omitido se arregla con un resarcimiento. Esto es, la tesis de la eficacia inmediata de la rescisión ilícita.

¿Cuál de estas reglas debe aplicarse a los casos que carecen de una regulación específica? En términos lógicos, hay dos opciones:

1) Aplicar por analogía la norma del contrato de agencia, extendiendo así a todo caso no regulado el sistema de la eficacia inmediata de la rescisión ilícita.

2) Restringir la regla anterior a los casos para los que está prevista específicamente y aplicar a los demás la regla general del art. 10 del Cód. Civ. y Com., sometiéndolos al sistema de la eficacia aplazada.

Para optar entre una y otra, hay que ponderar los valores e intereses involucrados. Dicho en términos muy generales, en la mayoría de los casos que estamos analizando, la rescisión tendrá un efecto inmediato, por lo que el rescindente deberá conformarse con el resarcimiento⁶⁵.

También hemos especificado, que debe estarse a lo que surge del contrato, desde que las partes pueden haber pactado o estipulado la obligación de indemnizar por la extinción anticipada o una penalidad relacionada con el ejercicio de dicha extinción. Aún en los casos en que la ley prevé la rescisión unilateral, puede disponerse que su ejercicio de lugar al pago de una indemnización en consideración a los daños y perjuicios que pueda sufrir la parte contra quien se ejerce la facultad rescisoria.

⁶⁵ SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, Contratos, ob. cit., pág. 742 y 743.

E) PROBLEMÁTICA DE LOS DAÑOS EN LA RESCISIÓN UNILATERAL, CUANTIFICACIÓN Y FIJACIÓN PRUDENCIAL POR EL JUEZ

Hemos referido los distintos mecanismos que la doctrina sugiere para integrar los vacíos legales o lagunas normativas, entre ellos analogía y eficacia aplazada, que acabamos de analizar. Nos interesa detenernos en el primero de ellos para luego referirnos a la regla general de interpretación que nosotros proponemos.

1. Analogía sus problemas interpretativos y de cuantificación

La doctrina ha puesto de manifiesto la incidencia de los plazos legales específicos y su aplicación analógica. Así, de acuerdo con el artículo 2 del CCCN, la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

De los recursos enumerados, hay uno que puede tener particular importancia para la problemática que estamos analizando: la analogía. Expresa que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta las leyes análogas, según dice la norma y entiende que, de acuerdo con la más rancia tradición, la analogía no solo sirve para interpretar otras leyes, sino también -y principalmente- para las "situaciones no regladas legalmente", como decía nuestro viejo Código Civil.

La analogía sería un recurso aplicable a cualquiera de las categorías que integran el conjunto que estamos analizando, esto es, tanto las que están reguladas con un estándar general como las que carecen de regulación. Por lo tanto, a los supuestos que presenten identidad de razón

con alguno cuyo plazo de preaviso está cuantificado específicamente por una norma se les aplica analógicamente esta última⁶⁶.

Para exponer con mayor claridad este tema mostraremos los problemas que presenta la aplicación analógica en un caso judicial concreto en donde se llamó a resolver sobre una indemnización por falta de preaviso en un “contrato de distribución”.

Se trata un caso que hemos citado anteriormente al tratar el tema de la intempestividad, sobre el que recayera sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I, en fecha 15/12/2021 causa caratulada “Mechoni, Oscar José c/ Pepsico de Argentina SRL s/ daños y perjuicios incumplimiento contractual⁶⁷”.

Realizaremos un resumen de las principales cuestiones de la extensa sentencia, recomendando la atenta lectura de este pronunciamiento.

El asunto versó sobre un juicio en donde la parte actora reclamó indemnización de los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de la extinción unilateral, sorpresiva e incausada, por parte del accionado, de una relación contractual de 35 años, iniciada en el año 1983 y concluida el día 29/04/2019, la cual, al estar a los dichos de la actora, no se limitaba a un mero contrato de distribución, sino que consistía en un contrato de colaboración empresarial. El demandado sostuvo que el contrato que vinculó a las partes era de distribución no exclusiva y que su parte ejerció legítimamente su derecho a concluir dicha relación.

La sentencia condenó al demandado a abonar al actor una suma dineraria comprensiva de falta de Preaviso (estimado solo en 12 meses, recordemos que la relación contractual fue de 35 años) y otra por Daño Moral, con más los intereses. El decisorio fue apelado por ambas partes.

⁶⁶ SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, Contratos, ob. cit., pág. 738 y sgtes.

⁶⁷ Publicado en: RCCyC 2022 (diciembre), 245, con nota de Maximiliano R. Calderón; Cita: TR LALEY AR/JUR/194207/2021

En la sentencia de Cámara se trataron diferentes aristas en relación a los diferentes agravios expresados por las partes. Entre ellas, se calificó al contrato especificándose que “no debe pensarse que los contratos de distribución y de colaboración empresaria son figuras distintas, ya que los contratos de colaboración empresaria son un género, una idea marco, dentro de la cual tiene cabida el contrato de distribución como una de sus especies”.

En nuestro entendimiento, la parte más medulosa del fallo se encuentra en relación a la procedencia y cuantificación de los distintos rubros indemnizatorios, en donde la magistrada de primera instancia consideró procedentes (indemnización sustitutiva de preaviso no otorgado y daño moral), como así también respecto a otros que desestimó (pérdida de chance, pérdida de clientela y daño emergente por las indemnizaciones laborales en trámite judicial). No obstante, el embrollo jurídico que debe desarrollar la Cámara para atender a los problemas de aplicación analógica del contrato de distribución con contratos afines.

Así, la crítica que la actora propugnaba al fallo era una modificación sustancial de esta parcela, porque de acuerdo a las normas que considera aplicables la indemnización por omisión de preaviso se debería incrementar a un mes por cada año de relación contractual en aplicación analógica con los arts. 1492 y 1493 del CCCN.

La Cámara, en este sentido, referida a las cuestiones muy controvertidas en la materia, en el derogado código, dice: *“Una de ellas es la atinente al plazo de preaviso o a la eventual indemnización por omisión de preaviso. Este tema es abordado con su habitual profundidad por el Dr. Pablo Heredia al emitir su voto en uno de los precedentes citados más arriba (CNCom., sala D, 01/03/2016, “Sola c. Diageo Argentina SA s/ ordinario”), donde explica que ese tribunal ha resuelto que los meses por los que debe ser formalizado el preaviso no se corresponden con exactitud numérica, ni con el número de años por el que se extendió la relación ni con el número de meses faltantes para concluir el período contractual, sino que el plazo de*

preaviso debe ser aquel que se estime suficiente para permitir la reinserción o reacomodamiento del distribuidor a la nueva situación creada. En esa línea, señala que en materia de contratos de comercialización, la jurisprudencia ha juzgado suficiente un preaviso de 12 meses para concluir un contrato que había durado 60 años... Otra cuestión que antes del año 2015 se había tornado muy controvertida era sí, a falta de preaviso, la indemnización de los daños debían limitarse a ese rubro (es decir, la indemnización por omisión de preaviso) o si era procedente la indemnización de otros conceptos.”

El fallo de Cámara se adentra en la situación del cambio sustancial a partir del 2015 con el advenimiento del nuevo CCCN y la regulación de los contratos de agencia, concesión y franquicia.

Luego de exponer sobre la finalidad del preaviso, expresa que *“la gran cuestión a decidir es si los arts. 1492 y 1493 resultan aplicables al contrato de distribución”*, siendo que de los antecedentes de la propia Sala, cuentan con un precedente en el cual se proporcionó una respuesta negativa a ese interrogante, con fundamento en que *“las inversiones en la distribución no son tan cuantitativas como en la concesión, y por ende el objeto de la indemnización en la concesión por falta de preaviso y el objeto de la compensación al distribuidor para su reacomodamiento responden a criterios bien diferentes”*.

El acuerdo que el Camarista preopinante propone es modificar la doctrina de su propio tribunal, en el entendimiento de que las previsiones contenidas en los arts. 1492 y 1493 resultan aplicables al contrato de distribución, en razón de que no se advierten razones de peso para pensar que esos artículos no resultan también aplicables al contrato de distribución en virtud de la nueva remisión dispuesta en el art. 1511 inc. b); de que entender lo contrario deja huérfanos de toda norma que regulen esta importante cuestión (es decir, lo atinente al plazo de preaviso y a su indemnización sustitutiva en el contrato de distribución), lo cual implica un

retroceso a la situación anterior al año 2015, con la proliferación de criterios y consecuente inseguridad jurídica que los autores del Código buscaron superar; y que resulta claro que la indemnización prevista en el art. 1493 consiste en una “indemnización tarifada”, o “tabulada”, con todas las ventajas que ello implica a la hora de cuantificar indemnizaciones y evitar litigios, por lo que ha de propiciarse su utilización.

Posteriormente el fallo ingresa en una zona delicada el tema de la cuantificación.

Es allí en donde sostiene que: 1) no ha de presumirse que la aplicación del art. 1493 conduce inexorablemente a indemnizaciones desproporcionadas o exorbitantes; 2) en cuanto a la primera posibilidad — monto indemnizatorio demasiado elevado por la indemnización sustitutiva del preaviso que resultase excesivo, a criterio del juez, podría recurrir a la facultad morigeradora del art. 1742 del Cód. Civ. y Comercial y a la expresión “en cuanto sean pertinentes” utilizada en la norma de remisión contenida en el art. 1511 inc. b) del mismo Código; 3) a la inversa, si la indemnización tarifada prevista en el art. 1493 resulte demasiado reducida, en cuyo caso podría disponerse una indemnización superior, atendiendo a las circunstancias del caso y a los principios generales del derecho y de los contratos (buena fe, proscripción del abuso del derecho, protección de la confianza, etcétera). Ello podría ocurrir, por ejemplo, en los casos de una rescisión unilateral que resulte “intempestiva”.

Con la aplicación analógica de los arts. 1492 y 1493 al contrato de distribución, que propugna el voto, la sentencia de Cámara modifica la cantidad de meses para el cálculo llevándola de 12 a 35,5 meses, utilizando a efectos de la indemnización sustitutiva del preaviso, las pautas de doctrina y la jurisprudencia que han entendido que la debe calcularse en base a las “ganancias netas”.

Avanza el pronunciamiento sobre análisis de los rubros resarcibles distinguiendo lo que se reclama como “perdida de chance” del “lucro

cesante”, y si estos ítems indemnizatorios tendrían o no autonomía e independencia respecto de la indemnización por falta de preaviso. En el análisis expresa que el Código de Comercio derogado no regulaba el contrato de distribución ni otros contratos comerciales de larga duración y, por añadidura, nada preveía acerca de las indemnizaciones debidas en caso de rescisiones unilaterales no preavisadas. Esto generó que fueran la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de ir delineando qué rubros se debían resarcir frente al distracto. Para ello se acudió en un primer momento a los rubros resarcitorios más conocidos, tomados básicamente de la teoría general de la responsabilidad civil, aunque también a otros más propios del derecho comercial. Ello se ve claramente reflejado en la obra de Marzorati⁶⁸, en la cual, como ya vimos, se decía que el distribuidor afectado por la ruptura intempestiva del contrato podía reclamar: 1) la pérdida de la utilidad obtenida por la privación de la actividad durante el período necesario para reestablecer el ciclo de operaciones comerciales que, siguiendo precedentes extranjeros, se estimaba en plazos variables entre seis y dieciocho meses; 2) las indemnizaciones por despido de personal; 3) los gastos por reparaciones efectuadas en los vehículos para retirarles el nombre, el emblema o la enseña del proveedor; 4) los gastos de publicidad; 5) en algunos casos el llamado “valor llave”; y 6) también en algunos casos, el daño moral. Obsérvese que en esta enunciación de rubros indemnizatorios que propone Marzorati se menciona a la pérdida de utilidades (es decir, al “lucro cesante”) pero no a la “indemnización sustitutiva del preaviso”, aunque en la misma obra queda claro que son conceptos estrechamente relacionados, en especial porque el lucro cesante se calcula en función del plazo de preaviso que hubiera correspondido.

Sobre la base de esta doctrina, anterior al CCCN, va delineando y es que: *el “lucro cesante” y la “indemnización sustitutiva del preaviso” no son*

⁶⁸ MARZORATI, Osvaldo J. “Sistemas de distribución comercial”, Astrea Bs. As. 1990, pág. 84, citado por la sentencia en análisis.

conceptos distintos, sino que son dos formas distintas de denominar a un mismo fenómeno resarcitorio, y la diferencia terminológica se explica porque la expresión “lucro cesante” alude al daño en sentido naturalístico, mientras que la expresión “indemnización sustitutiva del preaviso” alude al desembolso que se debe efectuar para reparar tal perjuicio.

Ello deviene en la idea de que el nuevo Código permite apreciar que de algún modo se procuró ir “*automatizando*” la reparación, ya que se tendió a disponer una “*indemnización tarifada*”, la que en abono de la tesis cita jurisprudencia que ha decidido: “*Por regla la indemnización por falta de preaviso tiende a reemplazar la actividad lucrativa del contratista durante el plazo que se considera adecuado de modo de permitir su reconversión, incluyendo el lucro cesante*”; “*El fundamento de la pretensión, al circunscribirse a la relación extinguida y su duración, a todas luces demuestra la superposición con la partida anterior, cuya aceptación aparejaría una duplicidad resarcitoria*”

Nuevamente la sentencia encuentra un escollo de aplicación “analógica”, en esta oportunidad, referida al rubro indemnizatorio “*compensación por clientela*”, que en forma analógica se encuentra específicamente regulada en el art. 1497 del CCCN, ubicado también dentro de las disposiciones del contrato de agencia, el cual dispone lo siguiente: “*Compensación por clientela. Extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario, tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste. En caso de muerte del agente ese derecho corresponde a sus herederos. A falta de acuerdo, la compensación debe ser fijada judicialmente y no puede exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato, si éste es inferior. Esta compensación no*

impide al agente, en su caso, reclamar por los daños derivados de la ruptura por culpa del empresario.”

Especifica el pronunciamiento que esta regulación específica de la “compensación por clientela” en el art. 1497, nos da una clara pauta de que se trata de un instituto distinto a la “indemnización por omisión de preaviso” regulada en el art. 1493, y que tal concepto como la autonomía de la “compensación por clientela” fueron explicados con su habitual profundidad por el Dr. Heredia en su voto en los autos “Sola c. Diageo Argentina SA s/ ordinario”, encontrándose allí transcritos los fundamentos de la tesis positiva y de la jurisprudencia que ha entendido aplicable la disposición al contrato de agencia.

Sin embargo, la sentencia se decide por la postura contraria arribando a la conclusión de que la compensación por clientela no resulta aplicable al contrato de distribución (con citas de Gonzalo Anaya y Francisco Anaya, “La compensación por clientela en el contrato de distribución”, Deconomi, Año 1, número 2), en la siguiente conclusión: *“A mi modo de ver, y sin dejar de reconocer que se trata de un tema altamente opinable y controvertido, el fundamento normativo esgrimido por quienes afirman que la compensación por clientela no se aplica al contrato de distribución es de mucho peso, y además no parece infundado ni fruto de un olvido del codificador, sino que encuentra su razón de ser en las diferencias existentes entre los distintos contratos. En esa línea de ideas, entiendo que ha de estarse a esa conclusión a la que se arriba tras una interpretación integral y armónica de la ley (arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Comercial), teniendo especialmente en cuenta que ello coadyuva a la seguridad jurídica, valor que —como vimos— fue determinante a la hora de decidir al legislador a regular estos contratos comerciales”*.

Luego la sentencia se expide por la improcedencia del rubro “indemnizaciones por despido”

Finalmente, se expide sobre la procedencia del daño moral. A diferencia de lo que sucede con el rubro “compensación por clientela” (en donde no aplica analogía con el contrato de agencia), en este punto, vuelve a utilizar la analogía y aplicación supletorias de normas (arts. 1741 y 1082 inc.a) para otorgar e daño moral con los siguientes enunciados:

Aplicando los principios expuestos al caso de autos, creo importante comenzar por señalar que en virtud de la remisión contenida en el art. 1082 inc. a) del Cód. Civ. y Comercial, y de las otras remisiones que hemos analizado con anterioridad, al contrato de distribución le resulta aplicable la disposición especial contenida en el art. 1493, es decir, la “indemnización sustitutiva del preaviso”, pero también el art. 1741, referido a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, por estar contenido dentro del Título V del Libro Tercero al que también remite el art. 1082 inc. a).

Entiendo que resulta claro que ambas reparaciones no interfieren ni se excluyen, ya que la indemnización sustitutiva del preaviso prevista en el art. 1493 sólo contempla los efectos patrimoniales del distracto, lo cual es de toda lógica y se robustece si tenemos en cuenta que se trata de una indemnización “automatizada y tarifada”, mientras que el daño moral es de distinta naturaleza y procederá o no de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Como ya vimos, esta idea ya estaba plasmada en la obra de Marzorati, quien afirma que frente al distracto intempestivo puede resultar procedente el daño moral en ciertos casos (“Sistemas...”, cit.). En ese mismo orden de ideas, en general la jurisprudencia ha admitido el reclamo de daño moral en los casos de rescisiones unilaterales del contrato de distribución (a favor: CNCom., Sala F, “Canoura”, cit.; CCivCom. Junín, caratulada “Marisi”, cit.; en contra: CCivCom. Dolores, “Calonge c. Cervecería Argentina SA Isenbek”, del 30/07/2020).

En una primera aproximación al análisis del punto siguiente, hemos glosado esta sentencia de una valiosa recolección docente de antecedentes, doctrina, jurisprudencia y línea argumental, para poner en evidencia los problemas que acarrearán las lagunas normativas o vacíos legislativos y la aplicación analógica. Se observa, como la sentencia va ordenando y acomodando los argumentos en favor y en contra, en algunos momentos para hacer aplicación analógica (como lo es para el “preaviso”, el “lucro cesante” como indemnización sustitutiva del preaviso y el “daño moral”), y para excluir la misma aplicación analógica en otras variables (como cuando lo hace con el rubro indemnizatorio “compensación por clientela”).

Es decir, la aplicación analógica que hace la sentencia respecto de contrato de agencia al contrato de distribución, no es total, desde que la utiliza para la aplicación de los art. 1492, 1493, 1741 y 1082 inc. a) del CCCN, empero la excluye para la aplicación del art. 1497 del CCCN, lo que parecería una contradicción, desde que la aplicación analógica es parcial.

¿Qué hace la sentencia?

En nuestro criterio, lo que intentan hacer la mayoría de los jueces al momento de cuantificar: obtener un resultado económico del juicio que resulte prudente y razonable a las constancias que surgen de los hechos probados en la causa que conforman la plataforma fáctica, más allá de los regímenes de tarificación y tasación que trae en nuevo código civil y comercial, e inclusive, más allá de los resultados de las pruebas periciales, que en algunas ocasiones no resultan ser adecuadas.

Esto sucede casi siempre al cuantificar tanto en responsabilidad contractual como en la extracontractual.

Y es que lo que se busca en una sentencia es calibrar, ponderar con argumentos a favor y en contra para obtener, arribar y llegar a un resultado económico que resulte razonable, coherente, prudente y justo.

Nótese como la sentencia en comentario, y como sucede en la mayoría de los pronunciamientos judiciales, siempre va argumentando y

dejando un espacio discrecional al juez cuando advierte los peligros de que la aplicación analógica pueda disminuir o aumentar el monto resultante y cómo el juez podría recurrir a la facultad morigeradora del art. 1742 del CCCN, en un párrafo que transcribimos:

“Por último, entiendo que si bien la indemnización prevista en el art. 1493 debe ser aplicada al contrato de distribución por todas las razones antes apuntadas, nada impide que en casos muy excepcionales se disminuya o aumente el monto resultante, lo cual garantiza la coherencia y razonabilidad del sistema (arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Comercial). Este último fundamento exige ciertas precisiones adicionales a las que dedicaré los dos párrafos que siguen.

En cuanto a la primera posibilidad —monto indemnizatorio demasiado elevado— la situación ya fue contemplada por Gregorini Clusellas, quien afirma que si la indemnización sustitutiva del preaviso resultase excesiva a criterio del juez, podría recurrir a la facultad morigeradora del art. 1742 del Cód. Civ. y Comercial y a la expresión “en cuanto sean pertinentes” utilizada en la norma de remisión contenida en el art. 1511 inc. b) del mismo Código (aut. cit., “La reputura...”, cit., apartado V, “Conclusiones”).

A la inversa, entiendo que podría suceder que la indemnización tarifada prevista en el art. 1493 resulte demasiado reducida, en cuyo caso podría disponerse una indemnización superior, atendiendo a las circunstancias del caso y a los principios generales del derecho y de los contratos (buena fe, proscripción del abuso del derecho, protección de la confianza, etcétera). Ello podría ocurrir, por ejemplo, en los casos de una rescisión unilateral que resulte “intempestiva” en sentido estricto, salvedad ésta última que merece una breve aclaración terminológica. En efecto, en general la doctrina y la jurisprudencia suelen calificar de “intempestiva” a toda rescisión unilateral de un contrato de larga duración que no es precedida de un preaviso”.

Esto que apuntamos en nuestra tesis, no es más, ni menos, que la aplicación del “Criterio de la realidad económica”, el cual sigue teniendo plena vigencia como pauta de ponderación prudencial para resolver las indemnizaciones y problemas de cuantificación de daños y perjuicios en la rescisión unilateral abusiva en los contratos de tiempo indeterminado, como criterio coadyuvante de la novedad de tarificación y tasación que trae el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, punto en el que concluiremos en el siguiente apartado.

2. El criterio de la realidad económica.

Nosotros hemos centrado la cuestión, sin que exista distanciamiento con los autores que hemos glosado, en la *intempestividad* como la nota distintiva de la ilicitud.

No obstante, en cualquier análisis de ilicitud, la encrucijada del juez frente al caso a resolver, se encuentra en el derrotero de cómo establecer prudencialmente una indemnización adecuada al caso, como sucede -en general- en la mayoría de los casos que muestra la práctica judicial, más en los contratos de duración indeterminada.

Claro está, que cuando la indemnización está tarifada, caso del contrato de agencia (art. 1492 del CCCN), pareciera no ofrecer problemas.

Uno de los criterios usados es la aplicación analógica de la norma del contrato de agencia, como se expuso anteriormente.

Ahora bien, la aplicación analógica de esta regla por sí sola, puede no satisfacer la indemnización adecuada para el caso concreto.

Realizando un paralelismo con lo que acontece en materia de daños a las personas, últimamente, con el advenimiento del nuevo artículo 1746 del CCCN, aplicable a las indemnizaciones por lesiones o incapacidad física

o psíquica, ha tomado gran auge la aplicación de fórmulas para cuantificar, entre ellas: Vouto, Marshall, Las Heras-Requena, Méndez⁶⁹.

Nosotros consideramos que para poder integrar los problemas interpretativos en temática de *“pautas razonables y prudentiales”* a las que puede acudir el juez para fijar las indemnizaciones, el requisito de validez de las sentencias y actos judiciales sigue siendo la *“fundamentación”* del criterio que aplica el juez al caso concreto, y el arribo a un resultado justo (generalmente una suma dineraria) que resarza adecuadamente el daño.

Aida Kemelmajer, en un artículo publicado hace algún tiempo (aunque el tiempo es demasiado veloz), titulado *“El criterio de la realidad económica en las sentencias de la Corte Federal que liquidan daños y otras cuestiones económicas en el ámbito de la responsabilidad civil”*⁷⁰, mostró la problemática de la cuantificación de daños fijados en forma prudencial por el juez. En nuestro entendimiento, este trabajo, aún tiene plena vigencia.

Encuéntrense allí los criterios de la Corte Federal que enseña desde hace varias décadas que "el hecho de que para la determinación del resarcimiento, las normas aplicables confieran a la prudencia de los magistrados un significativo cometido, no los autoriza a prescindir de uno de los requisitos de validez de los actos judiciales, cual es la fundamentación"; en otros términos, el ejercicio de una facultad discrecional no constituye eximente del deber de fundar el pronunciamiento, y por eso es descalificable la sentencia que al fijar el monto del daño adopta como pauta generalidades que no permiten la apreciación certera del proceso racional seguido por el sentenciante. La Corte Federal insiste, además, en que el recaudo no se cumple si la motivación es "genérica", y por eso declara que "no es fundada

⁶⁹ ACCIARRI, Hugo e IRIGOYEN TESTA, Matías "Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales", publicado en RCyS 2011-VI, 22 Cita Online: AR/DOC/1189/2011

⁷⁰ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Año 1999, Tomo N° 21, pag. 191, www.Rubinzal.com.ar

la sentencia que omite discriminar los distintos ítems de la indemnización, puesto que la fijación de una suma global impide verificar el procedimiento lógico empleado por el tribunal y coloca al damnificado en estado de indefensión".

La publicación continúa en que, este planteo, comienza a presentar algunas aristas novedosas: la motivación no se detiene en pautas "asépticamente" jurídicas, sino que "al juzgar prudencialmente sobre la fijación del monto del resarcimiento, no deben desatenderse las reglas de la propia experiencia y el conocimiento de la realidad"; consecuentemente, al examinar las pretensiones deducidas debe actuarse con suma prudencia y verificar si efectivamente se han producido los perjuicios que se reclaman, "cuidando de no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones manifiestamente irrazonables", siendo que dentro de las pautas que hasta hace pocos años se calificaron de metajurídicas, la Corte hoy prioriza la de la "realidad económica", criterio que nació en el campo fiscal, área en la que el Superior Tribunal del país dice desde antiguo que toda interpretación debe realizarse "atendiendo esencialmente a la realidad económica de que se trate", aunque, aclara la autora, que esta regla no es absoluta, y muestra línea jurisprudencial, hoy definitivamente consolidada, no desde su marco teórico sino práctico en decisiones de la última década en la que fue escrito el artículo de doctrina.

Señala Kemelmajer que la Corte Federal anula las sentencias cuando el *"resultado importa un notorio apartamiento de la realidad económica, contradicho por los postulados que el juez enuncia como pauta para la correcta solución del caso, con grave menoscabo de la verdad jurídica objetiva y de los derechos de propiedad y defensa en juicio"*. Y en sus palabras, hay apartamiento de la realidad económica cuando el *"resultado al que la sentencia llega no se corresponde en forma objetiva y razonable con los valores en juego, desentendiéndose de las consecuencias patrimoniales"*

que el fallo produce", empero critica que el problema del juez de grado es que, a veces, la Corte anula una sentencia por haberse apartado de la realidad económica, pero utiliza el sistema del reenvío y no da pautas medianamente precisas al tribunal que finalmente debe resolver.

Son derivaciones de este criterio las siguientes reglas:

a) Los "mecanismos de actualización sólo constituyen arbitrios tendientes a obtener una ponderación objetiva de la realidad económica, más cuando por el método de su aplicación, quizás correcto para otras hipótesis, se arriba a resultados que pueden ser calificados de absurdos frente a dicha realidad, ésta debe prevalecer sobre abstractas fórmulas matemáticas".

b) "No puede hablarse de vulnerabilidad de la cosa juzgada sino, por el contrario, de su mantenimiento, cuando se trata de reducir la pauta indexatoria contenida en un fallo en los casos en que por medio de su aplicación irrestricta dicho arbitrio, conducente a mantener incólume la significación económica de la condena, torna a ésta en objetivamente injusta ante la realidad económica vigente al momento del pago".

La doctrinaria ejemplifica los fallos en donde el apartamiento de la realidad económica ha sido tanto por "*indemnizaciones excesivamente bajas*" (recuerda que la Corte Federal reconoció la existencia de una garantía constitucional a la reparación equitativa de los daños sufridos, en el leading case es "Santa Coloma c/Ferrocarriles Argentinos")⁷¹; como por "*indemnizaciones excesivamente altas*"⁷².

⁷¹ CSJN, 5-8-86, "Santa Coloma, Luis y otros c/Empresa Ferrocarriles Argentinos", E. D. 120-649, con nota laudatoria de BORDA, Guillermo, El caso Santa Coloma: un fallo ejemplar.

⁷² CSJN, 22-9-94, "Román Benítez c/Guth y Asociados" cit., con nota de Carlos Pose; CSJN, 2-4-96, "Arasa SA c/YPF", L. L. 1996-C-365 y D. J. 1996-2-200; CSJN, 4-10-92, "Pérez, Francisco", J. A. 1995-1-67; CSJN, 23-2-93, "Argañaraz, J. C. c/Empresa Nacional de Agua y Energía", J. A. 1993-III-451; CSJN, 11-7-96, "Masso, N. c/Agencia Efe SA", J. A. 1997-I-55, fallos citados en el artículo en trato.

En el primero de los casos, se ha sostenido que dar a la víctima una indemnización por los daños padecidos, exigua o insuficiente, constituye:

- Una forma de hacer padecer parte de ese daño a la víctima;
- una manera de subvencionar los ilícitos haciendo que el sistema de responsabilidad civil pierda de vista uno de sus objetivos, cual es el de estimular que los daños se eviten, pues resultaría de este modo menos costoso pagar la indemnización que adoptar las medidas para prevenirlos.

En el segundo de los casos, por el exceso, se ha dicho, que si bien la determinación del monto de condena por aplicación de los mecanismos de actualización o cálculo de intereses configura una cuestión de índole fáctica y procesal ajena a la instancia extraordinaria, ello no constituye óbice para invalidar lo resuelto si, *con menoscabo del derecho de propiedad*, el tribunal ha fundado la decisión de modo insuficiente, sin reparar en que el resultado económico a que arriba no se corresponde en forma objetiva y razonable con los valores en juego y se ha desentendido de las consecuencias patrimoniales del fallo (en el supuesto de autos, el monto de la condena superaba doce veces el valor de la mercadería vendida)⁷³.

Kemelmajer, al referirse al principio de la reparación integral y las pautas económicas, cita pronunciamientos de la Corte Nacional, en donde sostiene que parecen dar rango constitucional al principio de reparación integral.

Debemos decir, que hoy el criterio de la reparación integral y plena, es una discusión ampliamente superada, máxime con el advenimiento de los arts. 1738, 1739, 1740 y 1741 del CCCN y todas sus normas concordantes. Sin embargo, debe rescatarse de aquellos fallos las situaciones indemnizatorias que puedan resultar abusivas, y -en nuestra materia

⁷³ CSJN, 2-4-96, "Arasa SA c/YPF", L. L. 1996-C-365 y D. J. 1996-2-200, fallo citado en el artículo en trato.

contractual en estudio- aquellas situaciones de daños indirectos o utilidades difícilmente alcanzables.

Kemelmajer al referirse a las pautas económicas y el dilema de nuestros días: ¿prudencia judicial o tabulación?, concluye que -en su opinión- el legislador puede establecer baremos razonables; no se trata de defender el judicialismo sino de superar los defectos del baremo, sus antinomias y lagunas para garantizar la plena efectividad de la tutela judicial efectiva, y finaliza en la necesidad de que jueces y abogados tomen conciencia sobre la necesidad de no desatender los datos económicos.

Agregamos que en la actualidad con la aparición de art. 1746 del CCCN, en materia de daños a las personas (respecto a que la indemnización por incapacidad deber ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades), la discusión ha perdido vigencia, y la mayoría de las sentencias usan fórmulas tabuladas para los cálculos indemnizatorios.

Es lo mismo que sucede, en materia contractual, con la tarifación del plazo de preaviso dispuesto en el art. 1493 del CCCN.

No obstante, debe advertirse que el arbitrio judicial (en más o en menos) aún sigue participando del quantum indemnizatorio, siendo que los tribunales entienden que no puede fijarse el resarcimiento haciendo aplicación mecánica de fórmulas matemáticas, correspondiendo fijarlo en forma prudencial tomando como parámetros los resultados de las fórmulas más utilizadas.

Lorenzetti ha dicho: si bien la redacción de la norma podría dar margen a otra interpretación, no está sindicada como la única modalidad de

cuantificación, manteniendo vigor los criterios interpretativos que confieren al razonable arbitrio judicial la función correctora por excelencia para cuantificar los daños. En definitiva, para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes del Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en la vida laboral y de relación. Ello significa que las fórmulas matemáticas no constituyen la única ni autónoma fuente de cuantificaciones, ya que en todos los casos debe actuar el prudente arbitrio (que no es arbitrariedad) judicial”⁷⁴.

No obstante, al margen de la tarificación o tasación, hay un problema que se suma al momento de cuantificar daños, y es la “*multiplicidad de rubros indemnizatorios*” que pueden reclamarse en una demanda.

Este es un defecto que aparece tanto en materia extracontractual, como en la contractual.

Mosset Iturraspe ha puesto de manifiesto que la “guerra de las etiquetas” o debate acerca de la denominación que corresponde dar a tales o cuales daños, así como la “guerra de las autonomías” o debate sobre si esos daños integran la categoría de los morales o patrimoniales, o por el contrario, si tienen autonomía o forman una categoría propia o distinta, es un quehacer menor, que no hace al fondo de la cuestión, y en el cual se pierde muchas veces la contemplación del tema central⁷⁵.

Uno de los ejemplos de esta “guerra de las etiquetas”, en materia extracontractual, se pone en evidencia en “daño a la persona”, “daño

⁷⁴ LORENZETTI, Ricardo L. “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T. VIII, pág. 527.

⁷⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1992, 1, Daño a la Persona, pág. 39.

biológico”, y “daño a la salud”. Por ejemplo, se ha discutido en doctrina y jurisprudencia, la entidad “autónoma” del “daño psíquico o psicológico”, diferenciándose del daño material y moral. Dos fallos de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (SCJMza), con votos de la miembro preopinante Aída Kemelmajer, expusieron la problemática: “Solís”⁷⁶ y “Terraza”⁷⁷.

En estos fallos, se señaló que parte de la doctrina autoral, se pronuncian sobre esta categoría como autónoma, sustentada en que este tipo de daño se configura mediante la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que altere su integración en el medio social, casos que exigen un comportamiento de alteración en la personalidad de la víctima, o sea una perturbación profunda del equilibrio emocional.

La sentencia diferenció que, otro sector, con apoyo jurisprudencial de importancia, se pronuncian en contra de la “multiplicidad”. Entienden que todos estos nuevos daños pueden ubicarse sea en el terreno del daño moral, no tratándose de dos rubros distintos resarcibles independientemente, sino que la patología (el daño psíquico) intensifica el daño moral, incrementando el resarcimiento. En este sentido, aunque se reconoce que puede darse un impacto emocional innegable, hondo y persistente, pero no un daño psíquico salvo que el sujeto enferme intelectual, afectiva o volitivamente a raíz del hecho, más allá de límites de normalidad o del poder de la personalidad para absolver, elaborar y superar la situación lesiva. En esta corriente se encuentra los que entienden que el daño psicológico y el ocasionado a la vida de relación no conforman rubros aparte del lucro cesante, del daño

⁷⁶ SCJMza, Sala I, 08/05/98, Expte. N° 62.857 “SOLIS VDA. DE CALVO NILDA ESTHER Y OTROS EN J° 134.377 SOLIS VDA. DE CALVO NILDA E. Y OT. c/ SALVADOR NAZARENO COLIGIORE p/ D. Y P. s/ Inc. Cas.”; LS 279-379, publicado en Revista del Foro de Cuyo N° 33, pág. 158.

⁷⁷ SCJMza, Sala I, 08/05/00, Expte. N° 67.761 “TERRAZA CARLOS EN J° 116.989 TERRAZA, CARLOS c/ANTONIO ALDERETE s/Daños y Perjuicios s/Inc., publicado en Revista del Foro de Cuyo N° 43, pág. 259.

emergente y el perjuicio moral, sino que en algunos casos pueden tener incidencia en lo patrimonial y extrapatrimonial, en otros sólo en este último y en ciertas circunstancias conforman un detrimento de índole económico exclusivamente. En esos precedentes se aclaró que adherir a esta última posición no significa que estas lesiones no deban ser indemnizadas, sino que deben ser calculadas sea en el daño moral, sea en el daño material.

Lo mismo sucede en nuestra materia en estudio, en donde en un reclamo por incumplimiento contractual de la especie, el reclamo o demanda indemnizatoria puede integrarse con diferentes rubros:

- daño emergente;
- lucro cesante;
- indemnización sustitutiva del preaviso;
- utilidades netas que el distribuidor habría obtenido durante el plazo del preaviso que se omitió,
- facturación bruta;
- ganancia neta;
- exclusividad;
- costos derivados de la extinción del contrato;
- pasivos laborales que debió afrontar el contratante que no rescindió;
- clientela;
- valor llave;
- daños a la imagen o el prestigio;
- gastos de publicidad;
- daño moral, etc.

Nótese que en el fallo glosado de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (Caso Mechoni c/ Pepsico), cuando la sentencia avanza sobre el análisis de los rubros resarcibles cita el problema de la multiplicidad de ítems indemnizatorios y la “duplicidad resarcitoria”, y si estos tendrían o no autonomía e independencia respecto de la indemnización por falta de preaviso. En ese análisis expresa que el Código de Comercio derogado no regulaba el contrato de distribución ni otros contratos comerciales de larga duración y, por añadidura, nada preveía acerca de las indemnizaciones debidas en caso de rescisiones unilaterales no preavisadas. Esto generó que fueran la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de ir delineando qué rubros se debían resarcir frente al distracto. Para ello se acudió en un primer momento a los rubros resarcitorios más conocidos, tomados básicamente de la teoría general de la responsabilidad civil, aunque también a otros más propios del derecho comercial. Ello se ve claramente reflejado en la obra de Marzorati⁷⁸, en la cual, se decía que el distribuidor afectado por la ruptura intempestiva del contrato podía reclamar:

1) la pérdida de la utilidad obtenida por la privación de la actividad durante el período necesario para reestablecer el ciclo de operaciones comerciales que, siguiendo precedentes extranjeros, se estimaba en plazos variables entre seis y dieciocho meses;

2) las indemnizaciones por despido de personal;

3) los gastos por reparaciones efectuadas en los vehículos para retirarles el nombre, el emblema o la enseña del proveedor;

4) los gastos de publicidad;

5) en algunos casos el llamado “valor llave”; y

6) también en algunos casos, el daño moral.

Obsérvese que en esta enunciación de rubros indemnizatorios que propone Marzorati se menciona a la pérdida de utilidades (es decir, al “lucro

⁷⁸ Marzorati, Osvaldo J. “Sistemas de distribución comercial”, Astrea Bs. As. 1990, pág 84, citado por la sentencia en análisis.

cesante”) pero no a la “indemnización sustitutiva del preaviso”, aunque en la misma obra queda claro que son conceptos estrechamente relacionados, en especial porque el lucro cesante se calcula en función del plazo de preaviso que hubiera correspondido.

La sentencia se decide por entender que el “lucro cesante” es el mismo fenómeno resarcitorio que la “indemnización sustitutiva del preaviso”, quedando subsumida la primera, dentro de la segunda.

En lo que resulta de importancia a la temática, el art 1738 del CCCN prescribe: *“La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances...”*

Dentro del daño emergente, se comprenden todos los menoscabos efectivamente sufridos y los desembolsos realizados en atención al hecho lesivo; comporta un efectivo empobrecimiento del contenido económico actual del sujeto. El patrimonio, después del incumplimiento contractual pasa a tener menos que antes. En cambio, el lucro cesante equivale al cercenamiento de utilidades o beneficios materiales que se habrían logrado de no ocurrir el suceso nocivo (la rescisión contractual) dado por el incumplimiento obligacional. Son ganancias dejadas de obtener como consecuencia mediata o inmediata del hecho lesivo.

La diferencia radica en que el daño emergente produce una disminución inmediata del patrimonio o una pérdida positiva, mientras que en el lucro cesante hay una pérdida negativa, que consiste en la privación de las ganancias que el dañado hubiera realizado en el futuro. No siempre el daño emergente comporta un detrimento actual ni el lucro cesante conlleva ínsito un perjuicio futuro, pues cada una de esas categorías tiene

operatividad autónoma, de modo que puede existir daño emergente actual y futuro, y también lucro cesante actual y futuro.⁷⁹

En definitiva, más allá de la “*etiqueta*” que usemos para resarcir los daños devenido de la rescisión unilateral lo relevante es resultado económico final a que llega la sentencia, el que debe condecirse con la observancia de la realidad económica, resultado al que la sentencia llega en un análisis objetivo y razonable con los valores en juego, atendiendo a las consecuencias patrimoniales que el fallo produce.

⁷⁹ MAYO, Jorge Alberto – PREVOT, Juan Manuel, “Responsabilidad contractual”, Buenos Aires, La Ley, 2007, pág. 330/332.

C) CONCLUSIONES

En la problemática del estudio de los daños en la rescisión unilateral ilícita, abusiva o de mala fe, en contratos de tiempo indeterminado, hemos indicado que la “*intempestividad*” es la nota característica de la ilicitud. Así los tiempos de preaviso, los tiempos de amortización, como los tiempos de una ganancia esperable en el objeto contractual son de relevancia en la configuración del daño resarcible. Y es que el tiempo aparece como el elemento esencial para el cumplimiento de las expectativas de los contratantes.

Hemos expuesto que los efectos de la rescisión abusiva en general, no ha sido legislados, salvo regulaciones específicas para determinados contratos, como el de agencia (art. 1493 del CCCN), y con relación a un tipo de abuso: la omisión del preaviso que, aunque es el supuesto abusivo más frecuente, no es el único que puede presentarse. Dicha omisión de preavisar es la que otorga a la otra parte, derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el periodo.

Presentamos también, distintas casuísticas, sin agotar la lista, que podían presentarse en relación a la configuración de la ilicitud, y de cómo algunos autores opinan que la cuestión debe resolverse por la analogía con figuras afines.

Sin embargo, en camino a contestar la pregunta *cuáles son las pautas de interpretación razonables y prudenciales a las que puede acudir el juez para fijar las indemnizaciones*, hemos sostenido que el criterio de la “*realidad económica*”, enseñado por la Corte Federal desde hace varias décadas en la línea jurisprudencial de sus fallos, en el ámbito de la responsabilidad civil, resulta ser una pauta de relevancia en la ponderación y fundamentación de las sentencias de esta naturaleza.

Este criterio se une a la pauta orientativa de la doctrina de los dos tiempos (el de preaviso y el de amortización), con el sistema de tarificación.

Ahora bien, la problemática aparece cuando debe establecerse cuál es el tiempo de preaviso y de amortización en aquellos contratos de larga duración y tiempo indeterminado, en donde la aplicación analógica del art. 1492 del CCCN puede resultar insuficiente para un resarcimiento justo del daño ante la rescisión intempestiva, que es la fuente de daños al contratante no rescindente.

En esa tarea comentamos un fallo de segunda instancia que muestra las problemáticas en la aplicación analógica de las normas del contrato de agencia al contrato de distribución, los problemas interpretativos de tarificación sobre el preaviso, y de cómo esa sentencia realizaba un analogía parcial y no total de las normas del contrato de agencia al contrato de distribución como un medio de calibrar los ítems y montos indemnizatorios, aplicando analogía para unos y excluyéndola para otros.

También se evidenció, que a diferencia de lo que sucede actualmente en materia de daños a las personas (situación en la que con el advenimiento del nuevo art. 1746 del CCCN se ha acotado el ámbito discrecional del juez en la cuantificación de esos daños, toda vez que impone la aplicación de fórmulas para cuantificar), en el análisis de la problemática de la rescisión unilateral ilícita, no contamos con pautas tarifadas de indemnización (más allá de la aplicación analógica del citado art 1492 del CCCN), por lo que la prudencia de los magistrados toma un rol preponderante.

Es aquí en donde la pauta de la “realidad económica” dentro del contexto económico del país y en general el “standard” social y empresarial en los términos expuestos, completa los criterios que ya se había fijado en el leading case “Automotores Saavedra”.

Finalmente podemos formular la siguiente tesis: *“en la rescisión unilateral abusiva en contratos de tiempo indeterminado la pauta orientativa que debe utilizar el juez para resolver los problemas interpretativos en materia de indemnizaciones, preaviso con razonable anticipación y oportunidad razonable de renegociar de buena fe, es el criterio prudencial de la realidad económica, sostenido por la inveterada doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) para liquidar daños y otras cuestiones económicas en el ámbito de la responsabilidad civil, cuyo requisito de validez es la “fundamentación” de este criterio en sus sentencias”.*

Sostenemos que este criterio de la “realidad económica” es el que:

- 1) auxilia al juez en aplicaciones analógicas, cuanto existen vacíos legislativos y/o lagunas normativas;
- 2) socorre al juez en la fundamentación para evitar sentencias arbitrarias, cuando la ley le deja un amplio margen discrecional para resolver mediante la prudencia, a través de enunciados o fórmulas elásticas, tales como: preaviso con razonable anticipación, oportunidad razonable de renegociar de buena fe, etc.;
- 3) ayuda al juez a integrar y fundamentar las indemnizaciones en la rescisión unilateral ilícita y sus problemas de cuantificación del daño, extensión del resarcimiento y rubros indemnizables, especialmente cuando la tasación, tarificación o aplicación de fórmulas resultan insuficientes, y/o irrisorias y/o imposibles de usar;
- 4) obliga al juez a mantener una decisión que importe una correcta solución del caso, en la que se observe las consecuencias patrimoniales, la realidad económica y los valores en juego que el fallo produce, en vigilancia de la verdad jurídica objetiva, los derechos de propiedad y la defensa en juicio, evitando resultados absurdos. –

D) ANEXO

1) SENTENCIA DE JUZGADO CIVIL DE PRIMERA INSTANCIA⁸⁰.

PRIMER TRIBUNAL DE GESTION ASOCIADA EN LO CIVIL Y
COMERCIAL

PODER JUDICIAL DE MENDOZA

CUIJ: 13-04264523-5((012051-260996)) GRUPO MARSAN SA C/ FINAMED
S.A. P/ COBRO DE PESOS *104336009*

Mendoza, 03 de noviembre de 2020.

Y VISTOS:

I.- Los autos arriba intitulados, sus constancias y llamamiento de
autos para sentencia de fs. 196, de los que;

RESULTA:

I.- Que a fs. 87/90 comparece Luis Emilio Mujica en nombre de
GRUPO MARSAN S.A., en su calidad de Presidente del Directorio de la
misma, y manifiesta que viene a interponer formal demanda por cobro de
pesos contra FINAMED S.A., de quien reclama el pago de la suma de
\$3.320.794 con más los intereses legales hasta el momento del efectivo
pago.

⁸⁰ Publicada en: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7885573251>

Relata que desde hace más de 9 años su representada Grupo Marsan S.A. ha prestado servicios de vigilancia bajo la modalidad de locación de servicios (facturados mensualmente) para la demandada Finamed S.A. en el establecimiento médico de su titularidad que gira en plaza bajo el nombre comercial "Hospital Italiano", no habiendo sido objeto de negativa por parte de esta el punto relativo al lapso de duración del contrato denunciado (9 años) conforme acta extraprotocolar de fecha 17/7/17.

Señala que desde julio de 2.015 hasta abril de 2.017 su representada emitió mensualmente las facturas respectivas por el servicio prestado, pero están fueron abonadas parcialmente, por lo que se acumuló una deuda (a la fecha de interposición de la demanda) de \$1.351.458 correspondientes a las denunciadas diferencias impagas.

Remarca que la diferencia entre lo que abonaba la demandada y/o lo que debía abonar resulta de comparar el abono mensual y su respectivo pago por parte de la demandada, montos que surgen del libro IVA compras y ventas de la actora y demandada, así como del intercambio de mails con aquella, de donde surge también el monto el precio acordado por las partes.

Continúa expresando que en fecha 19/04/2.017 la demandada rescindió el contrato de vigilancia oportunamente celebrado con la actora, sin justa causa y de modo unilateral, destacando al respecto que no existió acuerdo rescisorio del vínculo contractual y que, fundamentalmente, se omitió realizar el preaviso correspondiente, el cual entiende, por aplicación de lo ordenado del art. 1279 del CCyCN, corresponde a un mes por cada año de vigencia del contrato.

Para cuantificar el daño por la falta de preaviso toma como parámetro la facturación promedio de los últimos 9 meses, ascendiendo el total por esta omisión del preaviso en la suma de \$1.969.336.

Denuncia finalmente que la demandada fue emplazada a pagar la suma reclamada en autos y correspondiente a las diferencias de honorarios impagos con más los intereses, además de lo reclamado en concepto de preaviso en los términos del art.1279 CCC., respondiendo el mismo tardíamente (más de un mes después) consintiendo su incumplimiento contractual y postcontractual; y reconociendo adeudar las sumas reclamadas, ello conforme las previsiones del art. 263 CCC en relación al silencio opuesto a actos o una interrogación.

Ofrece prueba y funda en derecho.

II.- Corrido el traslado de ley, a fs. 99/102 comparece el Dr. Guillermo Juan Vila por la demandada FINAMED S.A., se hace parte, fija domicilio legal y contesta la demanda, solicitando su rechazo por las consideraciones que expone.

Realiza una negativa general y particular de los hechos afirmados por la actora.

Manifiesta que en atención a que la relación contractual entre actor y demandada fue desarrollada antes de la entrada en vigencia del CCyCN, las defensas se desarrollarán en virtud de lo establecido por el Cód. Civil derogado.

Expone los antecedentes del caso y su versión de los hechos.

Reconoce que es verdad que su mandante mantenía de manera verbal un contrato de locación de servicios con la actora por el cual este brindaba servicios de vigilancia y seguridad para el Hospital Italiano.

Señala que aunque la relación entre ambas parte transcurrió con normalidad en sus comienzos, hace ya algunos años comenzaron a darse una serie de irregularidades en la prestación del servicio por las cuales su

mandante mantuvo conversaciones con la accionante en reiteradas oportunidades, solicitándole regularizaran las fallas bajo la posibilidad de dar por finalizado el vínculo.

Agrega que manteniéndose las irregularidades en el tiempo, su mandante solicitó por última vez en forma verbal la adecuación en la prestación de los servicios bajo apercibimiento de una inminente rescisión. Dice que no fueron subsanadas las irregularidades, por lo que en fecha 05/04/2.017, Finamed S.A. le comunicó fehacientemente a la parte actora que prescindiría de sus prestaciones, rescisión que operaría a partir del 30/04/2.017, es decir, con casi un mes de anticipación.

Afirma que dadas las características del vínculo que relacionó a las partes comercial y contractualmente, se trató de un contrato de locación de servicios de renovación mensual en función de la subsistencia del interés de ambas partes en mantener la relación, por lo que concluye que no se estipuló un plazo cierto de contrato sino que se renovaba mensualmente, estando facultada cualquiera de las partes para poner fin al vínculo al término de cualquiera de estos períodos mensuales.

Amplía sus dichos indicando que en el caso de autos fue la hoy actora Grupo Marsan S.A. quien unilateralmente aumentó el costo del servicio prestado, facturando de manera repentina montos excesivamente elevados en comparación a los convenidos en principio por las partes, conducta que motivó la rescisión por justa causa.

Señala que su mandante, ante la modificación unilateral del costo del servicio decidió abonar solo lo acordado por las partes como canon locativo, por lo que el reclamo por supuestos saldos restantes ante pagos parciales es arbitrario e improcedente.

Expone, por último, que su mandante cumplió con un preaviso razonable para culminar el contrato y, asimismo, contó con una justa causa, como lo fue el aumento intempestivo y unilateral del canon locativo, para la ruptura contractual, considerando sorprendente que, transcurridos varios meses desde que operó la extinción de la relación contractual se invoque la falta de un supuesto preaviso y supuestas deudas mensuales derivadas de la imposición unilateral de un canon locativo para pretender ilegítimamente el cobro de una cuantiosa indemnización que no corresponde.

Ofrece prueba y funda en derecho.

III.- A fs. 106/107 obra traslado de la contestación del responde de la demandada, efectuado por la actora.

A fs. 112 se ordena la realización de la audiencia preliminar, la que es celebrada conforme constancia de fs. 115/116, ordenándose la sustanciación de la causa.

A fs. 120/126 se agrega informe de SPEC, seguridad privada.

A fs. 132/134 obra informe pericial contable, el que fuera observado por la parte actora a fs. 137, y por la parte demandada a fs. 141/142.

A fs. 147 consta la realización de la audiencia final con rendición de los testimonios ofrecidos.

A fs. 149, 151, 157, 161 obran constancias de los cuartos intermedios y pedidos de suspensión solicitados a fin de lograr un acuerdo conciliatorio.

A fs. 176/195 se agregan los alegatos de las partes, de conformidad a lo ordenado a fs. 151.

A fs. 196 queda la causa en estado de sentencia.

Y CONSIDERANDO:

Que se trae a conocimiento del tribunal una demanda de cobro de pesos emergente de una relación contractual entre actora y demandada, por la cual la primera le prestaba un servicio de vigilancia a la segunda, cuyo reclamo se encuentra dividido en dos partes: 1) deudas por facturación, y 2) omisión de preaviso a los términos del art. 1279 CCyCN (servicios continuados).

A fin de dar un orden a las cuestiones planteadas, estimo exponer – en primer lugar- sobre la plataforma fáctica, luego sobre el encuadre jurídico de la cuestión, para dar finalmente la solución que estimo aplicable al caso.

1) Plataforma fáctica.

Ambas partes reconocen que la modalidad del contrato era un “locación de servicios”. Así lo expresa la parte actora en su escrito de demanda (fs. 87 vta.), y la demandada en su contestación (fs. 100).

A quedado probado de que la relación fue no escrita (o verbal) habiendo comenzado entre el año 2008 conforme testimonial en audiencia oral de Luis Felipe Falanga y dichos de las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación.

Surge del informe pericial contable glosado a fs. 133/134, que la facturación comenzó a efectuarse en mes de mayo de 2015 (conforme factura N° 2-299 de fecha 01/06/2015, que facturó los servicios desde el mes de mayo de 2015), que la finalización de la facturación se verificó en el mes de abril de 2017, más precisamente en fecha 30 de abril como consecuencia de la notificación cursada por Finamed S.A. (Hospital Italiano) en fecha 5 de abril de 2017.

Allí fue cuando se le comunicó a Marsan S.A. que Finamed SA había decidido rescindir el contrato a partir del 30 de abril, prescindiendo de los servicios de vigilancia prestados bajo la modalidad de locación de servicios y facturados mensualmente, según la leyenda de la nota cuya copia se encuentra glosada a fs. 4. La notificación fue firmada por el presidente de Marsan S.A. –Luis Mujica- quién se notificó bajo protesto con la siguiente leyenda: *“Me notifico de la rescisión unilateral del contrato de servicios continuados dispuesta por Finamed S.A. en este acto. Por lo tanto hago reserva de reclamar al preaviso omitido con razonable anticipación en los términos del artículo 1279 del Código Civil y Comercial de la Nación. Fdo. Luis Mujica (DNI 22.154.332)”*

Contemporánea a esta nota, obra “Orden de Pago” (la que en copia obra a fs. 5) por la suma de \$ 163.461,60 en donde Luis Mujica por Marsan S.A. firma bajo protesta con la siguiente leyenda: *“Recibo cheque N° 78675843 bajo protesto de no ser cancelatorio de la factura N° 00200380 por los Servicios Prestado de Enero de 2017 respectivamente. Fdo. Luis Mujica (DNI 22.154.332).”*

Consta también un acta notarial extraprotocolar de notificación a solicitud de Finamed S.A. a Marsan S.A. que contesta el acta extraprotololar de notificación y emplazamiento efectuado por la actora, en donde los demandados niegan el reclamo efectuado por la actora en especial que adeuden sumas de dinero referidas a la facturación en razón de los montos abonados por los periodos que van de julio 2015 a abril de 2017, los que según dice la demandada, fueron aceptados por la actora, desconociendo los reclamos (ver copia de la referida acta de fecha 17/07/2017).

Por su parte las testimoniales de Luis Felipe Falanga, María del Rosario Ruiz y Marcelo Funes, rendidas en la causa ante mi presencia en audiencia oral video-grabada (ver constancia de fs. 147) son coincidentes en

que la relación contractual entre las partes comenzó en el año 2008, que no había un contrato escrito entre las partes (Marsan S.A. y Finamed S.A.), que era una relación de confianza, que con la restructuración del hospital se comienzan a revisar los contratos, que se intentaron una renegociación amigable en razón de la diferencias del precio del valor de la locación.

De este plexo probatorio concluyo en lo siguiente en la siguiente plataforma fáctica:

- 1) se trata de contrato de locación de servicios;
- 2) de forma no escrita;
- 3) de plazo indeterminado;
- 4) de duración de aproximadamente 9 años;
- 5) con facturación desde el 2015 al 2017.
- 6) se intentaron negociaciones para acordar el precio de la locación;
- 7) en donde la parte demandada rescindió unilateralmente, dando un preaviso de aproximadamente un mes;
- 8) y en la que la parte actora hizo una reserva de cobrar diferencias de precio por los servicios prestados desde Enero de 2017 a Abril de 2017, es decir por cuatro meses (conforme orden de pago de fecha 05/04/2017, glosada a fs. 5).

2) Encuadre legal.

- a) El contrato por tiempo indeterminado.

Siguiendo a Andrés Sánchez Herrero, para entender un contrato de tiempo indeterminado debemos comenzar por su contraste, aunque sea una obviedad, el contrato que tiene un tiempo determinado, es decir, un plazo de duración y vencimiento determinado.

El tema toma relevancia –como en el presente caso- cuando una de las partes del contrato, sin invocar el incumplimiento de la otra, de manera unilateral quiere ponerle fin al contrato.

¿Puede o no hacerlo?

Claro es, que si está determinado en un contrato escrito puede hacerlo conforme a dicha convención.

Ahora bien, en los contratos de duración indeterminada la regla es que se puede rescindir el contrato, desde que existe el derecho a ponerle fin y evitar una duración a perpetuidad. Entonces, cualquiera de las partes puede ponerle fin, sin necesidad de una justa causa.

A partir de ahí tenemos que ver si hay algo pactado o no. Inclusive, aun existiendo convención sobre ello, pueden existir situaciones patológicas o abusivas (por ej. un plazo muy exiguo de preaviso), pero en general habrá que estar a lo pactado. Se tiene derecho a rescindirlo y a ejercer su derecho rescisorio de acuerdo a lo que es la previsión contractual.

Suponiendo que no existe una cláusula específica que hace a la rescisión –como en el presente caso- las reglas son las siguientes: 1) hay derecho a rescindir; 2) ese derecho rescisorio si bien no lo precisa con exactitud el nuevo código civil y comercial (CCyCN), si había sido reconocido por lo menos desde el año 1988 por la CSJN en un fallo señero “Automotores Saavedra S.A. c/ Fiat Argentina S.A.”, en donde había quedado claro que había un derecho a la rescisión unilateral (más allá de que la CS revocaba

el fallo de la Cámara Civil que había reconocido la indemnización de daños y perjuicios en un contrato de concesión comercial. Puede compulsarse en LA LEY, 1989-B, 4, con nota de Antonio Boggiano - LLC, 1989-390 - DJ, 1988-2-693 - JA, 1988-III-56).

Si bien el CCyCN no contiene una regla específica que reconozca este derecho de una forma general, si hay muchos contratos (concesión, agencia, suministro, contratos continuados, etc.) que presuponen o explicitan esta regla, por lo que podemos considerar como una regla general.

Como todo derecho, el derecho de rescindir se debe ejercer de buena fe, aunque es imposible cuantificar en abstracto, cuando un derecho se ejerce de buena fe. Para esta situación particular existen pautas orientativas para establecerlo, lo podemos concretar en la llamada doctrina de los “dos tiempos”. Si alguien quiere rescindir un contrato de buena fe, sin incurrir en responsabilidad, debe respetar dos tiempos: el “tiempo de amortización” y el “tiempo de preaviso”.

El “tiempo de amortización”, en general nuestra ley -el nuevo código -no establece plazos mínimos de duración. A falta de un plazo mínimo precisado por el legislador, podemos establecer que todo contrato tiene un plazo mínimo tácito de amortización que es el tiempo que el contratante necesita para poder recuperar lo que ha invertido en razón de ese contrato. No es que se le garantice el recupero de toda la inversión, pero si al menos el transcurso de un tiempo necesario para que haya tenido la posibilidad de recuperarla. De acá se desprende claramente que, si la rescisión se produjese antes de que haya transcurrido ese plazo, ese tiempo mínimo, sería una rescisión abusiva y por ende habrá que indemnizar la inversión no amortizada.

El cuanto al “tiempo de preaviso” está orientado a que, si uno de los contratantes le va a poner fin al contrato, el otro tiene derecho a que se le

avise con suficiente tiempo de anticipación para que él pueda acogerse al cambio que se le viene. La “anticipación” de la rescisión en una derivación elemental de la “buena fe” en estos contratos.

¿Cuál es el tiempo de anticipación?

De nuevo tenemos que distinguimos dos escenarios. Si fue objeto de un pacto, se tiene que avisar dentro del término pactado (con la salvedad que antes se ha referido: que el plazo no sea abusivo). Si no fue objeto de un pacto hay que distinguir porque la ley en determinados contratos prevé un plazo de preaviso y hay que respetar como mínimo ese plazo de preaviso dispuesto, o en su defecto se tiene que dilucidar en forma prudencial conforme a las circunstancias del caso.

Ahora bien, en esta última hipótesis (interpretación en forma razonable y prudencial por el juez), que es lo que entiendo que corresponde hacer en la presente causa, se han usado algunas reglas para establecer un tiempo razonable que son protagónicas, por ejemplo: a mayor duración del contrato, el plazo de preaviso debe ser mayor; otra pauta es observar si el contrato era exclusivo o no, si era exclusivo tiene derecho a un mayor plazo de preaviso; también se ha observado la estructura, que en caso de ser mayor supone un preaviso proporcional para orientar nuevamente la inversión; otra regla puede ser la situación económica general, si la situación es regresiva tal vez necesite un tiempo mayor para reacomodarse que en una economía expansión.

b) Servicios continuados

Conforme el art. 1279 de CCyCN el contrato de servicios continuados puede pactarse por tiempo determinado. Si nada se ha estipulado, se entiende que lo ha sido por tiempo indeterminado. Cualquiera de las partes

puede poner fin al contrato de duración indeterminada; para ello debe dar preaviso con razonable anticipación.

Siguiendo la tesitura de los comentaristas en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” (en la obra de Ricardo Luis Lorenzetti, Tomo VI, Ed. Rubinzal –Culzoni Editores, 2015, pág. 841 y sgtes.) el texto disciplina de modo particular una especie de servicios, los de duración, a fin de atender a los problemas que genera, en ese caso, la extinción del contrato. Los servicios suponen para el receptor una actividad intangible, que habitualmente “...se agota con el consumo inicial y desaparece”. Dicha fugacidad hace que este contrato revista —a priori— el carácter de negocio instantáneo. Sin embargo, con frecuencia, la prestación es continua, o de ejecución continuada. Esta tensión entre instantaneidad y duración, que constituye una de las claves modernas de la teoría del contrato, se expresa fuertemente sobre el contrato de servicios.

El tema no es nuevo, y fue reconocido por el Código de Napoleón, en un texto que des-pertó diferentes interpretaciones y problemas hermenéuticos, que pudo haber llevado a Vélez a eludir una disposición específica. Sin embargo, con ello no se han evitado de-bates, en especial sobre la procedencia de la “rescisión unilateral” y sus efectos. Buscando superar dichas tensiones se encuentra el enunciado del artículo 1279, ante transcripto.

El texto es claro, y permite extraer las siguientes consideraciones:

1) el contrato de servicios puede ser instantáneo o de duración continuado (art. 1011). En el primer caso, las prestaciones se agotan en un solo momento, lo que no ocurre en el segundo, que fluyen en el tiempo. La temporalidad es aquí la nota principal;

2) el contrato de servicios continuado puede convenirse por tiempo determinado o ser indeterminado, en este último supuesto, por voluntad de las propias partes, o cuando nada se ha previsto al respecto;

3) habiendo plazo contractual, las partes deben atenerse al plan prestacional acordado, salvo pacto en contrario, que acepte la "rescisión unilateral" (art. 1077), dado que fuera de los casos expresamente previstos de denuncia de contratos, la extinción parece inicialmente acotada, al menos a la luz de lo previsto en el último párrafo del artículo 1011 —aplicable a los contratos de duración—, en donde se dispone que "La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos";

4) en el contrato de duración indeterminada, se reconoce legalmente la "rescisión unilateral", aunque "...para ello debe dar preaviso con razonable anticipación". La precisión de su alcance queda diferida a las circunstancias particulares de cada negocio, tamizado por el estándar de la "razonabilidad". A ello pueden contribuir —por analogía— las reglas específicas sobre preaviso insertas en la tipificación de los diferentes contratos de colaboración empresarial;

5) una situación particular se presenta en el contrato de servicio de consumo. Allí: a) no puede aceptarse de manera general la existencia de una pretensión rescisoria a favor del proveedor, sino condicionada a la naturaleza del servicio. En tal sentido, existen fuertes restricciones en algunos sectores de servicios, especialmente ligados al área educativa y de salud. Así ocurre en los contratos de servicios educativos privados y en el contrato de medicina prepaga; b) el consumidor se encuentra particularmente protegido por el artículo 10 ter —incorporado a la Ley de Defensa del Consumidor por la reforma introducida por la ley 26.361—, el cual estatuye que "Cuando la contratación de un servicio, incluidos los

servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación. La empresa receptora del pedido de rescisión del servicio deberá enviar sin cargo al domicilio del consumidor o usuario una constancia fehaciente dentro de las setenta y dos (72) horas posteriores a la recepción del pedido de rescisión. Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario". Como se observa, la misma ha sido pensada para regular los modos de ejercer la rescisión en los contratos de servicios celebrados por medios electrónicos, aunque lo hace partiendo de la premisa general de reconocer al consumidor de servicios una potestad rescisoria. Es evidente que el fin inmediato es obligar a las prestadoras a informar la recepción de la voluntad rescisoria expresada por el consumidor —en sintonía con el derecho al trato digno que le asiste—, pero indirectamente sirve para explicitar un régimen rescisorio especial a favor del usuario en el campo de los servicios.

c) Algunos casos jurisprudenciales en la provincia de Mendoza.

Por citar solo alguno, puede verse la sentencia de fecha 4/02/2014 de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mendoza, en la causa 50.098 caratulados: "ALVARADO MABEL NANCY C/ GANUN Y ASOCIADOS S.A. P/ D Y P" (LL 2014-E.77, con nota de Lucas Ramírez Bosco). Allí, buscando criterios de integración a la laguna legal, se dijo que "En el supuesto de rescisión intempestiva del contrato de locación de servicios profesionales —aun cuando aquél carezca de plazo— se debe abonar al afectado una indemnización que le permita recomponer la situación en que quedara como consecuencia del cese de la relación, sin embargo para su fijación no deben tenerse en cuenta las pautas dadas por el Derecho Laboral, sino que corresponde la aplicación analógica de los casos de rupturas intempestivas de los contratos de distribución".

3) Aplicación de los conceptos al caso y su solución.

Dado como ha quedado fijada la plataforma fáctica, estimo que la acción procede solo parcialmente en ambos reclamos solicitados por la actora.

a) Reclamo por preaviso:

Se ha establecido que en el caso la demandada tenía la facultad o derecho a rescindir el contrato de locación de servicios, empero ante la falta del supuesto del art. 1077 del CCyCN, debería haberse dado la oportunidad establecida por el artículo 1011 del mismo cuerpo legal —aplicable a los contratos de duración—, en donde se dispone que *"La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos"*. Entiendo que la oportunidad, conforme surge de las testimoniales de la causa, existió. Sin embargo, la demandada ante su voluntad unilateral de rescindir el contrato debió haber dado "preaviso con razonable anticipación", que no se encuentra en casi menos de un mes conforme surge la comunicación de fecha 5/04/2017, antes valorada, plazo que en mi entendimiento no resulta razonable.

Ahora bien, anteriormente he hecho referencia a las pautas de interpretación razonable y prudencial a las que puede acudir el juez para establecer el plazo de preaviso conforme a las particularidades del caso.

Advierto en este sentido, también, que la parte actora no ha producido pruebas contundentes destinadas a la afectación de la restructuración de la empresa, o su exclusividad con Finamed, o su afectación de inversión, o su situación económica desfavorable a principios del año 2017, etc. Solo ha logrado acreditar un plazo de contratación por el término de nueve (9) años.

En razón de ello, estimo que en el caso no puede asimilarse al resultado por la Cámara Civil, entendiendo que el plazo razonable debió haber sido de cuatro (4) meses, por lo que restando el mes que dio Finamed, la compensación económica debe subsumirse a tres (3) meses, respecto de la última facturación conforme orden de pago de fecha 05/04/2017 (ver fs. 5). En consecuencia, debe siendo que esa factura abonó un importe neto de \$ 163.461,60, la suma multiplicada por (tres) 3 arroja un monto de \$ 490384,80, suma de condena con más los intereses legales adeudados desde la fecha de la finalización del contrato, esto es, 30/4/2017 conforme notificación de fecha 5/4/2017 (ver fs. 4).

b) Reclamo por diferencias de precio en el contrato de locación.

En cuanto al reclamo por diferencias de precio por la locación de servicios, solo existe una reserva bajo protesta, antes valorada, en la “orden de pago” tantas veces indicada de fecha 05/04/2017, cuya reserva fue por diferencias de precio correspondiente a los meses de enero a abril de 2017.

Sabido es que el principio general y autónomo de los “actos propios”, es una herramienta conceptual de la buena fe y un standard constante en el derecho privado, administrativo, procesal, impositivo, penal e internacional. El sustrato ético de esta postura es innegable y, el sistema jurídico no ha hecho otra cosa que internalizar estas pautas y está bien que así acontezca, pues el plexo axiológico subyacente con neto soporte fáctico es vulnerado cuando existe una conducta consecuente que no coincide con su antecedente.

La doctrina de los actos propios, conocida en latín bajo la fórmula “non venire contra factum proprium”, proclama el principio general de derecho que establece la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos hechos con anterioridad; es decir, prohíbe que una persona pueda ir contra su propio

comportamiento mostrado con anterioridad para limitar los derechos de otra. El "venire..." es un modelo objetivo de conducta constitutivo de un principio general del derecho autónomo y residual y también es uno de los medios a través del cual controlan los llamados "poderes privados". Constituye un límite de los derechos subjetivos que obliga a un deber jurídico de tipo positivo: coherencia con la propia conducta.

Sentado lo anterior, corresponde señalar que la postura del actor en su demanda contradice la aludida doctrina en relación a la susodicha "orden de pago", por él firmada y bajo protesto.

En consecuencia, solo puede proceder la demanda –en este sentido– por la diferencia de precio respecto de estos cuatro (4) meses.

A fin de establecer el monto, advierto que el perito contador actuante en autos nunca contestó las impugnaciones, empero tampoco ambas partes del proceso impulsaron la actuación.

El perito contador dice que de la compulsa de los estados de cuenta de Grupo Marsan S.A., facturas emitidas por la actora, se verifica como inicio de la prestación de servicios en el mes de mayo de 2015, conforme se acompaña factura N° 2-299 de fecha 01/06/2015 en la que se factura los servicios del mes de mayo 2015. En cuanto a la finalización de la misma, se verifica factura por los servicios del mes de abril 2017. Se verifica acta Policial de la exposición realizada por la actora quien manifiesta que deja de prestar servicios en el Hospital Italiano. Dicha fecha coincide con lo expuesto por la demandada en su contestación de demanda quien manifiesta que notificó a la actora informando la rescisión a partir del 30/04/2017.

Agrega el experto que de la compulsa de las facturas electrónicas emitidas por la actora se verifica: mayo y junio 2015 \$63,60 la unidad; agosto 2015 \$ 70 la unidad; setiembre y octubre de 2015 \$77 la unidad; noviembre

y diciembre de 2015 \$84,70; de enero de 2016 a junio de 2016 \$93,17 la unidad; de julio de 2016 a noviembre de 2016 \$116,47 la unidad; de diciembre de 2016 a abril de 2017 \$130,45 la unidad.

Verifico conforme las ultimas factura, cuyas copias se encuentran glosadas a fs. 75/78, lo siguiente:

06/02/2017 Factura N° 0002-00000380 \$ 234.872,62

01/03/2017 Factura N° 0002-00000382 \$ 212.143,01

04/04/2017 Factura N° 0002-00000384 \$ 234.872,62

03/05/2017 Factura N° 0002-00000387 \$ 227.296,08

Ahora bien, no encuentro los elementos suficientes para dar por acreditado cuanto fue lo que efectivamente la demandada pagó por estos conceptos a fin de poder establecer el monto de la condena conforme a los parámetros que he indicado.

Es por ello, a fin de la condena, que el perito contador deberá establecer cuánto fue lo que abonó la actora por estos conceptos y factura, e indicar el saldo y la diferencia respecto de los cuatros meses indicados, que es por lo que prospera el reclamo. El perito deberá completar el informe en este sentido, bajo apercibimiento de perder los honorarios (art. 183 inc. IV y 19 del CPCCyT).

En definitiva, la demanda prospera parcialmente por la suma de Pesos Cuatrocientos Noventa Mil Trescientos Ochenta y Cuatro con 80/00 (\$ 490.384,80), más la suma que deberá determinar el perito contador actuante en autos conforme a las pautas dadas en esta sentencia por diferencia de precios en la locación de obra correspondiente a los meses de enero a abril del año 2017, todo con intereses legales.

4) Intereses.

Procede en la especie liquidar los intereses moratorios correspondientes en ambos rubros de condena a la tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina (Plenario Aguirre) desde la fecha de finalización del contrato, tiempo en el que debió haberse liquidados las sumas de dinero adeudadas, esto en fecha 30 de abril de 2017, conforme lo dispuesto por el art. 768 inc. c) del CCyCN, siendo la tasa aplicable la que fije para este supuesto las reglamentaciones del BCRA, hasta su efectivo pago, que a la fecha aún no ha sido establecida. Para el caso de que al momento del pago la misma no haya sido reglamentada por el Banco Central, se deberá aplicar la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (T.N.A.), ello hasta el 03/11/2017, fecha partir de la cual la tasa de interés aplicable es la establecida por el Fallo Plenario dictado in re “Citibank”, es decir, la Tasa para la línea de préstamos personales del Banco de la Nación Argentina denominados “Libre Destino” a 36 meses, hasta el 02/01/2018, fecha partir de la cual se aplicarán los intereses previstos en la ley 9041 hasta el efectivo pago.

5) Costas y Honorarios.

Atento a como se resuelve la cuestión, corresponde imponer las costas a la parte demandada en cuanto se hace lugar a la demanda; y a la actora en cuanto se rechaza.

Por lo expuesto;

RESUELVO:

I.- Hacer lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios incoada a fs. 87/90 por el Grupo Marsan S.A. y en consecuencia condenar a

Finamed S.A. a que el plazo de diez de firme la presente y liquidada la suma de dinero en la forma ordenada en la presente sentencia, pague al actor la suma de Pesos Cuatrocientos Noventa Mil Trescientos Ochenta y Cuatro con 80/00 (\$ 490.384,80), más la suma que deberá determinar el perito contador actuante en autos conforme a las pautas dadas en esta sentencia por diferencia de precios en la locación de obra correspondiente a los meses de enero a abril del año 2017, con más los intereses detallados en el acápite 5) de los considerandos de la presente sentencia.

II.- Imponer las costas a la parte demandada en cuanto se hace lugar a la demanda; y a la parte actora en cuanto se rechaza (art. 35 y 36 del CPCCyT).

III.- Diferir la regulación de honorarios hasta la oportunidad en que quede determinado por el perito contador la restante suma de condena.

REGÍSTRESE – NOTIFÍQUESE. -

DR. JUAN DARIO PENISSE

Juez Civil y Comercial

2) SENTENCIA DE CAMARA CIVIL⁸¹.

QUINTA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-04264523-5 (010305-55221) GRUPO MARSAN SA C/ FINAMED S.A. P/ COBRO DE PESOS *104336009*

En la Ciudad de Mendoza, a los 31 días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, se reúnen en Acuerdo las Ministros de la Excma. Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Primera Circunscripción Judicial, Dras. Carla Zanichelli y Beatriz Moureu, no así la Dra. Patricia Canela por encontrarse en uso de licencia, y traen a deliberación, para resolver en definitiva la causa N° 13-04264523-5 (010305-55221) caratulada “GRUPO MARSAN SA C/ FINAMED S.A. P/ COBRO DE PESOS” originaria del Tribunal de Gestión Asociada Primero de la Primera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia a mérito de los recursos de apelación interpuestos a fs. 207 y 210 en contra de la sentencia dictada a fs. 197/205.

Llamados los autos para sentencia a fojas 413, de conformidad a lo previsto por los arts. 135 ap. III y 140 del C.P.C.C.y T., se determinó el siguiente orden de estudio: Zanichelli, Canela y Moureu.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución de la Provincia de Mendoza y 141 del Código Procesal Civil, se plantearon las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada?

⁸¹ <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8415333450>

SEGUNDA: Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. CARLA ZANICHELLI
DIJO:

I- Vienen los autos a este Tribunal en virtud de los recursos de apelación planteados por la accionante y demandada en contra de la sentencia que hace lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios incoada por el Grupo Marsan S.A. y en consecuencia condena a Finamed S.A. a que pague a la actora la suma de \$ 490.384,80, más la suma que deberá determinar el perito contador actuante en autos conforme a las pautas dadas en la sentencia por diferencia de precios en la locación de obra correspondiente a los meses de enero a abril del año 2017, con más intereses; impone las costas a la parte demandada en cuanto se hace lugar a la demanda; y a la parte actora en cuanto se rechaza y difiere la regulación de honorarios.

Refiere que entre las partes medió un contrato de locación de servicios –de vigilancia- celebrado en forma verbal en el año 2008 en tanto que la facturación comenzó a efectuarse en mes de mayo de 2015 finalizando en el mes de abril de 2017, más precisamente en fecha 30 de abril como consecuencia de la notificación cursada el 5 de abril del 2017 por Finamed S.A. (Hospital Italiano) comunicándole la decisión de rescindir el contrato a partir del 30 de abril, extremos que extrae de la prueba testimonial y pericial contable producidas en la causa, de la que también surge, afirma, que era un contrato de plazo indeterminado y que se intentaron negociaciones para acordar el precio de la locación las que fracasaron. Agrega que la parte actora hizo una reserva de cobrar diferencias de precio por los servicios prestados desde enero de 2017 a abril de 2017, es decir por cuatro meses (conforme orden de pago de fecha 05/04/2017, glosada a fs. 5).

Destaca que conforme el art. 1279 de CCyCN el contrato de servicios continuados puede pactarse por tiempo determinado y si nada se ha estipulado, se entiende que lo ha sido por tiempo indeterminado, pudiendo cualquiera de las partes poner fin al contrato con un preaviso con razonable anticipación.

Sostiene el Juez de gado que en el caso la demandada tenía el derecho a rescindir el contrato de locación de servicios, empero ante la falta del supuesto del art. 1077 del CCyCN, debería haberse dado la oportunidad establecida por el artículo 1011 del mismo cuerpo legal — aplicable a los contratos de duración—, en donde se dispone que la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos. Agrega que la oportunidad, conforme surge de las testimoniales de la causa, existió pero que, sin embargo, la demandada ante su voluntad unilateral de rescindir el contrato no le dio un plazo razonable de anticipación dado que el mismo fue menor a un mes.

Pondera que la parte actora no ha producido pruebas contundentes destinadas a acreditar la afectación de la restructuración de la empresa, su exclusividad con Finamed, su afectación de inversión, o su situación económica desfavorable a principios del año 2017, etc y que sólo ha logrado demostrar un plazo de contratación por el término de nueve (9) años.

Estima por tanto, como razonable un plazo de preaviso de cuatro meses por lo que restando el mes que dio Finamed, la compensación económica debe subsumirse a tres (3) meses, respecto de la última facturación conforme orden de pago de fecha 05/04/2017 \$ 163.461,60- suma que multiplicada por tres arroja un monto de \$ 490.384,80, suma de condena con más los intereses legales adeudados desde la fecha de la finalización del contrato, esto es, 30/4/2017 conforme notificación de fecha 5/4/2017.

En cuanto al reclamo por diferencias de precio por la locación de servicios tiene en cuenta el juzgador que sólo existe una reserva bajo protesta, en la “orden de pago” de fecha 05/04/2017, cuya reserva fue por diferencias de precio correspondiente a los meses de enero a abril de 2017. Afirma en este aspecto que la postura del actor en su demanda contradice la aludida doctrina en relación a la referida “orden de pago, por él firmada y bajo protesta, por lo que concluye que sólo puede proceder la demanda – en este sentido- por la diferencia de precio respecto de estos cuatro (4) meses.

En punto al monto de esa diferencia, señala que no encuentra los elementos suficientes para dar por acreditado cuánto fue lo que efectivamente la demandada pagó por estos conceptos a fin de poder establecer el monto de la condena, por lo que entiende que el perito contador designado en la causa deberá establecer cuánto fue lo que abonó la actora por estos conceptos y factura, e indicar el saldo y la diferencia respecto de los cuatros meses indicados, que es por lo que prospera el reclamo.

II- A fs. 532/537 expresa agravios la demandada.

Se agravia de la indemnización fijada en el decisorio apelado por considerar la misma excesiva y no ajustada la realidad de los hechos.

Arguye que su parte poseía la facultad de resolver el contrato en cualquier momento, porque no estaba obligada indefinidamente a continuar con un servicio que no satisfacía sus intereses y que la actora ya estaba avisada en las negociaciones que se mantuvieron durante los últimos meses del contrato de una inminente rescisión ante las dificultades planteadas, y lo que hizo su parte fue formalizar por notificación fehaciente lo que ya le había comunicado de manera verbal, extremos que considera acreditados a través de la testimonial rendida. En razón de ello, expresa, el plazo otorgado en realidad no fue exiguo, porque la actora no trabajaba en exclusividad para

la demandada y no tenía que desmontar toda una estructura empresarial para dejar de cumplir funciones para el Hospital, sino que sólo tenía que retirar de las instalaciones a dos personas, por lo que el distracto no le ocasionó perjuicios y el mes otorgado era más que suficiente para retirarse.

Se queja de que no se haya meritado la testimonial de Rosario Ruiz la que da cuenta que la desvinculación entre las partes fue amigable y sin ningún problema, como que también que se les había anoticiado en las conversaciones mantenidas, que el contrato quedaría sin efecto.

Insiste en que existía un desgaste total del vínculo, previo a la ruptura, por más esfuerzos que se realizaron por mantener la cordialidad a la hora de negociar y culminar el contrato, que hacía imposible continuar por más tiempo con el mismo ya que no existió forma de llegar a un acuerdo. Agrega que si se le otorgaba un plazo mayor al mes, tal como se encontraba la relación contractual, su parte habría quedado expuesta a la voluntad de la actora cuyo interés en el adecuado cumplimiento del contrato lo había perdido por lo antes manifestado y que tratándose del servicio de vigilancia y seguridad, era de fundamental importancia terminar la relación contractual al no llegar a un acuerdo con la actora y contratar un servicio que estuviera a la altura de las necesidades expuestas por el Hospital, por lo que el mes concedido de preaviso resultó más que suficiente .

Insiste en que el preaviso de un mes fue razonable por la situación y el contexto planteado entre las partes y así solicita sea resuelto por esta Cámara.

Asimismo, se queja de la condena respecto a la diferencia de precio del servicio, en tanto los testigos presentados explicaron que el aumento fue efectuado en forma unilateral, que no había acuerdo por parte del Hospital y que por esa circunstancia se le pagaba a la actora, las sumas autorizadas por la administración del mismo. Señala que independientemente de las diferencias entre la facturación y lo pagado, la actora recibía el pago de

conformidad, se le reclamaba las notas de crédito que nunca acompañó, en el afán de presionar a su parte al pago de sumas no acordadas, extremo que considera acreditado a través de la testimonial de Luis Felipe Falanga el que también informa que el Grupo Marsan S.A de repente facturó un monto distinto al que pactaba con el Director del Hospital, facturación que no era consultada con el mismo y que a pesar de esa diferencia de facturación igualmente se llevaba el pago.

Suma a lo dicho que el protesto efectuado en dichas facturas, fue hecho de mala fe por la actora porque no tenía intención de llegar a un acuerdo sino imponer su propia voluntad por encima de la relación contractual que habían mantenido las partes, razón por la que, estima, no corresponde que se le otorgue un reconocimiento por diferencias de precios de las facturas detalladas en la sentencia y mucho menos que se le aplique intereses que elevarán cualquier suma a montos que están por afuera de la voluntad de ambas partes.

En definitiva; se queja de la valoración de la prueba que considera esencial para la resolución del litigio.

III.- Corrido traslado de la expresión de agravios a fs. 540/546 contesta la parte actora quien solicita el rechazo del recuro por las razones que expone las que doy por reproducidas en honor a la brevedad.

IV.- A fs. 553/561 expresa agravios la parte actora.

Impugna la cuantía del preaviso fijada en la sentencia como también la diferencia de facturación por los servicios prestados reconocida en la misma.

En punto a lo primero señala que se debió condenar a la demandada a pagar una indemnización en función de la fórmula del art. 1492 CCyC equivalente a un mes de preaviso por cada año de servicio (teniendo en cuenta la facturación de GRUPO MARSAN S.A.), ascendiendo el total a abonar -por esta omisión del preaviso- a la suma de \$ 1.969.336, sin

condicionar el pago de la misma a la prueba de hechos o circunstancias particulares contundentes destinadas a la afectación de la restructuración de la empresa, o su exclusividad con Finamed, o su afectación de inversión, o su situación económica desfavorable a principios del año 2017, etc., como se expresa en la resolución recurrida.

En este aspecto destaca que ha quedado probado que ambas partes estuvieron unidas contractualmente a través de un contrato de prestación de servicios profesionales continuados (de seguridad privada) de plazo indeterminado y durante 9 años y que la accionada rescindió con fecha 30/4/17 el contrato de vigilancia celebrado oportunamente, sin justa causa. Señala que jamás existió un acuerdo rescisorio del vínculo contractual ni tácito, ni expreso y que si bien la demandada tenía derecho a rescindir no podía hacerlo abusivamente que fue lo que ocurrió al conceder un solo mes de preaviso.

Alega que la omisión por parte de la demandada de otorgar el preaviso correspondiente la obliga a indemnizar, siendo su responsabilidad de tipo objetiva.

En cuanto a la extensión de ese preaviso entiende, siguiendo la postura que califica de mayoritaria, que debe aplicarse el mecanismo de los contratos de distribución y, en particular, del contrato de agencia conforme art. 1492 CCyC , es decir un mes por cada año de servicio.

Como segundo agravio señala que siendo la determinación del plazo de preaviso y su razonabilidad, un tema discutido doctrinal y jurisprudencialmente, no se le debieron imponer las costas por lo que no prospera el rubro en cuestión, al haber tenido razón valedera para litigar.

Como tercera crítica argumenta que a pesar de que la sentencia recurrida sostiene la postura minoritaria, en el sentido de que hay que atenerse a las circunstancias del caso para fijar la indemnización (situación económico financiera en la que quedó emplazada la parte contratante luego

de la rescisión abusiva, por ejemplo) y no aplicar la regla un mes por cada año de vigencia del contrato, el juez se desentiende y no considera prueba y circunstancias de la causa que son relevantes para establecer como razonable un plazo mayor a los 4 meses de preaviso, como son todos los datos económicos financieros que obran en el expediente por beneficio para litigar sin gastos que claramente demuestran la relación de causa efecto que se produjo con motivo de la rescisión del contrato.

Califica a la sentencia dictada de arbitraria y, manifiesta que ante la rescisión intempestiva del contrato que había durado 9 años, la accionante se quedó sin su ingreso principal, lo que la perjudicó de manera grave desde el punto de vista económico.

Reitera que desde la desvinculación contractual abusiva por parte de la accionada quedó probado con los estados contables correspondientes a los años 2015, 2016, 2017 y 2018 que sus egresos fueron mayores a sus ingresos y que la empresa se hallaba en graves dificultades económico-financieras, a tal punto que le impedían pagar las gabelas de ley y, de esa manera, demandar a quien la había llevado a esa situación catastrófica.

Critica que solo se haya reconocido parcialmente (circunscripto al período enero/abril 2017) el derecho a cobrar la diferencia de honorarios insolutos entre lo facturado y lo efectivamente pagado.

En este aspecto se queja de que no se haya aplicado la teoría de los actos propios, respecto de la conducta de la demandada, quien aprovechó el IVA de todas las facturas emitidas y no sólo con respecto al monto que efectivamente se pagó de las mismas (sensiblemente menor a lo facturado).

Refiere que ha sido probado que desde julio de 2015 hasta abril de 2017, emitió mensualmente las facturas respectivas y la demandada las recibió sin objeción y las abonó pero parcialmente, acumulándose una importante deuda a la fecha de la interposición de la demanda en concepto de diferencias de honorarios impagos de cada una de las facturas. Señala

que la diferencia entre lo que abonaba la demandada y lo que debía abonar resultó probado en primera instancia tras comparar el abono mensual hasta junio de 2015 y su respectivo pago por FINAMED S.A. en relación a lo que abonó efectivamente la accionada a partir de ese mes.

Continúa diciendo que la pericia contable corrobora la deuda contraída por FINAMED S.A. e incluso detecta que la misma es "mayor" -a través del saldo insoluto acumulado- que asciende a \$ 1.617.195,70 y que la demandada silencio y brindó luego respuesta tardía al emplazamiento notarial extrajudicial de fecha 6/6/17, el que recién fue contestado el 17/7/17 (art. 263 CCyC), en el cual se reclamaba esta deuda por honorarios impagos. Señala que igual temperamento se sigue de las declaraciones de los testigos -trabajadores de la demandada FINAMED- quienes señalan que esta última durante más de un año y mensualmente, recibió cada una de las facturas emitidas por la suma acordada por las partes, tomándose el IVA como crédito fiscal sobre el monto "facturado" y no sobre el efectivamente pagado.

V.- Corrido traslado a la parte demandada a fs,. 564/569 contesta peticionando el rechazo del recurso por los motivos que esgrime a los que también remito brevitatis causa.

VI.- Adelanto mi opinión desfavorable a la procedencia de los recursos en trato.

Pasaré al estudio de los agravios haciendo la aclaración que no me encuentro obligada al análisis de todos los argumentos expresados sino solo de aquéllos que efectivamente sean conducentes a la solución del pleito (ver CSJN, "Fallos": 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", Tº I, pág. 825; Fenocchiato Arazí. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado", T 1, pág. 620). Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para

resolver el conflicto (art. 386, in fine, del ritual; CSJN, "Fallos": 274:113; 280:3201).

Tal como lo pone de relieve el Juez de la instancia precedente no ha sido objeto de controversia que entre las partes medió un contrato de locación de servicios por el cual la accionante le prestaba el servicio de seguridad a la demandada, sociedad titular del Hospital Italiano. Tampoco ha sido discutido que dicho contrato era verbal y que no tenía un plazo de duración definida, sino que, por el contrario del relato de los hechos efectuado tanto en la demanda como en su respuesta y de los distintos elementos incorporados a la causa, surge que el mismo era por tiempo indeterminado y que la relación se mantuvo durante nueve años -hasta el mes de abril del 2017-, fecha en que finalizó por la decisión unilateral de la demandada.

La cuestión a dilucidar ante esta alzada es si por dicha rescisión la demandada debió otorgar un preaviso mayor al concedido que fue de un mes y la diferencia del precio por la prestación del servicio.

Ahora bien, la ausencia de plazo de duración del contrato, no denota de modo alguno una relación accidental, momentánea u ocasional, sino un nexo negocial sistemático e indeterminado temporalmente, que se encuentra destinado a perdurar en tanto convenga a los intereses de los contratantes. Es que no ha sido controvertido que dicha vinculación fue de ejecución permanente, esto es, estamos en presencia de un contrato de tracto sucesivo y no de contratos aislados y esporádicos.

Sabido es que cuando la convención es por tiempo incierto cualquiera de los interesados está habilitado para denunciarlo. Es decir, dentro de este ámbito corresponde distinguir la resolución por incumplimiento (arts. 1083 y ss. Del CCCN), de la rescisión unilateral objetivamente incausada, es decir fundada únicamente en la voluntad de alguno de los contratantes. La resolución implica siempre el incumplimiento de una de las partes, y la

opción de la otra, expresa o tácita, de resolver el contrato, en lugar de exigir su cumplimiento. En cambio, la rescisión, que en principio es la derogación del contrato por voluntad de ambas partes, reconoce casos en que puede ser decidida unilateralmente.

En la actualidad la rescisión unilateral se encuentra reglamentada en los arts. 1077 y 1078 y es tratada como una especie de extinción de los contratos por declaración de una de las partes.

Antes de la reforma existían dos posturas. Por un lado, un sector minoritario afirmaba que la rescisión era exclusivamente el “mutuo disenso” o “distracto”, un verdadero contrato extintivo. En tanto que la mayoría la definía como la “declaración unilateral de voluntad, de carácter recepticio, por la cual una de las partes extingue el contrato con efecto inmediato (denuncia sin plazo) o en un tiempo posterior (denuncia a plazo). Es típica de los contratos de tracto sucesivo” (cfr. Lavallo Cobo, J.E. su comentario al art. 1200 en “Código Civil y leyes complementarias, comentado y anotado”, tomo 5, pág. 946, Ed. Astrea, 1984).

El nuevo régimen adopta la postura mayoritaria y así en comentario al art. 1077 se ha dicho que “la rescisión unilateral es una causal extintiva, de fuente convencional o legal, ejercida por una de las partes y que no requiere expresión de causa” (conf. Hernández, Carlos A., comentario al art. 1077 en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Dir. Lorenzetti, Ricardo Luis, tomo VI, pág. 169, Rubinzal Culzoni, 2015).

Como todo derecho, el de rescisión unilateral está excepcionalmente restringido en su ejercicio por las disposiciones de los arts. 9, 10, 1011 y cc. del CCCN, que impiden el ejercicio irregular de los derechos.

Es que, como es sabido, la regla moral que impone la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (arts. 9, 729 y 961 del CCCN) es un principio que integra el orden público porque tiende a obtener o mantener las condiciones de sustentación que se reputan

indispensables para que el contrato funcione ordenadamente como instrumento de justicia.

En otras palabras, esa libertad reconoce una limitación, cual es el deber de dar al cocontratante un preaviso por un lapso razonable a fin de facilitarle el reacomodamiento de la operatoria comercial. Si bien en principio no es lógico admitir una vinculación indefinida cuando se trata de un contrato por tiempo indeterminado, tampoco lo es que cualquiera de las partes pueda desligarse cuando lo considere pertinente, ejerciendo esta facultad de manera abusiva, desconsiderada o desmedida, pues ninguna está autorizada al cese abrupto de la relación: la ruptura del vínculo no es por tanto ilícita, sino que lo que puede revestir tal carácter es su intempestividad.

La jurisprudencia en forma reiterada y desde antiguo había resuelto que ante la existencia de un contrato de duración o de prestaciones fluyentes acordado verbalmente por las partes, que carece de previsión respecto al tiempo de conclusión de ese vínculo –tal como el aquí analizado–, si bien cualquiera de las partes se halla habilitada para producir unilateralmente y sin causa la conclusión del negocio sin que esa conducta pueda considerarse abusiva, si lo es cuando el ejercicio de esa facultad es intempestivo (cfr, C.N.Com., sala D, 3/12/96, “Trevani R c. Emergencias S.A.”, D.J. 19981-661/665).

La demandada aduce que el preaviso de un mes otorgado resulta adecuado al existir justa causa para la rescindir el contrato debido a ciertas “irregularidades” en la prestación del servicio; que la accionante ya sabía de manera anticipada el destino de la relación contractual; que el plazo de preaviso de un mes no fue exiguo en razón que el Hospital Italiano no era su único cliente y que no tenía que desmontar toda una estructura empresarial para dejar de cumplir funciones en dicho nosocomio. A su turno la parte actora solicita se conceda una indemnización por falta de preaviso en una suma equivalente a un mes por cada año de duración del contrato, en el caso 9 años por aplicación analógica del art. 1492 del CCCN.

En la actualidad, el Código Civil y Comercial prevé la necesidad del preaviso por ejemplo en los contratos de suministro, de agencia y de concesión, así como las consecuencias por el incumplimiento del deber de preavisar: otorgar una indemnización (conforme artículos 1179, 1492, 1493, 1508, 1509 y sus concordantes). En algunos supuestos prevé una indemnización determinada como en el contrato de agencia y de concesión en tanto que en otros –suministro, servicio- la indemnización no es tarifada.

Y así el art. 1279 referido a la prestación de servicios continuados, contrato que vinculara a las partes, expresa que “cualquiera de las partes puede poner fin al contrato de duración indeterminada; para ello debe dar preaviso con razonable anticipación”.

Estimo que la razonabilidad del preaviso queda diferida a las circunstancias particulares de cada negocio.

En este sentido se ha dicho que “la expresión “razonable anticipación” si bien resulta laxa, tiene su justificación en la variedad de actividades económicas que abarcan los contratos de servicios lo que conlleva la dificultad de encontrar un único plazo en común para todas ellas” (conf. Nasi Flavia, comentario al art. 1279 en “Código Civil y Comercial de la Nación”, Dir, Calvo Costa, Carlos A., tomo II, pág. 556, Bs. As. 2018).

Aprecio que el agravio esgrimido por la demandada en cuanto a la improcedencia de la indemnización por falta de preaviso suficiente no puede ser atendido al no haberse demostrado que existían justos motivos para dar por concluida la relación contractual que vinculara a las partes.

Es que los testigos solo hacen referencia que ante el cambio de titularidad de las acciones de la sociedad propietaria del hospital, no pudieron llegar a un acuerdo en punto al precio por el servicio. Incluso uno de ellos, la testigo María del Rosario Ruiz expone que la situación financiera del hospital no le permitía afrontar el precio que se venía pagando.

Por ello estimo que la demandada debía preavisar la rescisión como de hecho lo hizo (conf. fs. 4), pero con una antelación mayor compartiendo en este aspecto la solución adoptada por el Juez de grado, resultando por tanto inaudible la queja expresada en este sentido por la parte actora, quien invoca un plazo mayor.

Tengo para mí que el plazo fijado en la sentencia apelada resulta adecuado a las especiales condiciones de la relación que vinculara a las partes y los efectos que la extinción del vínculo pudiera haber originado.

Así surge de la prueba testimonial rendida que la demandada no era el único cliente de la accionante. El testigo Falanga afirma que el grupo Marsan prestaba servicios para el grupo Vila y bodega Lagarde. La testigo Ruiz afirma que lo hacían en bodegas. De la propia documentación aportada por la accionante surge que la misma brindaba servicio de seguridad en diferentes restaurantes, barrios privados, salones de eventos (conf. fs. 123).

Por otra parte, dada la índole de la actividad la ejecución del servicio sólo demandaba recursos humanos –vigiladores- sin que se requiriera de una gran infraestructura u inversiones de otra índole.

En suma, en atención a la naturaleza del contrato que vinculara a las partes y los recursos necesarios que la accionante debía utilizar para el desarrollo de la actividad, la que también era ejercida para otros clientes, considero que un preaviso de cuatro meses resulta razonable.

Fuera de ello, el argumento esgrimido ante esta alzada relativo a las repercusiones que la desvinculación produjo en la situación económica de la accionante no fue oportunamente invocado por lo que su tratamiento se encuentra vedado a este Tribunal.

Es que la sentencia apelada debe decidir las cuestiones deducidas por las partes en la traba de la listis, por lo que todo lo resuelto por el Juez a-quo, en cuanto causa agravio puede ser materia del recurso de apelación,

pero no es posible llevar a conocimiento del Tribunal de Alzada, defensas o cuestiones no sometidas a decisión del Juez de primera instancia, ni resueltas por tanto, en la sentencia. Admitir que la Cámara pueda resolver asuntos no discutidos crearía un estado de desigualdad y de indefensión entre las partes que tornaría absolutamente nulo el procedimiento de la apelación (conf. Podetti, Ramiro J., Tratado de los recursos, Bs. As., Ediar, 1957, fs. 146, Ibañez Frocham, Manuel J., Tratado de los recursos en el proceso civil, Bs. As., Omeba, 1963, fs. 193).

Por todo cuanto vengo exponiendo considero que los agravios expresados tanto por la parte actora como la accionada en punto a la extensión de la indemnización por preaviso resulta improcedentes debiendo por tanto confirmarse la sentencia en este aspecto.

Igual solución cabe en punto a la condena referida a la diferencia de precio por honorarios de la locación de servicios. La demandada afirma que nada debe en tanto que la accionante critica la extensión del crédito definido en la sentencia.

Estimo que la existencia del crédito por la diferencia entre lo pagado y lo realmente adeudado en concepto de honorarios se encuentra suficientemente acreditada a través de la pericial contable incorporada a fs. 133/134 en la que el perito informa el saldo impago, extremo que extrae de la documentación que allí detalla. Si bien tal informe fue observado, cabe destacar que no se completó el procedimiento de la impugnación establecido en el código procesal civil, por lo que la misma no debe ser tenida en cuenta pues no se agotó el contradictorio requerido para que el experto respondiera, perjudicando la falta de trámite a a quien hizo la impugnación y no a quien ofreció la prueba /(Expte.: 33930 - "CAGGIA, ESTELA IRENE Y OTS C/ GIARRATANA BRALLARD, HUGO ALBERTO P/ D. Y P.", 03/05/2012; 3° CÁMARA EN LO CIVIL; Expte. N° 52133 - ESPINDOLA, FERNANDA ELIZABETH C/

TRANSPORTES EL PLUMERILLO, S.A. S/ D. Y P. (ACCIDENTE DE TRÁNSITO”, 24/05/2016),.

Por otra parte, surge de la testimonial rendida que pagaban un precio menor debido a las dificultades financieras del hospital decisión que fuera adoptada por el nuevo directorio al haber cambiado la titularidad del paquete accionario. También debe tenerse en cuenta que los testigos refieren que la sociedad demandada recibía las facturas, y computaba su monto íntegro a los fines del cálculo del IVA.

La queja de la actora tampoco puede tener andamiaje positivo. Acuerdo con el decisorio de grado, en punto a la valoración de la conducta de la accionante quien consintió el pago de una suma menor a la consignada en las facturas emitidas, actitud que asumió durante un lapso de casi dos años, sin formular reserva alguna ni ejercer la facultad que le otorga el art. 901 del CCCN, a excepción de los últimos cuatro meses reconocidos en la sentencia. Tal argumento dirimente no ha sido adecuadamente refutado ante esta alzada.

Finalmente resta analizar la queja de la actora referida a las costas.

Más allá que tanto el código procesal derogado como el vigente adoptaron como regla general, el principio objetivo de la derrota procesal, es decir, que el vencido es el que debe soportar las costas del proceso sin excepcionar esa regla en caso de existir razón valedera para litigar salvo para los procesos de consumo (art. 204 inc. II del CPCCT), a diferencia del código nacional que sí lo contempla en su art. 68, lo cierto es que no vislumbro motivo alguno para apartarme del principio general reinante en la materia.

Si bien el tema puede ser objeto de discusión, lo cierto es que la accionante incluso insiste en su pretensión ante esta alzada, por lo que reitero, no existe ninguna razón que autorice apartarse de la regla de costas al vencido.

Por tal razón propicio el rechazo de los recursos incoados imponiéndose la confirmación de la sentencia venida en revisión.

Así voto.

Sobre la misma cuestión la Dra. Moureu adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN LA DRA. ZANICHELLI DIJO

Por el modo en que se resuelve la cuestión corresponde que las costas de ambos recursos sean soportadas por los recurrentes (art. 36 del CPCCT).

Así voto.

Sobre la misma cuestión la Dra. Moureu adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, procediéndose a dictar la sentencia que se inserta a continuación:

SENTENCIA:

Mendoza, 31 de agosto de 2.021.-

Y V I S T O S: Por lo que resulta del acuerdo, precedente el Tribunal

RESUELVE:

- I) Desestimar los recursos de apelación interpuestos a fs. 207 y 210 en contra de la sentencia dictada a fs. 197/205.
- II) Imponer las costas a los recurrentes.
- III) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se practique la de primera instancia.

NOTIFIQUESE. BAJEN.

DRA. CARLA ZANICHELLI

Juez de Cámara

DRA. BEATRIZ MOUREU

Juez de Cámara

F) BIBLIOGRAFIA

ACCIARRI, Hugo - IRIGOYEN TESTA, Matías

- “Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales”, publicado en RCyS 2011-VI, 22 Cita Online: AR/DOC/1189/2011

ALBANESI, María Victoria

- “Tratado de los contratos de empresa”, Tomo I, Ed. Abeledoperrot, obra colectiva.

ARIZA, Ariel

- “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo V, dirigido por LORENZETTI, Ricardo Luis, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, 2015.

BUERES, Alberto y CALVO COSTA, Carlos A.

- “Omisiones puras, ilicitud objetiva (amplia) y abuso del derecho”, Revista de Derecho de Daños; Año 2007, N° 2, pág. 21/52.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge

- “Teoría general de la responsabilidad civil”, 3a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.

CARAMELO, Gustavo, PICASSO Sebastián, HERRERA Marisa

- “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo III, Libro Tercero, Artículos 724 a 1250, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

CLUSELLAS Eduardo Gregorini

- “La ruptura intempestiva en la distribución comercial. Su situación antes y después del Código Civil y Comercial” LA LEY, 2018-C, 419

DE LORENZO, Miguel Federico

- “El daño y las causas de justificación”, en LL 2000-C.

DI CHIAZZA, Iván G.

- “Concesión y distribución en el Código Civil y Comercial. Problemática del plazo de duración y de preaviso por rescisión unilateral”; 4 de diciembre de 2014; LA LEY; Id SAIJ: DACF160386.
- “Contratos, Parte Especial”, AbeledoPerrot, 2019

DUGUIT, León

- “Les transformations générales du Droit privé”, París, 1912.

FREYTES, Alejandro,

- “La rescisión unilateral y los contratos de duración”, Revista de la Facultad”

GHERSI, Carlos A.

- “Responsabilidad civil”, ob. colectiva Director MOSSET ITURRASPE, Jorge, Ed. Hammurabi, 2 Reimpresión, 1997, pág. 41 y sgtes.

HERNANDEZ, Carlos A.

- “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo VI, dirigido por LORENZETTI, Ricardo Luis, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída,

- “Funciones y fines de la responsabilidad civil”, en Homenaje a los Congresos de Derecho Civil (1927- 1937 - 1961 - 1969), 1ª ed., a cargo de Luis Moisset de Espanés, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, n. 2.
- “Responsabilidad Civil”, Hammurabi, obra colectiva, con MOSSET ITURRRASPE u otros, 1997.
- “El criterio de la realidad económica en las sentencias de la Corte Federal que liquidan daños y otras cuestiones económicas en el ámbito de la responsabilidad civil”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Año 1999, Tomo N° 21.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne

- “La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”; Publicado en “Revue trimestrielle de Droit Civil” París, 1987 -I -1, Traducido por Eliana A. Nuñez, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros Tomo 1999, pag. 971/986.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis

- “Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio”, Publicado en: LA LEY 1998-D, 1229.

LÓPEZ OLARCIREGUI, José María

- “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones; Año 11, n° 61 a 66, - 1978

LORENZETTI, Ricardo Luis,

- “El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación

jurídica?”, publicado en: LA LEY 1993-D, 1140-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I.

- “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, en Aniversario de la Constitución Nacional”, Bidart Campos, Germán (Director), Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 106; RIVERA, Julio César. “El Derecho Privado Constitucional”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, “Derecho Privado en la reforma constitucional”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.994, N° 31.
- “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo I y VIII, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, 2015.
- Tratado de los contratos”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.004, Parte General.
- Economía, Mercado, Derechos Personalísimos, Derecho de Daños, obra coordinada por GHERSI, Carlos A., Ed. Abeledo Perrot, 1999.

MARTORELL, Ernesto Eduardo,

- “Tratado de los contratos de empresa”, Tomo I, obra colectiva, Ed. Abeledoperrot..

MAYO, Jorge Alberto – PREVOT, Juan Manuel,

- Responsabilidad contractual”, Buenos Aires, La Ley, 2007, pág. 330/332.

MIQUEL, Juan Luís,

- “Contratos”, Ed. De Palma.

MOSSET ITURRASPE, Jorge

- “El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1992, 1, Daño a la Persona.

- “El ejercicio de los derechos: buena fe, abuso del derecho y abuso de posición dominante”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo: 2012 - 2. Proyecto de Código Civil y Comercial – I, cita: RC D 82/2015.
- “Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos (Violatorios de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales)”.

NEGRI, Nicolás

- “Responsabilidad contractual: precisiones e implicancias con incidencia procesal”, publicado en RCCyC 2017 (agosto), 10/08/2017, 23, Cita Online: AR/DOC/1789/2017.

ORGAZ, Alfredo

- “El daño resarcible” Ed. Marcos Lerner, 1980.
- “La Culpa (actos ilícitos)” Ed. Marcos Lerner, 1970.

PICASSO, Sebastián,

- La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”; Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 17/11/2014, 151, Cita Online: AR/DOC/3926/2014.

SANCHEZ HERRERO, Andrés

- Contratos Parte General”, Thomson Reuters, La Ley, 2021.
- Rescisión Unilateral de los Contratos”, Thomson Reuters, La Ley, 2018.
- Resolución de los contratos por incumplimiento, Thomson Reuters, La Ley, 2018.

SAUX, Edgardo Ignacio,

- “Breves apuntes sobre la regulación del régimen de la precontractualidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Trabajo para la Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Abril de 2.013.

STIGLITZ, Gabriel,

- Tratado de los contratos de empresa”, Tomo I, Ed. Abeledoperrot, obra colectiva con MARTORELL, Ernesto Eduardo.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde;

- Responsabilidad por riesgo”. Ed. Hammurabi, Bs. As., 1997.

CITAS DE FALLOS

FALLOS DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

- CSJN, 04/08/1988, "Automóviles Saavedra SA c. Fiat Argentina SA", LL 1989-B, 4 - con nota de Antonio Boggiano LLC 1989, 693 - LL online: AR/JUR/1579/1988; CNCom. Sala A, 23/12/1985, "Beyer, Justo c. Alpargatas SA", LL 1986-C, 175 - LL online:AR/JUR/530/1985; CNCom., Sala E, 28/08/1990, "Lubri - Fil SRL c. Industrias Famel SA", LL 1991-C, 505 - LL online: AR/JUR/1143/1990.
- CSJN, 5/8/1.986, “Santa Coloma, Luis y ots. C/Empresa Ferrocarriles Argentinos”; ED 120-649, con nota de BORDA, Guillermo, “El caso Santa Coloma: un fallo ejemplar”.
- CSJN, 22-9-94, "Román Benítez c/Guth y Asociados" cit., con nota de Carlos Pose; CSJN, 2-4-96, "Arasa SA c/YPF", L. L. 1996-C-365 y D. J. 1996-2-200; CSJN, 4-10-92, "Pérez, Francisco", J. A. 1995-1-67;

CSJN, 23-2-93, "Argañaraz, J. C. c/Empresa Nacional de Agua y Energía", J. A. 1993-III-451; CSJN, 11-7-96, "Maso, N. c/Agencia Efe SA", J. A. 1997-I-55, fallos citados en el artículo en trato.

- CSJN, 2-4-96, "Arasa SA c/YPF", L. L. 1996-C-365 y D. J. 1996-2-200, fallo citado en el artículo en trato.

FALLOS SUPREMA CORTE DE MENDOZA

- SCJMza, Sala I, 08/05/98, Expte. N° 62.857 "SOLIS VDA. DE CALVO NILDA ESTHER Y OTROS EN J° 134.377 SOLIS VDA. DE CALVO NILDA E. Y OT. c/ SALVADOR NAZARENO COLIGIORE p/ D. Y P. s/ Inc. Cas."; LS 279-379, publicado en Revista del Foro de Cuyo N° 33, pág. 158; y en J. de Mendoza, 54-14.
- SCJMza, Sala I, 08/05/00, Expte. N° 67.761 "TERRAZA CARLOS EN J° 116.989 TERRAZA, CARLOS c/ANTONIO ALDERETE s/Daños y Perjuicios s/Inc., publicado en Revista del Foro de Cuyo N° 43, pág 259.

FALLO DE CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL, SALA I.

- Sala I, 15/12/2021 causa caratulada "MECHONI, OSCAR JOSÉ C/ PEPSICO DE ARGENTINA SRL S/ DAÑOS Y PERJUICIOS INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL; publicado en: RCCyC 2022 (diciembre), 245, con nota de Maximiliano R. Calderón; Cita: TR LALEY AR/JUR/194207/2021.

FALLO DE QUINTA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MENDOZA

- Expediente N° 55221, caratulada “GRUPO MARSAN SA C/ FINAMED S.A. P/ COBRO DE PESOS”, 31/8/2021, publicada en <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8415333450>

FALLO DEL PRIMER TRIBUNAL DE GESTIÓN ASOCIADA EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MENDOZA

- Expediente N° 260996, caratulada "GRUPO MARSAN S.A. C/ FINAMED S.A. P/ COBRO DE PESOS"; 3/11/2020", Publicada en <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7885573251>