

JURISMAT

Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes

N.º 14 – PORTIMÃO – NOVEMBRO 2021

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 14
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Capa: Eduarda de Sousa
Data: Novembro 2021
Impressão: ACD Print
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	9
ARTIGOS	13
PAULO FERREIRA DA CUNHA Medicina & Magia – Uma Perspetiva Filosófico-Jurídica	15
LUÍS CABRAL DE MONCADA O pensamento jurídico medieval	51
EDUARDO PIMENTEL FARIAS Brevíssima História da Cidadania Europeia	71
ANDRÉ INÁCIO O Estado de Direito está em risco?	103
CARLOS FRAGA O Supremo Tribunal de Justiça, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o opróbrio que veio de Strasbourg	123
ADIL ELAABD Cadre juridique et droits des prisonniers entre le droit marocain et les conventions internationales	161
HUGO CUNHA LANÇA <i>Sharenting</i> : em busca do ponto de Arquimedes.....	195
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Os meios de uniformização de jurisprudência previstos no Código de Processo Civil de 2013	223
INÊS FERNANDES GODINHO Legalidade e oportunidade no processo penal: modelos de convivência possível ou a necessidade de uma escolha no combate à criminalidade organizada, em especial, a corrupção	245
CLÁUDIA BOLOTO Injunção em matéria de arrendamento (IMA) e o serviço de injunção em matéria de arrendamento (SIMA)	261
VANESSA MAMEDES O processo especial de notificação para preferência	285
CARLOS ROGEL VIDE Notas sobre arrendamientos de cajas de seguridad	299

LUIS F.P. LEIVA FERNÁNDEZ	
Eficacia de clausulas y convenciones luego de la extinción del contrato	315
MARÍA TERESA CARRANCHO HERRERO	
El consentimiento contractual tras la reforma del Código Civil para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica	335
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL	
A problemática jurídica dos animais nas práticas religiosas: idolatria ou sacrificionalismo	359
JOSÉ ANTÓNIO LOPES COELHO	
A sanção disciplinar e a perda de dias de férias em Portugal e Espanha	379
ARTIGOS DE ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	393
MANUEL CATARINO	
Breve história da Economia Política: I – A Fisiocracia.....	395
MARA RODRIGUES	
A responsabilidade civil pelos danos causados por animais	411
JÉSSICA BRISSOS	
Responsabilidade civil por acidentes de trabalho	423
LÚCIA COSTA	
Investigação privada – (In) Validade da prova	437

Eficacia de cláusulas y convenciones luego de la extinción del contrato*

LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ **

Sumario: 1.-Cuestión a dilucidar en este ensayo. 2.-Sobre la responsabilidad postcontractual. 3.- Fundamento de la ultraactividad del contrato extinto. 4.-Origen y trascendencia de la teoría de la *Punktation* que recibe el Código Civil y Comercial argentino. 5.- La formación progresiva del contrato en el Código Civil y Comercial argentino. 6.- Inaplicabilidad de la formación progresiva en contratos predispuestos. Los contratos de consumo y los contratos solemnes. 7.-¿Cómo se denominan los acuerdos que se logran en la etapa precontractual y los de la etapa contractual que integran el contrato ?. 8.-¿Cuándo se extingue el contrato ? Inicio y fin de la etapa postcontractual. 9.-Acuerdos que se integran al contrato a través de sus cláusulas. 10.-Cláusulas previstas para la etapa postcontractual. 11.-Un supuesto excepcional. El exoesqueleto normativo convencional. 12.-El domicilio especial contractual. 13.- La prórroga de jurisdicción. 14.-Las cláusulas contractuales, su naturaleza, eficacia y funciones.

JURISMAT, Portimão, 2021, n.º 14, pp. 315-334.

* Ensayo elaborado en base al intitulado "La etapa postcontractual, en revisión" escrito para *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. Bs As Ed. La Ley 2021.

** Catedrático de Derecho Civil de la Univ. de Buenos Aires, de la Univ. Nacional de La Plata y de la Univ. Austral (Argentina). De la Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía).

1.-Cuestión a dilucidar en este ensayo.

Aunque la idea de que existe una etapa precontractual y otra postcontractual se estudia desde hace tiempo, la doctrina parece haberse dedicado, casi exclusivamente, a tratar tales conceptos en relación a la responsabilidad civil preguntando ¿Se debe responder? ¿Con que fundamento? ¿Desde cuándo? ¿Hasta cuándo?

No es ese el enfoque que abordo en este ensayo, sino lo atinente a la existencia, explicación y efecto de convenios surgidos antes, durante, o después del contrato, que, aunque suelen traducirse en cláusulas contractuales, no hacen a la esencia, y cuya virtualidad subsiste, aun luego de extinguirse el contrato, sin constituir nexo obligacional alguno.

Mi análisis, entonces, se ubica en el ámbito postcontractual pero es ajeno al sistema de responsabilidad civil.

2.-Sobre la responsabilidad postcontractual

La responsabilidad postcontractual estaba prevista en un Capítulo especial —Cap. XIII. Postcontrato— en el art. 1063 del Proyecto argentino de 1998¹ pero no lo está en el vigente Código Civil y Comercial.²

Sostuve anteriormente que "considero postcontractual a la responsabilidad en la que se incurre por alguno de los ex cocontratantes con

¹ Art. 1063 — Deber de buena fe. Con ulterioridad al cumplimiento de las obligaciones principales propias del contrato las partes deben continuar actuando de buena fe.

Este deber regula:

a) La determinación de la existencia y de los alcances de las obligaciones accesorias que subsisten, por estipulación de partes, o por estar virtualmente comprendidas en el contrato.

b) La restitución y la reparación de daños, en cuanto correspondan una vez producida la extinción del contrato según lo previsto en el Capítulo XII de este Título.

c) La interpretación y el cumplimiento de tales obligaciones.

² V. LEIVA FERNÁNDEZ Luis F. P. "Tratado de los Contratos". Bs As. Ed. La Ley T.I, N°195 p. 239.

posterioridad a la satisfacción de las prestaciones principales de un contrato".³

3.-Fundamento de la ultraactividad del contrato extinto.

Hay distintos tipos de responsabilidad postcontractual, algunos encuentran sustento inmediato en la ley como el caso de saneamiento o la violación del deber de confidencialidad en la L. 24.766 (art 3).⁴

Pero otros no.

Esos deberes que subsisten luego de extinguido el contrato y que se tratan bajo el nombre de responsabilidad postcontractual también se han denominado "efectos postcontractuales del contrato",⁵ o "deberes de fuente contractual con eficacia ultraactiva".⁶

³ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. "La responsabilidad postcontractual", en La Ley LA LEY 2002-D, 1336; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. "La responsabilidad postcontractual, un caso de ultraactividad del contrato", en Libro en Homenaje a Luis Moisset de Espanés. Academia de Derecho y Cs Sociales de Córdoba. Editorial IJ. Bs As. 2018; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. "La responsabilidad postcontractual (Un caso de ultraactividad de la ley)", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Reus.Madrid. 2016,Nº4.

⁴ ARTICULO 3º- Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a una información que reúna las condiciones enumeradas en el artículo 1º y sobre cuya confidencialidad se los haya prevenido, deberá abstenerse de usarla y de revelarla sin causa justificada o sin consentimiento de la persona que guarda dicha información o de su usuario autorizado.

⁵ LARENZ, Karl, Derecho de las obligaciones, I, trad. de J. Santos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 18, cit. por Facco, Javier H., "Ultraactividad de ciertos efectos contractuales", RCyS 2009-VII-16.y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. Tratado ... T.II § 87.Nº 716 p.354.

⁶ Conf. ESSER, J. - Schmidt, E., Schuldrecht Allgemeiner Teil, t. I, vol. I, C. F. Müller, Heidelberg, 1984, p. 41, § 4, cit. por FACCO, Javier H., "Ultraactividad de ciertos efectos contractuales", RCyS 2009-VII. Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "La responsabilidad postcontractual", op.cit; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir.), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, t. V, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 221; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., Ensayos de Derecho Civil y Técnica Legislativa, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 507 y ss. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "La responsabilidad postcontractual (Un caso de ultraactividad de la ley)", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Reus, Madrid, 2016, n. 1. LEIVA FERNANDEZ. Luis F.P. Tratado... op. y loc. cit.

Es que, como expresa JOSSERAND, “toda situación jurídica deja super-vivencias que a su vez son fermentos de vida”.⁷ El fundamento jurídico por el cual es posible atribuir a hechos posteriores.

A mi modo de ver, la responsabilidad postcontractual en caso de no derivar en forma inmediata de la propia ley, constituye un supuesto de ultraactividad del contrato.

El artículo referido del Proyecto de Código Civil argentino de 1998 lo previó, sin indagar en su naturaleza como lo hago ahora.

El fundamento jurídico por el cual es posible atribuir a hechos posteriores, producidos luego de haberse extinguido el contrato, una naturaleza contractual, es que, a semejanza de la aplicación de la ley (norma general) que suscita supuestos de ultraactividad⁸, también hay casos de ultraactividad del contrato, que, en definitiva, no es más que una norma singular surgida de la voluntad de las partes.⁹

4.-Origen y trascendencia de la teoría de la *Punktation* que recibe el Código Civil y Comercial argentino

El ahora derogado art. 1148 del Código Civil argentino, establecía, respecto a la formación del contrato que "Para que haya promesa, ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos".

El precepto establecía - en síntesis - dos requisitos: determinación del sujeto y de todos los elementos constitutivos del contrato.

El vigente Código Civil y Comercial de la Nación por el contrario recibe la teoría de la *Punktation*.

⁷ JOSSERAND, Louis, De l'esprit des droits et de leur relativité, n. 149 cit. por DUBOVE, Jorge P., "Responsabilidad postcontractual" en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XXIV, Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 962.

⁸ Art 7° del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 3° del derogado Código Civil.

⁹ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "La responsabilidad postcontractual..." op. y loc cit.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir.), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, Op.cit t. V, , p. 221; y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. Ensayos de Derecho Civil y Técnica Legislativa, op.cit p. 507 y ss.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "La responsabilidad postcontractual (Un caso de ultraactividad de la ley)", op y loc,cit.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. Tratado ... T.II § 87.N° 716 p.354.

Esta teoría según la cual el consentimiento se forma sólo con el acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, aunque no exista sobre los secundarios para que se otorgue sustento a la oferta,¹⁰ se originó en Alemania.

Pese a que la teoría de la *Punktation* fue expresamente rechazada por el Código Civil Alemán¹¹ (BGB) en su art. 154,¹² trascendió en 1904 al Código Suizo de las Obligaciones¹³ de cuyo art. 2º del Código pasó al art. 153 del de China¹⁴ de 1930 (vigente en Taiwán), y a la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de

¹⁰ V. MOSSET ITURRASPE, Jorge, Teoría General del Contrato, Orbir, Rosario, 1970, p. 118.

¹¹ OVSEJEVICH, Luis, "El consentimiento, sus términos", en Contratos, t. I, Cátedra de Derecho Civil del Dr. Federico N. Videla Escalada, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1971, p. 281.

¹² Art. 154.— "Mientras las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre todos los puntos de un contrato sobre los cuales, según la declaración aun solamente de una parte, debe lograrse conformidad, en la duda no está concluido el contrato. La conformidad sobre puntos aislados no es vinculante, incluso si se ha realizado un borrador..." en ENNECCERUS, Ludwig - KIPP, Theodor - WOLF, Martín, Tratado de Derecho Civil. Parte General, trad. José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1955, Apéndice, p. 29.

Con el mismo alcance "§ 154 Ausencia clara de acuerdo; falta de educación notarial. (1) Hasta que las partes no se han puesto de acuerdo sobre todos los puntos del contrato sobre los cuales, según lo declarado incluso por sólo uno de los contratantes, se debe llegar un acuerdo, en caso de duda el contrato no queda perfeccionado. El acuerdo sobre puntos concretos tampoco es vinculante a pesar de que se haya documentado el acuerdo. (2) Si se ha pactado la escrituración del contrato planeado, en caso de duda el contrato se entiende concluido sólo cuando la escrituración ha tenido lugar". LAMARCA MARQUÈS, Albert (Director) Código Civil Alemán. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Marcial Pons. Barcelona 2013.

¹³ Art. 2. *Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés.*

A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.

Sont réservées les dispositions qui régissent la forme des contrats. C. O. 11 et s., 16. Code Civil y compris le Code (Révisé) des Obligations. Code des obligations" par Virgile ROSSEL. Librairie Payot & Cie. Lausanne 1913.

¹⁴ V. The Civil Code of the Republic of China, translated by Ching-Lin Hsia, James L. E. Chow y Yukon Chan, Kelly & Walsh Ltd., Shangai, 1930, reed. 1976 by University Publications of America Inc. Arlington. El Código rige en Taiwán.

1980 - a la que la Argentina adhirió por Ley 22.765 (arts. 14.1 y 19.2).¹⁵

En nuestro país, antes que el Código Civil y Comercial de la Nación, recibió ese concepto la ley 20.744 de Contrato de Trabajo que en su art. 46 dispone:” Enunciación del contenido esencial. Suficiencia. Bastará, a los fines de la expresión del consentimiento, el enunciado de lo esencial del objeto de la contratación, quedando regido lo restante por lo que dispongan las leyes, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo, o lo que se conceptúe habitual en la actividad de que se trate, con relación al valor e importancia de los servicios comprometidos”.

También fue recibido por el art. 1147 propuesto en el Proyecto de Reformas de Código Civil de 1993 de la Comisión de Federal de la Cámara de Diputados ¹⁶ y el Proyecto del Poder Ejecutivo (com. dec. 468/92) de 1993 (art. 859 inc 3). El Proyecto de Código Civil de 1987 (ley 24.032 vetada por dec. 2719/91) exigía para la oferta en su

¹⁵ V. LEIVA FERNÁNDEZ Luis F. P. "Tratado de los Contratos". Ed. La Ley. Bs As. 2017. T.I. p. 133 N°98. LEY • 22765. Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de mercaderías .Art. 14. - 1. La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. 2. Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

Art. 19. - 1. La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

2. No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

3. Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.

¹⁶ Art. 1147.— Para que haya oferta el oferente debe... 3. Contener las precisiones necesarias para individualizar el contrato que se quiere celebrar. Orden del Día n. 1322 año 1993. Cámara de Diputados de la Nación.

art. 1147, inc. 3º, "contener las precisiones necesarias para individualizar las obligaciones que resultarán en caso de ser aceptada".

Finalmente llegó al antecedente directo del Código Civil y Comercial, que es el art. 916 del Proyecto argentino de 1998.¹⁷

Tampoco las Reglas de UNIDROIT requieren la concurrencia de consenso sobre todos los elementos. En su art. 2.2 dispone: "(Definición de la oferta).— Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

El reciente Código Civil de Puerto Rico establece dos preceptos. En el art 1237 dispone que "El contrato queda perfeccionado desde que las partes manifiestan su consentimiento sobre el objeto y la causa...". Mientras que en el art 1239 dispone que "La oferta es el acto jurídico unilateral, dirigido a una persona determinable, que contiene los elementos necesarios para la existencia del contrato propuesto, o el medio para establecerlos".

En nuestro medio la T. de la *Punktation* ha sido resistida con diversos fundamentos.¹⁸

Uno de ellos es que la contratación a través del consentimiento sobre solo los elementos esenciales particulares, en caso de inactividad de las partes, conduce a que el juez deba llenar las lagunas de la convención.

¹⁷ Art. 916.— Acuerdos parciales. Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación el contrato queda integrado, en las estipulaciones pendientes, mediante el posterior acuerdo de las partes y, en su defecto, por lo que resulta de la aplicación del art. 904.

En la duda, el contrato se tiene por no concluido.

No se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de esos elementos, o de todos ellos.

¹⁸ V. BORDA, Alejandro "Los acuerdos parciales en el código civil y comercial" en http://reigadaborda.com.ar/publicaciones/alejandro_borda/alejandro_borda/acuerdos-parciales.pdf; También sosteniendo que "Esta normativa también puede ser vista como un avance sobre el débil jurídico que cree que está negociando cuando en realidad está contratando y por ende se está obligando." KEES, Milton Hernán "Los acuerdos parciales en el Código Civil y Comercial" en: DJ 29/04/2015, 1.

Sin embargo estas líneas son ajenas a ese debate.

5.-La formación progresiva del contrato en el Código Civil y Comercial argentino

El art 982 del Código Civil y Comercial argentino dispone en lo pertinente que " Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación, el contrato queda integrado conforme a las reglas del Capítulo 1."

Analizar esta regla requiere establecer qué alcance tiene la expresión "elementos esenciales particulares".

Son "esenciales" los requisitos que necesariamente deben darse para configurar un determinado tipo contractual, como sería el precio en dinero y la cosa para el contrato de compraventa, el *opus* y el precio en el de obra. Elementos que, si fuesen cambiados, mudarían la figura contractual que pasaría a ser otra, Vg. donación o cesión de crédito, por ejemplo¹⁹. De modo que no se trata de un acuerdo sobre los elementos esenciales de los contratos en general, sino del tipo contractual de que trata ese contrato en particular.²⁰

Por su parte, son "particulares" aquellos a los que arriban las mismas partes sobre un mismo objeto y causa, que contengan los elementos esenciales de un contrato en particular.²¹

La norma contenida en el art 982 está tomada del Fundamento N° 162 del Proyecto de 1998, no del art. 916 del mismo Proyecto.

Aunque el art. 978 del Código Civil y Comercial prevé la más común de las posibilidades mediante la que puede llegar a perfeccionarse un

¹⁹ LEIVA FERNÁNDEZ Luis F. P. "Tratado de los Contratos". Ed. La Ley. Bs As. 2017. T.I N° 15 p .. 19,. con cita de APARICIO, Juan Manuel, Contratos. Parte general, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 65. En el mismo sentido KEES, Milton Hernán "Los acuerdos parciales ...op.y loc cit.

²⁰ BORDA, Alejandro "Los acuerdos parciales..."op y loc. cit.

²¹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, Teoría de los contratos, op.cit, t. I, p. 70 y ss; BORDA, Alejandro "Los acuerdos parciales ...op. y loc cit.; LEIVA FERNÁNDEZ Luis F. P. "Tratado de los Contratos". op.cit T.I N° 143 p. 173. *Et al.*

contrato: esto es, el intercambio de oferta y aceptación, la realidad negocial indica que no es la única forma de contratar.

No siempre los contratos se celebran mediante una oferta completa que puede aceptarse o no; sino que puede ocurrir que sean el resultado de acuerdos parciales que concurran a la formación de un contrato reunidos por las mismas partes, sobre un mismo objeto y causa, y que sumados contengan los elementos esenciales de un contrato en particular.

Muchos de tales convenios pueden exorbitar lo estrictamente esencial particular, y resultar meramente instrumentales para conducir a la formación del contrato, y una vez cumplidos, por haberse celebrado el contrato, pierden todo interés y operatividad (Vg establecer la sede de las negociaciones). Por eso no llegan a constituir cláusulas.

También hay acuerdos previos, coetáneos o posteriores²² a la formación del contrato, que no constituyen elementos esenciales particulares ni - como los anteriores - hacen al *iter* que conduce a la formación del contrato.

Si estos últimos acuerdos -que no atañen a elementos esenciales particulares- no han sido previstos por las partes, o con posterioridad a celebrado el contrato no se logra consenso, el juez deberá integrar el contrato.²³

De estos últimos acuerdos, algunos sirven para afrontar contingencias derivadas de la falta de cumplimiento del contrato, siendo a su vez contratos accesorios (de garantía) celebrados por alguna de las partes

²² V. ARAUJO María Alejandra , RAMONDA. Margarita."La problemática de los acuerdos parciales", en https://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Araujo-y-otro_LA-PROBLEM%c3%81TICA.pdf

²³ Ajustando su decisión a lo previsto en el art. Art. 964 del Código Civil y Comercial de la Nación: Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con:

- a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;
- b) las normas supletorias;
- c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

con terceros, y otros son meros acuerdos previos o posteriores sobre cuya naturaleza luego me expediré.²⁴

La mayoría de ellos²⁵ pasan a integrar el contrato aunque puedan precederlo; y como integran el contrato, fenecen con él.

Pero otros no.

6.-Inaplicabilidad de la formación progresiva en contratos predis- puestos. Los contratos de consumo y los contratos solemnes

En los contratos simples y cotidianos -compra de periódico, alimentos o, ropa- no se utiliza la formación progresiva del consentimiento.

Sean, o no de consumo, la oferta y la aceptación - máxime si son entre presentes, son instantáneas, generalmente verbales y contienen todos los elementos del contrato. Sin embargo ello no obsta a la existencia de acuerdos parciales en la etapa precontractual, que quedarán como tales si no se celebra el contrato, y como pactos en caso de celebrarse.

Se suelen iniciar y terminar al mismo tiempo, por lo que no suelen quedar acuerdos remanentes, ni se celebran otros que luego se integren como cláusulas del contrato.

Lo que caracteriza esta circunstancia no es que se traten de contratos paritarios,²⁶ sino la informalidad a la que conduce el menor valor involucrado.

²⁴ Puede verse sobre la realidad de la contratación progresiva y fraccionada, LOMBARDI César Eduardo. Los acuerdos parciales y los contratos preliminares en la regulación del nuevo código. https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Lombardi_LOS-ACUERDOS.pdf

²⁵ BORDA, Alejandro "Los acuerdos parciales en el código civil y comercial" en <http://reigadaborda.com.ar/publicaciones/alejandroborda/alejandroborda/acuerdos-parciales.pdf>; refiere el lugar de cumplimiento, la fecha de pago, si el pago será al contado o en cuotas, si la entrega de la cosa se hará antes o después del pago, si el saldo de precio será garantizado, si la garantía será real o personal.

²⁶ V. LOMBARDI Cesar Eduardo. Los acuerdos parciales y los contratos preliminares en la regulación del nuevo código. https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Lombardi_LOS-ACUERDOS.pdf

Sin duda puede haber excepciones incluso en el derecho del consumo. Tal el caso de quien acuerda dejar una seña penitencial mientras resuelve contratar o no hacerlo.

7.-¿Cómo se denominan los acuerdos que se logran en la etapa precontractual y los de la etapa contractual que integran el contrato ?

Esta cuestión exhibe la conveniencia de especificar en el reducido ámbito de este ensayo, el alcance de los términos empleados.

“Convención” es el mero acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, mientras que “contrato” es el acuerdo en que una o muchas personas se obligan hacia una o muchas personas a una prestación cualquiera. La convención es el género, y el contrato la especie.²⁷

Es el acuerdo de varias personas sin intereses contrapuestos, en las que aun habiendo dos o más personas que expresan su voluntad lo hacen con el mismo interés;²⁸ v.gr. dos condóminos que deciden poner a la venta su propiedad.²⁹

²⁷ V. AUBRY, Charles - RAU, Charles, *Cours de droit civil français. D'après la méthode de Zachariae, t. IV, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Cosse, Marchal & Cie., Paris, 1871, 4ª ed., n. 340, p. 283*; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Contratos, t. II, Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 121*; GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones, t. III, Reus, Madrid, 1919, p. 22*; SAVIGNY, Federico C. de, *Sistema del Derecho Romano actual, t. II, F. Góngora y Cía., Madrid, 1879, n. 140, p. 354*; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos, Op.cit t. I p. 21*; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general, t. I, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 17*; VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, *Tratado Teórico Práctico y Crítico de Derecho Privado Puertorriqueño, t. IX, Butterworth, San Juan, 1992, p. 4*; LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil. Contratos, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1953, p. 10*; LEIVA FERNÁNDEZ Luis F. P. "Tratado de los Contratos". Ed. La Ley. Bs As. 2017. T.I N° 16 p.20, LARROUMET, Christian, *Teoría General del Contrato, vol. I, Temis, Bogotá, 1993, p. 59*, a propósito del art. 1101 del Código Civil francés. El día 1 de octubre de 2016 entró en vigencia la reforma del Código Civil francés dispuesta por la Ordenanza n. 2016-131 del 10 de febrero del mismo año, que dispuso modificaciones en el derecho de los contratos, del régimen general de la prueba y de las obligaciones. El nuevo artículo 1101 dispone "Art. 1101. *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*"; *Et al.*

²⁸ Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos, Op.cit , t. I, p. 19*; BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico, Revista de Derecho*

MOSSET ITURRASPE señala que mientras el contrato resuelve un conflicto de intereses, la convención o mero acuerdo satisface intereses distintos pero concurrentes.³⁰ También es convención el acuerdo que carece en forma inmediata (directa) de contenido patrimonial.

Tanto en el Código Civil histórico, como en el vigente Código Civil y Comercial de la Nación, existe, entre convención y contrato, una relación que se caracteriza según sea el ámbito que se le reserva al contrato, caracterizando a la primera como género y al segundo como especie.³¹

Como la convención no es fuente de obligaciones no puede demandarse su cumplimiento, ni procede indemnizar su incumplimiento por vía contractual.³²

Privado, Madrid, 1943, p. 225; BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Contratos, t. II, Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 122.

²⁹ Conf. BETTI, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, op.cit.p. . 224; LARENZ, Karl, Derecho Civil. Parte general, Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 430; PUIG PEÑA, Federico, Tratado de derecho civil español, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, t. IV, vol. 2, p. 7; VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, Tratado Teórico Práctico y Crítico de Derecho Privado Puertorriqueño, t. IX, Butterworth, San Juan, 1992, p. 5.

³⁰ Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Teoría General del Contrato", op.cit p. 31.

³¹ Conf. ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia" Paris. Librería de Garnier Hermanos. 1896 en p 514 voz "Contrato".

³² Conf. ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario.." op.cit. p 518 voz "Convención". El consentimiento de dos ó mas personas sobre una misma cosa o hecho. Convención , Contrato y Obligación no son términos sinónimos aunque en el uso se empujan indiferentemente los unos por los otros.

La palabra "convención" o "pacto" es un término general sobre una misma cosa o hecho. Convención trato, obligación, no son términos sinónimos, aunque en el uso se emplean indiferentemente los unos por otros. La palabra convención o pacto es un término general que significa toda especie de convenio o acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa, sea con intención, sea sin intención de obligarse ...

Contrato...es una especie de convención hecha con intención de obligarse de un modo perfecto, *animo contrahenda obligationis*. Una convención puede no ser obligatoria, pero el contrato siempre lo es : si tú y yo nos convenimos en salir á paseo juntos, hacemos una convención y no un contrato, porque tú no puedes compelerme á cumplir mi promesa, la cual no me deja legalmente obligado para contigo; mas si yo prometo formalmente darte dos mil reales, hacemos un contrato, porque yo quedo legalmente obligado y tú puedes exigirme el cumplimiento de la promesa. Como no hay contrato sin que medie acuerdo entre dos ó mas personas, un contrato es siempre una convención; pero una convención no siempre es un contrato, pues que puede no ser obligatoria.

"Acuerdo" es el mero consentimiento, sobre un tema no necesariamente jurídico. No crea obligaciones.

"Cláusula" es una disposición particular que forma parte de un contrato.

"Pacto" es "el consentimiento o acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa... entre los romanos no producía acción sino excepción³³. Pero en el uso actual la voz significa aquella estipulación secundaria que se agrega al acuerdo básico constitutivo de un contrato³⁴, es decir una cláusula añadida al contrato luego de celebrado.

Así las cosas, lo acordado en la etapa precontractual, una vez celebrado el contrato, las más de las veces, pasa a integrar su normativa. Son cláusulas que si contienen los elementos esenciales particulares, serán, en su caso, oferta o aceptación.

Otros acuerdos, a los que se arriba en la etapa contractual, integran el contrato en forma de cláusulas o pactos, si son posteriores a la celebración del contrato, pero vigente éste.

Finalmente, hay acuerdos que aunque formalmente lo integran como cláusulas, son convenciones o pactos en el sentido romano. No son contratos.³⁵ Tampoco constituyen oferta ni aceptación, ni en el Código derogado ni en el Código Civil y Comercial de la Nación vigente.³⁶ No hacen nacer obligaciones.

LEIVA FERNÁNDEZ Luis F. P. "Tratado de los Contratos". op.cit. T.I N° 16 p.21.

³³ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario op.cit p 1363 voz "Pacto", bien que a continuación considera que ya no hay vestigio de la distinción romana entre pacto y contrato....

³⁴ ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. op.cit t.II Vol. 1 p.390.

³⁵ Comp. ARAUJO María Alejandra , RAMONDA. Margarita."La problemática de los acuerdos parciales", en <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Araujo-y-otroLA-PROBLEM%c3%81TICA.pdf>

³⁶ Conf. SANTARELLI, F. "La formación del consentimiento contractual, la oferta y la aceptación", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Contratos, 2015 (febrero) 25/2/2015, p. 83; FREYTES Alejandro E. "Caracterización del consentimiento contractual en el nuevo código civil y comercial de la nación". Rev de la Univ Nac de Córdoba. Vol. 7 Núm. 1 (2016): Nueva Serie II, 16-05-2016-, p. 116, también en <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/issue/view/1880>

8.-¿Cuándo se extingue el contrato ? Inicio y fin de la etapa post-contractual

Anteriormente³⁷ concluí que el período postcontractual se inicia al satisfacerse las obligaciones principales del contrato.

Si las prestaciones principales del contrato resultan insatisfechas la responsabilidad será contractual —ni precontractual ni postcontractual— y el caso se resolverá por alguno de los tres supuestos de los arts .730 y 731 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En la oportunidad citada expresé que "El período postcontractual se extiende en el tiempo hasta un plazo indeterminado que a mi entender debe coincidir con el de la prescripción liberatoria",³⁸ concepto que especificaré durante el presente ensayo.

Aunque es comprensible que pueda existir alguna duda por la incidencia de los deberes de lealtad o las obligaciones de seguridad que se originan en el contrato ³⁹ se entiende que el período postcontractual se inicia al satisfacerse las obligaciones principales del contrato,⁴⁰ al cumplirse el fin buscado al celebrarlo. Al satisfacerse la causa fin.

Si, por ejemplo, se aplicasen estas ideas al saneamiento por evicción o vicios redhibitorios , puede advertirse que aunque las más de las veces la responsabilidad por saneamiento remite a un supuesto de responsabilidad postcontractual, también es posible que la situación que lo desencadena, sea evicción, sean vicios ocultos, se produzcan o se adviertan en el caso de los vicios, aún pendiente alguna prestación principal lo que excluye a tal supuesto de la aplicación de las reglas del postcontrato.

³⁷ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "La responsabilidad postcontractual", op.cit., SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ., Instituciones de Derecho Civil. Contratos, t. V, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., Ensayos de Derecho Civil y Técnica Legislativa, op y loc cit.

³⁸ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "La responsabilidad postcontractual (Un caso de ultraactividad de la ley)", op.y loc cit.

³⁹ V. UBIRÍA, Fernando A., Derecho de daños en el Código Civil y Comercial, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

⁴⁰ ALBALADEJO, Manuel, "Derecho Civil. Derecho de Obligaciones", op.cit. T. II, Vol. I, p. 492.

El *dies a quo* de la etapa postcontractual será el mismo, sea la previsión remanente una cláusula prevista para la etapa en que el contrato ha fenecido, o una mera convención. La etapa inicia al cumplirse, o -definitivamente- no cumplirse, las prestaciones principales del contrato.

Pero el *dies ad quem* vinculado al vencimiento del plazo de la prescripción liberatoria no puede aplicarse a la convención porque no hay allí prestación alguna que cumplir. La convención subsiste mientras las partes no acuerden lo contrario.

9.-Acuerdos que se integran al contrato a través de sus cláusulas.

Durante las *pourparler* que pueden preceder a un contrato, las partes pueden ir elaborando acuerdos parciales que en caso de celebrarse el contrato pueden seguir diversa suerte; algunos que han tenido por fin la negociación o celebración del contrato se extinguen, Vg. las representaciones de cada parte o los medios de comunicación previstos para negociar o cumplir el futuro contrato.

Otros se integran como cláusulas contractuales.

Pero, de estos, algunos son estrictamente de naturaleza contractual generado obligaciones, mientras que y otros contienen declaraciones unilaterales o meras convenciones.

10.-Cláusulas previstas para la etapa postcontractual

Contratar implica prever, tanto lo necesario para satisfacer la causa fin de cada parte, cuanto lo necesario para compeler a la otra a satisfacerla a través del cumplimiento de su prestación, o a enjugar los daños previsibles.

De modo que lo natural es que algunas previsiones contractuales se enderecen a compeler al cumplimiento de la contraprestación y a enjugar los daños en caso de producirse.

Han sido previstas en el contrato para ejercerse una vez extinguido definitivamente el contrato insatisfecho.

11.-Un supuesto excepcional. El exoesqueleto normativo convencional

A veces concurren deberes vinculados al contrato, a cumplirse pese a estar ya extinto.

Pero tales deberes no se originan en el contrato extinto, ni en la ley; sino en otras normas convencionales que le resultan conexas.⁴¹

Explicaba Atilio ALTERINI “Varios contratos pueden constituir un todo, digno de ser tenido en consideración, tan distinto de sus componentes, pero a la vez tan ligados entre sí, como 12 lo está con respecto a 7 y a 5.⁴²

Son los contratos coligados, dependientes, las cadenas de contratos, los grupos de contratos o las redes contractuales, también conocidos como *collegamento contrattuale*.

En el caso que traigo a colación, la conexidad no es funcional, sino genética. Ambas normas coligadas surgen de la voluntad de las partes pero, en principio, la suerte de uno no se aplica al otro.

Es el supuesto de los supermercados mayoristas en los que para poder comprar a precios supuestamente convenientes, se exige una membresía previa que otorga un contexto que luce como exoesqueleto del contrato. Son contratos conexos, y en tal caso, el de compraventa se encuentra en alguna medida sostenido por reglas del contrato de membresía, de suerte que aun cuando el contrato de compraventa se extinga, las reglas de la membresía mantienen algunos aspectos vigentes.

Lo mismo sucedía hasta hace poco en la plataforma comercial digital "MercadoLibre" que luego de la adquisición de un bien a un tercero a través de su plataforma, enviaba un correo al usuario consultando si ya había recibido el producto. En caso afirmativo el sistema automáticamente solicitaba una calificación –positivo, negativo o neutral– para el vendedor indicando si se recomendaría o no. Cada vez que dos usuarios realizaban una operación tenían un plazo de 21 días para calificarse recíprocamente de forma positiva, negativa o neutral según haya

⁴¹ V. arts 1073 a 1075 Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴² ALTERINI, Atilio A., *Contratos. Civiles, comerciales, de consumo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 194 con citas de Teyssie, Mestre y Cabrillac.

sido su experiencia.⁴³ En este caso el exoesqueleto normativo era el contrato de adhesión a la plataforma digital comercial de "Mercado Libre".

12.-El domicilio especial contractual.

Casi no hay contrato instrumentado por escrito que no prevea un domicilio especial constituido a los efectos contractuales,

No me refiero al domicilio real autodenunciado por la parte de un contrato, sino al regulado por el art 75 del Código Civil y Comercial de la Nación y anteriormente en el art 101 del derogado Cód. Civil.

El domicilio establecido como especial contractual no dura únicamente mientras subsista el contrato, sino que rige mientras duran "los efectos del contrato"⁴⁴. Incluso se aplica a los efectos postcontractuales como el reclamo por saneamiento luego de entregada la cosa, o realizada la obra.

Sin embargo, aunque su eficacia subsiste aun fenecido el contrato (cuando seguramente cumple la función más destacada), y pese a ser formalmente una cláusula del contrato, no lo es substancialmente, porque no hubo en su decisión la solución de interés contrapuestos, y, finalmente, puede modificarse en forma unilateral siempre que se ponga en conocimiento fehaciente de la contraparte.

Actúa durante la existencia del contrato y subsiste tras su extinción-

El domicilio especial contractual no prescribe, porque no genera ninguna obligación, no hay acreedor o deudor de un dar, hacer, o no ha-

⁴³ https://www.mercadolibre.com.ar/seguro_calif.html. El sistema se modificó en 2017. <https://culturageek.com.ar/mercado-libre-cambia-sistema-reputacion/>

⁴⁴ En tal sentido V. BELLUSCIO, Augusto C. (Dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (Coord.), Código Civil, comentado anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1993, T.I. p. 447; DI FILIPPO, María Isabel en RIVERA, Julio C. "Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires, 2013 T.I N° 698 en p. 694 y 695; TOBIÁS José W. Tratado de derecho civil .Parte general. Ed., La Ley Bs As 2018 T.I p. 531; CNCiv. Sala B,LL 1995-B, 217 ; CNCiv. Sala A,1995-A, 317; TOBIÁS José W. en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, 3a. Ed La Ley, Buenos Aires, 2019. T. I. p. 935 al art. 75. También CNCiv. Sala D 9/8/973, LL 162-216; CNCiv., sala A, 10/2/1998, LA LEY, 1999-A, 105; DJ, 1999-2, 997.

cer, y si en algún caso se ha considerado que resultaba insuficiente para trabar la *litis*, - como expresa TOBIAS - parecen solo decisiones vinculadas a asegurar el derecho de defensa en juicio.⁴⁵

El domicilio, tanto como el nombre, es atributo de la personalidad del sujeto titular que lo denuncia y mantenerlo depende de su voluntad.

Igual que el nombre artístico que se expresa por el contratante en un contrato de espectáculo - Palito Ortega, Mirtha Legrand - no son vinculantes para el artista que puede cambiarlo sin afectar el vínculo contractual, el contratante también puede mudar el domicilio especial contractual, que en ese ámbito viene a substituir los efectos del domicilio real. Y así como el que se denuncia como real puede mudar a voluntad del sujeto denunciante, también lo puede hacer el domicilio especial contractual.

13.-La prórroga de jurisdicción.

Muchas veces también suele pactarse una prórroga de jurisdicción, desplazando la que corresponde según caigan las cosas o las personas en una, en beneficio de otra acordada por las partes.

Esa prórroga de jurisdicción permanece más allá de la subsistencia del contrato, cuando las prestaciones principales se consideran satisfechas, o definitivamente insatisfechas.

Aunque es una cláusula contractual, a semejanza del domicilio especial contractual, no genera obligación alguna. No hay un dar, hacer, o no hacer, a consecuencia de ella. Por ende no prescribe. Es una mera convención.

Y si no prescribe, ¿Cómo cesa el efecto de la prórroga de jurisdicción?. De la misma forma que se acordó.

⁴⁵ TOBIAS "Tratado.." op y loc cit. destaca que alguna jurisprudencia ha considerado que un largo transcurso del tiempo acarrea su cesación C2a. Civ.LL44-401; C1a. Civ. JA 40-499 V. CS, 21/03/2017, Estado Provincial y/o Gobierno de la Provincia de San Luis c. Instalaciones y Montajes Electromecánicos (IME) S.A. s/ daños y perjuicios - recurso de queja ,Fallos 340:212 , LA LEY 24/04/2017 , 11 LA LEY 2017-B , 479 RCyS 2017-VI , 176 • TR LALEY AR/JUR/2761/2017.

14.-Las cláusulas contractuales, su naturaleza, eficacia y funciones.

Sintetizando:

- a)** El periodo postcontractual se inicia al cumplirse las prestaciones principales del contrato o definitivamente no cumplirse.
- b)** Entre las cláusulas existen previsiones acordadas en la etapa precontractual (Vg oferta y aceptación), y otras incorporadas como pactos estando vigente el contrato ya celebrado. Son operativas para el cumplimiento del contrato y algunas - no todas - necesarias, a grado tal, que si no se hubiesen acordado, o luego pactado, el juez debería integrarlas al contrato.
- c)** Entre las cláusulas hay también previsiones contractuales para asegurar el cumplimiento de las prestaciones o asegurar un resarcimiento por incumplimiento. Se incorporan al contrato para ejercerse cuando el contrato ya no existe, por haberse operado su definitivo incumplimiento
- d)** Algunos acuerdos precontractuales que tenían por finalidad facilitar la celebración del contrato cumplieron su cometido al celebrarse el contrato y se extinguieron.
- e)** Todas las cláusulas mencionadas en b) y c) son estrictamente de naturaleza contractual y generan obligaciones, mientras que otras cláusulas contienen declaraciones unilaterales o meras convenciones.
- f)** En orden a la responsabilidad postcontractual, el contrato extinto actúa ultraactivamente para habilitar supuestos de responsabilidad postcontractual; sin perjuicio de la concurrencia temporal con casos de responsabilidad postcontractual surgidos de la ley (Vg por saneamiento).
- g)** La eficacia de las previsiones contenidas en las cláusulas referidas en b) y c) quedan sujetas a la prescripción liberatoria.
- h)** El domicilio especial contractual, aunque formalmente se establece en una cláusula contractual, excede la vigencia del contrato y dura mientras subsisten sus efectos. Puede modificarse unilateralmente pues, es atributo de la personalidad del sujeto que lo denuncia, tanto como el domicilio real al que sustituye a los efectos de contrato. No genera obligación alguna
- i)** La prórroga de jurisdicción aunque es una cláusula contractual, a semejanza del domicilio especial contractual, no genera obligación alguna. Es una mera convención y las convenciones al no generar obligaciones, no prescriben

j) Las cláusulas referidas en h) y j) no son afectadas por prescripción alguna

Tal es el meollo de estas líneas.