

RESÚMENES DE PONENCIAS

III ENCUENTRO DE DERECHO CIVIL URUGUAYO 2024

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL - SALAS II - III

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA



**FACULTAD DE
DERECHO**



**UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY**

Negocio indirecto: Concepto, elementos y ejemplos principales. Análisis de su validez.

Jaime Berdaguer

1. Tras exponer el concepto, los elementos y los principales ejemplos del negocio indirecto, nuestra primera finalidad será - a la luz de las diversas figuras concretas a través de las cuales se manifiesta - determinar: a) si las mismas rebelan (o no) la existencia de una causa común; b) si para ello presta utilidad la “teoría de la causa concreta”; c) y si resulta posible (o no) considerarlo como una “categoría jurídica” independiente.
2. El segundo objetivo lo constituirá el análisis de la validez (o no) del negocio indirecto tanto en el plano general como respecto de algunas hipótesis concretas del comercio jurídico, vinculándolo con las normas y principios de orden público y con las nociones de “normas materiales” y de “negocio en fraude a la ley”.

Comentario de reciente sentencia sobre simulación de la S.C.J. [*]

Soledad García Fariña y Fernando Tovagliare

El caso que se comenta: Se impugnó por simulación absoluta, una compraventa de la nuda propiedad de tres unidades de propiedad horizontal. Dicho contrato fue celebrado entre los abuelos paternos del actor, con dos sobrinos de éstos.

Según el actor, sus abuelos (paternos) articularon una compraventa simulada de la nuda propiedad, reservándose para sí mismos el usufructo vitalicio de los inmuebles. Sin embargo, -según sostuvo el actor- el negocio careció de una verdadera contraprestación pues, no se integró precio alguno.

Los demandados (sobrinos), al contestar la demanda, alegaron la existencia de una simulación relativa objetiva. Sostuvieron que los abuelos del actor quisieron donarle a ellos (sobrinos), la nuda propiedad de las unidades en cuestión. No obstante, por consejo del escribano interviniente, simularon una compraventa.

En primera instancia se declaró la nulidad, por simulación absoluta, de la compraventa. Y se condenó a los sobrinos en cuestión (demandados) a reintegrar al actor en su calidad de único y universal heredero, todas las rentas percibidas a través del arriendo de las unidades.

En segunda instancia el TAF 1º revocó la sentencia y desestimó la demanda, entendiendo que en el caso se configuró una simulación relativa objetiva, en la que detrás de la compraventa (negocio simulado) hubo una donación querida por la partes (negocio disimulado), que fue válida y eficaz, pues la misma no vulneraba las legítimas del actor.

La S.C.J. casó la sentencia de segunda instancia y mantuvo firme el pronunciamiento de primera instancia que declaró la nulidad absoluta de la compraventa por simulación absoluta.

Los temas que suscitan interés: la existencia de la simulación, su naturaleza y sus tipos; el acuerdo simulatorio, su naturaleza, y su posible licitud; la relevancia del acuerdo simulatorio como elemento central y unificante del proceso simulatorio; la relevancia de la causa simulandi como elemento central en el proceso simulatorio.

Problemas a abordar: ¿Es adecuado examinar de forma aislada o separada los elementos de la simulación? ¿Es posible prescindir del examen del acuerdo simulatorio? ¿Tiene una causa dicho acuerdo? ; ¿cuál es?; ¿puede ser lícita?; ¿qué repercusiones tiene ello? ¿La causa simulandi, es un elemento contingente o se encuentra dentro de uno de los elementos estructurales del proceso simulatorio (el acuerdo simulado) constituyendo la causa concreta del acuerdo simulatorio y en su caso del negocio disimulado.

Un enfoque del caso, parte del negocio simulado, como negocio autónomo, y constatando la falta de causa o consentimiento declara la nulidad absoluta del mismo.

Otro enfoque, percibe al proceso simulatorio como una unidad que tiene su génesis en el acuerdo simulatorio, y examinando dicho acuerdo y la causa concreta del mismo, concluye que la finalidad perseguida por las partes en el proceso simulatorio fue lícita, y por ende, el acto realizado en cumplimiento de dicho acuerdo, esto es, el negocio disimulado, también fue lícito, y por ende desestima la pretensión.

[*] Esta ponencia es un resumen del trabajo realizado por el Grupo de Estudios de Derecho Civil de la Universidad Católica del Uruguay, dirigido por el Profesor Luis Larrañaga. El trabajo se titula “¿Simulación absoluta o relativa? ¿Lícita o ilícita? Análisis de la sentencia N° 1399 de la S.C.J. del 21/12/2023”, y ha sido comentado en el Conversatorio en Homenaje al Prof. Juan Blengio, realizado los días 2 y 4 de setiembre del corriente año en UCU. Los coautores han sido: Soledad García Fariña, Rodrigo Canadell y Fernando Tovagliare

Cláusula de receso unilateral ad nutum y contrato de opción extintiva

Carlos de Cores Damiani

Tema: Receso unilateral

Problema a abordar: Viabilidad del pacto de receso en los contratos de ejecución continuada con plazo, y su vinculación con el instituto de la opción extintiva.

Respuesta que se sugiere: Será cuestión de interpretar la voluntad de las partes si se quiso pactar una u otra modalidad, cuyos efectos en definitiva no difieren mayormente. En cualquier caso, la ausencia de cuestionamientos explícitos a la figura de la opción extintiva parece constituir un argumento adicional en favor de la licitud de la cláusula de receso ad nutum en contratos con plazo.

Argumento/s central/es: En anterior ponencia en el primer Encuentro de Derecho Civil (2022) se desarrolló una postura favorable a la licitud de la cláusula de receso ad nutum en los contratos con plazo, con fundamento en la idea de plazos alternativos por un lado, y en la viabilidad de pactar que el plazo no sea en favor de ninguna de las partes o lo sea para una sola (art. 1436 CC). Asimismo, se indicaron las razones por las cuales la multa penitencial, que algunos autores reclaman como sacrificio para el recedente a efectos de admitir la licitud de la cláusula, no puede ser judicialmente moderada.

En esta oportunidad se pretende ampliar la fundamentación tendiente a la admisión de este tipo de cláusulas, a través de la comparación del receso unilateral con la opción extintiva, y su posible asimilación. El contrato de opción, como es sabido, implica un acuerdo por el cual una parte llamada concedente, confiere a la otra llamada optante, la posibilidad de perfeccionar un ulterior contrato previsto por la opción, con la sola manifestación de su voluntad de aceptación. La doctrina suele discutir si lo que el concedente hace es renunciar a la facultad de revocar la propuesta, o asume una obligación de no revocarla, pero eso es irrelevante a los efectos de la presente ponencia.

La modalidad que se acaba de reseñar es la opción constitutiva, que es la que mayormente se estudia cuando se habla de esta figura contractual. Sin embargo, los autores son contestes en que puede también asumir una vicisitud modificativa (el típico caso de opción de prórroga del plazo en un contrato de arrendamiento) e incluso –en lo que interesa para este estudio– extintiva; vale decir, que la opción brindada por el concedente al optante es que este último mediante su sola voluntad, en lugar de perfeccionar el acuerdo, lo rescinda. Jorge Gamarra (Tratado de Derecho Civil Uruguayo, tomo IX, p. 170), sin perjuicio de centrar su análisis en la constitutiva, indica que la opción puede estar dirigida a producir también efectos modificativos o extintivos, agregando que por esta razón el campo de aplicación de la opción es más vasto que el del contrato preliminar, al que señala como únicamente concebible para la formación de otro contrato.

Incluso Jaime Berdaguer, en su reciente tomo VI de los Fundamentos del Derecho Civil (p. 467), ejemplifica la opción extintiva de la siguiente manera: “en un contrato de arrendamiento, tras estipular cierto plazo general de duración, se agrega una cláusula en virtud de la cual, por ej, el arrendador le confiere al arrendatario la facultad unilateral de extinguir el contrato en cierta fecha anterior a la de aquella que se ha pactado para la finalización del contrato”. Como se observa, estamos ante algo muy similar a una cláusula de receso ad nutum, dado que por definición, también en el contrato de opción, la voluntad del optante carece de condicionamientos o justas causas para su ejercicio.

De este modo, la cláusula de receso unilateral inserta en un contrato con plazo, podría ser considerada como una opción extintiva a favor de una parte o de ambas. Este enfoque dista de ser una novedad: de hecho, autores italianos como Giovanni Gabrielli han considerado a la cláusula de receso unilateral como una opción tendiente a la configuración de un mutuo disenso. Otros estudiosos más recientes del tema como Sandro Nardi y Nicoló Massella han procurado rebatirlo, pero no tanto por juzgarlo equivocado: sostienen que este temperamento no contribuye a la calificación jurídica del receso, sino que es más bien un asunto de interpretación contractual.

Si bien el receso ad nutum en los contratos con plazo suele ser visto con recelo, no ocurre lo mismo con la opción extintiva, que como viene de verse no recibe mayores cuestionamientos. Lo cual resulta curioso si consideramos que los efectos de una y otra son análogos. En este sentido, no se tiene conocimiento de sentencias que hayan tratado opciones extintivas, presumiblemente porque no es frecuente verlas redactadas de esa forma en los contratos. De todos modos, cabría interrogarse cómo fallarían los tribunales ante tal escenario. El razonamiento judicial está habituado al control del ejercicio abusivo de la facultad de receso unilateral, en particular en contratos de distribución, no así respecto al ejercicio de una opción. Sin embargo, teóricamente, en la misma línea que para el receso, podría concebirse un ejercicio abusivo si se comprueba que el optante inspiró en el concedente una confianza significativa en que la opción no iba a ser ejercida. Aunque pueda concebirse como artificiosa la asimilación de la cláusula de receso con la opción extintiva, la admisión sin reparos de esta última parece abonar la tesis de la admisibilidad del pacto de receso en los contratos con plazo.

La cláusula de declaraciones y garantías

Gerardo Caffera

La cláusula de declaraciones y garantías es aquella por la cual una parte del contrato declara que es verdadera cierta realidad y lo garantiza. Estas cláusulas normalmente se expresan diciendo que la parte tal o cual del contrato "declara y garantiza" algo. Este tipo de cláusulas ya adquirió Carta de ciudadanía en nuestro derecho, al cual fue trasplantado desde los sistemas del Common Law. Más allá de los aspectos inmediatamente prácticos relacionados con esta especie de pacto contractual hay temas teóricos y dogmáticos de fondo que rodean a este singular tipo de acuerdo de voluntades.

En los contratos, las partes se obligan, es decir realizan un acto de habla performativo que por si mismo transforma la realidad, no la declara. Al decir me obligo adquiero una obligación, no informo que la tengo sino que la creo. Así define el código de la sustancia del acto de contratar en el artículo 1247: "una parte de obliga para con la otra".

Sin embargo, la cláusula de declaraciones y garantías nos enfrenta a un actor contractual que como primer cosa no transforma la realidad (obligándose) sino que declara algo acerca de ella. Es decir, asevera, informa, o afirma que la realidad es de tal o cual manera.

La forma obvia en que este tipo de actos de habla informativos sobre hechos se conectan con el plano jurídico es la expresión "garantiza". Cuando se dice que alguien declara y garantiza se está diciendo que está otorgando una garantía de veracidad de lo declarado. Esto supone que de alguna forma el declarante va a asumir una obligación de remediar la situación en caso de falsedad. En términos técnicos podría decirse que pacta una obligación bajo condición suspensiva siendo la condición suspensiva la falsedad de lo declarado. La conexión de la declaración y lo jurídico sería que su falsedad constituye el contenido de una condición suspensiva (es un evento-condición). El hecho de que se trate de una garantía indica a su vez que el declarante no se obliga a hacer que lo declarado sea verdad, y que su obligación en caso de falsedad no es una sanción por un incumplimiento, sino la consecuencia de un hecho aséptico normativamente si lo consideramos en forma aislada.

Esto parece agotar la cuestión. Sin embargo, queda otra pregunta por hacerse. Quizás en vez de ver la expresión "declara y garantiza" como una unidad inescindible podamos concebirla como la conjugación de dos expresiones de voluntad ("declara" por un lado y "garantiza" por otro) con identidad propia. En este terreno hemos trabajado junto con el Prof. Elias Mantero.

En nuestro análisis la declaración por si sola ya puede tener relevancia jurídica aún cuando esté desprovista de la garantía. Hemos sugerido que puede ser vista como descripción de una calidad exigida a la cosa debida. La declaración en el contexto de un contrato entonces ya no sería una genuina declaración sino que solo lo sería en apariencia. En realidad sería una forma oblicua de describir el objeto del contrato de forma tal que si lo declarado no es el caso entonces el vendedor al entregar la cosa estaría dando algo distinto de aquello a que se obligó. Por tanto se trataría de una hipótesis de incumplimiento de la obligación de dar del vendedor. Aunque no se diga en el contrato, por efecto de las normas supletorias de la ley todos los remedios del incumplimiento (ejecución forzada, resolución y pena) se agregarían a los daños.

Cada uno de los segmentos de la expresión "declara y garantiza" tendría entonces un significado jurídico propio y los dos se sumarían en la cláusula. Esta visión híbrida de la cláusula declaraciones y garantías

implica un cambio respecto de la forma monista (basada solo en la garantía) que se consideraba hasta ahora.

Sobre los puntos indicados girará la reflexión a realizar durante la exposición.

La obligación de transferir el dominio en la compraventa [*]

Gonzalo Rivera y Agustín Texo

Tema: En el ámbito del contrato de compraventa y, específicamente, en el contenido de la obligación del vendedor, el enunciado “dar una cosa” (art. 1661 CC) podría implicar la obligación de entregar la posesión de un bien o la obligación de transferir el dominio, aspecto que ha sido debatido en el ámbito doctrinal.

Problema a abordar: Tradicionalmente, se ha entendido que la obligación del vendedor, en la compraventa regulada en el Código Civil, se circunscribe a la de entregar la posesión pacífica de la cosa. Así, Gamarra ha fundamentado tal extremo en lo dispuesto por el art. 1333, las notas de Narvaja, la contraposición con el Código Civil argentino de Vélez y lo establecido en el art. 1686. Ahora bien, la discordancia entre la finalidad de la compraventa (transferir definitivamente la propiedad de un bien al comprador) y la concepción tradicional acerca de la obligación del vendedor, sumado a la evolución legislativa post Código, nos llevan a abordar la problemática de analizar si es adecuada aquella perspectiva.

Respuesta sugerida: A pesar de que la jurisprudencia y la doctrina tradicional limitan el contenido de la obligación del vendedor al deber de entregar la posesión del bien, una revisión conceptual y contextual vinculada con otros contratos nominados del mismo Código Civil, así como con negocios jurídicos de similar contenido que la compraventa creados por leyes especiales posteriores a la época de la codificación, sumada a la aplicación de reglas de la interpretación lógico sistemática y evolutiva, nos lleva a proponer la plausibilidad de que el vendedor no sólo está obligado a entregar la posesión del bien, sino también a transmitir su propiedad, aun en ausencia de la cláusula de título perfecto.

Argumentos centrales: Mayoritariamente se ha entendido que la obligación del vendedor de “dar una cosa” (art. 1661) refiere a la entrega de la posesión y no a la transferencia de la propiedad, en línea con lo establecido por el codificador en sus “Fuentes, notas y concordancias”. Este criterio determina ciertas incoherencias entre la obligación del vendedor (quien solo se obligaría a entregar la posesión), la finalidad de la compraventa (que consiste en la transferencia de la propiedad) y la obligación recíproca del comprador (quien se obliga a transferir la propiedad del precio y, a cambio, recibe un mero acto posesorio de parte del vendedor). La afirmación del codificador resulta llamativa, a nuestra mirada, en el entendido de que el art. 1686 obliga al vendedor a “la entrega o tradición”, a diferencia de lo que indica previamente en sus “Fuentes”. La doctrina es conteste en que el interés fundamental que tiene el comprador consiste en adquirir la propiedad del bien. La opinión de Narvaja parece ser un enfoque parcial del derecho romano, que se traduce en contradicciones legales introducidas, como surge de varias disposiciones, donde utiliza indistintamente los términos “entrega” y “tradición” (entre otros, los arts. 758, 761 inc. 2, 762, 763, 764, 1333, 1334, 1337, 1680 y 1686). Por su parte, el propio codificador dispuso expresamente que en la permuta (negocio del cual surge la compraventa) la obligación de las partes consiste en transferir la propiedad (art. 1776). Lo mismo hizo el legislador posterior en otros negocios jurídicos, tales como la promesa de enajenación de inmuebles a plazos, la enajenación de establecimiento comercial, el fideicomiso y el leasing, entre otros, en los que se establece la obligación de transferir la propiedad. A partir de las reglas de interpretación de la ley (arts. 17 a 20), guiadas particularmente por una interpretación lógico-sistemática y teleológica, sumada a una interpretación evolutiva, entendemos plausible sostener que el vendedor está obligado a transferir el dominio. Se desprende de los antecedentes romanos, de la doctrina contemporánea y de la legislación posterior, que

la obligación del vendedor no queda limitada a la de entregar la posesión del bien al comprador, sino que también contiene la de transmitir su propiedad.

[*] Esta ponencia es un resumen del trabajo realizado por el Grupo de Estudios de Derecho Civil de la Universidad Católica del Uruguay, dirigido por el Profesor Luis Larrañaga. El trabajo se titula “Compraventa: La obligación legal de transferir el dominio. Una actualización olvidada”, y ha sido publicado en la Revista de Derecho (UCU), N° 29. Los coautores han sido: Luis Larrañaga, Soledad García Fariña, Gonzalo Rivera, Agustín Texo, Ornella Balarini, Bruno Bonilla, Rodrigo Canadell, Julieta de Souza, Joaquín García, Santiago Menéndez, Bruno Moglia, Candelaria Olaso y Luis Seguí. Link de acceso al trabajo: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/3835>

Los seguros con función de garantía en la Ley N° 19.678

Alfredo Frigerio Manduré

Tema: La utilización del contrato de seguro con función de garantía en la Ley N° 19.678 para diferentes tipos de obligaciones.

Problema a abordar: La Ley N° 19.678 no regula en forma específica la utilización del contrato de seguro con función de garantía. No obstante, el art. 64 de dicha ley menciona que se admite la contratación de seguros “*de crédito, de fianza, de caución*” (entre otros) y que a dichos seguros “*se regirán por las reglas de los seguros de daños patrimoniales, sin perjuicio de las disposiciones específicas que se dicten o rijan para cada uno de ellos*”, sin asignar luego un régimen jurídico específico a cada uno. Asumiendo que los seguros de crédito, de fianza y de caución tienen función de garantía, el problema a abordar es si la aplicación de “*reglas de los seguros de daños patrimoniales*” permiten cumplir una función de garantía o no.

Respuesta sugerida: La ausencia de regulación específica de los seguros con función de garantía en la Ley N° 19.678 no impide su contratación. La aplicación de “*las reglas de los seguros de daños patrimoniales*” y de la parte general de la misma Ley es suficiente para construir un régimen jurídico que permita que dichos seguros desempeñen la función de garantía que están destinados a cumplir.

Argumentos centrales: La afirmación de que las disposiciones de la Ley N° 19.678 permiten un funcionamiento correcto de los seguros con función de garantía se fundamenta principalmente en los siguientes argumentos.

En primer lugar, el art. 64 de la Ley N° 19.678 establece que es posible contratar seguros de “*crédito, de fianza y de caución*”. Sin perjuicio de que la Ley no define lo que debe entenderse por cada uno de estos seguros, es posible considerar que aun con diferencias y con ciertos cuestionamientos respecto de la independencia de figuras como el de caución y el de fianza, cualquiera de estos seguros cumplen una función de garantía en tanto pretenden indemnizar a un acreedor el daño que se produce por el incumplimiento de obligaciones asumidas por sus deudores. Por este motivo, es la misma Ley la que autoriza la contratación de este tipo de seguros.

En segundo lugar, el art. 64 ya mencionado establece que a los seguros de “*crédito, de fianza y de caución*” se les aplican “*las reglas de los seguros de daños patrimoniales, sin perjuicio de las disposiciones específicas que se dicten o rijan para cada uno de ellos*”. En la medida que no existen disposiciones específicas que rijan de forma diferente a los seguros mencionados, corresponde concluir que su regulación está dada por la normativa general de los seguros de daños patrimoniales (arts. 54 a 64 de la Ley) y la parte general de la Ley aplicable a todos los seguros, salvo que se establezcan soluciones especiales diferentes (arts. 1 a 53 de la Ley). La interpretación de las disposiciones mencionadas permite precisar un régimen jurídico compatible con la función de garantía del contrato de seguro.

En tercer lugar y sin perjuicio de otros argumentos, si bien existen dificultades evidentes para compatibilizar ciertas disposiciones que la Ley hace aplicables a los seguros de crédito, fianza y caución con la función de garantía, en la medida que la misma Ley permite la contratación de estos seguros, existen ciertas disposiciones que permiten solucionar eventuales contradicciones entre la función de garantía y las disposiciones aplicables. En general, la forma de solucionar las dificultades está dada por el mecanismo del pacto de soluciones más beneficiosas para el asegurado que autoriza el artículo 1 de

la Ley (más allá de su carácter de orden público), lo que permitirá solucionar la mayoría de las contradicciones que pueden identificarse entre la función de garantía y las reglas de los seguros de daños patrimoniales.

Inteligencia artificial y el daño: ¿quién es el legitimado pasivo? [*]

Lucía Andrada, Andrés Mendive, Gianina Podestá, Silvina Vila

Tema: Los avances científicos y tecnológicos nos permiten hablar hoy de una Cuarta Revolución Industrial. El desarrollo de una tecnología disruptiva como lo es la Inteligencia Artificial ha tenido innegables impactos positivos; sin embargo es necesario también abordar el problema de los posibles impactos negativos, frente a los cuales los ordenamientos jurídicos deben prepararse para generar respuestas adecuadas.

En tanto fenómeno social el derecho forma parte de esa realidad dinámica que intenta regular, pero su evolución siempre es más lenta.

Uruguay no cuenta con normativa específica en la materia y por lo tanto deben ser analizados los institutos vigentes con vocación para regular el tema. En el ámbito del derecho civil corresponde revisar las disposiciones del Código Civil y las disposiciones de la Ley de Relaciones de Consumo.

Problema a abordar: Una primera pregunta a contestar es a qué nos referimos cuando hablamos de inteligencia artificial, una expresión sobre la cual no hay acuerdo a pesar de su antigüedad, probablemente como consecuencia de sus incontables aplicaciones y su mutabilidad en cortos períodos. Para este trabajo partiremos de los parámetros establecidos en la reciente legislación europea.

En cuanto a la legitimación pasiva en caso de daños ocasionados a usuarios o terceros como consecuencia del uso o intromisión de la IA, nos cuestionamos, ¿a quién se le atribuye la responsabilidad cuando la inteligencia artificial produce daños? o incluso, ¿a quién se le debería atribuir? La última cuestión nos interpela respecto de la conveniencia y/o necesidad de adaptación del derecho vigente para dar una respuesta suficiente y adecuada a la problemática.

Desarrollo: El pasado 13 de marzo de 2024, el Parlamento Europeo aprobó el Reglamento de Inteligencia Artificial cuyo objetivo básico es garantizar que los sistemas de IA utilizados en la UE sean seguros, transparentes, trazables, no discriminatorios y respetuosos con el medio ambiente.

La Comunidad Europea ha avanzado hacia un sistema basado en el análisis del riesgo como elemento categorizador esencial a efectos de regular los sistemas de IA., estableciendo una escala diferenciada según que el riesgo se considere inaceptable, alto, limitado o bajo. Ahora bien, si consideramos el riesgo como factor de atribución de responsabilidad civil, nos enfrentamos a ciertas dificultades, porque no todas las IA generan el mismo grado de riesgo, el cual está en estrecha relación con el grado de autonomía del sistema, debido a la opacidad en su comportamiento.

El Parlamento Europeo considera que los sistemas de IA de alto riesgo deben diseñarse y desarrollarse de tal modo que las personas físicas puedan supervisar su funcionamiento, así como asegurarse de que se usan según lo previsto y de que sus repercusiones se abordan a lo largo del ciclo de vida del sistema. Define las responsabilidades específicas de los responsables del despliegue, principalmente en cuanto a la adopción de medidas técnicas y organizativas para garantizar que los sistemas de IA de alto riesgo se utilicen conforme a las instrucciones de uso. El Artículo 25 refiere a las responsabilidades a lo largo de la cadena de valor de la IA, señalando que cualquier distribuidor, importador, responsable del despliegue o tercero será considerado proveedor de un sistema de IA de alto riesgo y estará sujeto a las obligaciones del proveedor previstas en el artículo 16.

En el ámbito de la Ley de Relaciones de Consumo el software, esté o no incorporado a un hardware de forma inescindible, puede ser identificado como producto, ya que la ley incluye en esta definición a cualquier bien corporal, incorporal, mueble o inmueble (art. 5).

La responsabilidad por daños creados por productos defectuosos está regulada en el artículo 34, siendo la responsabilidad del proveedor objetiva, pudiendo exonerarse por causa extraña.

En el régimen común (Código Civil) la responsabilidad por los daños causados mediante el uso de sistemas de inteligencia artificial o productos que la utilicen quedaría regida por el artículo 1324 del Código Civil en tanto se trataría de casos de la llamada responsabilidad por el hecho de las cosas.

Hoy la interpretación mayoritaria, tanto en doctrina como en jurisprudencia, sostiene que se trata de una responsabilidad por hecho propio, basada en la culpa, con la ventaja para la víctima del daño de estar eximida de tener que probar la culpa del ofensor, ya que el inciso final del artículo 1324 la presume. Otras interpretaciones exploran la posibilidad de adicionar la presunción de la relación de causalidad, y otras más proponen una lectura del acápite del artículo 1324 que permitiría responsabilizar al guardián según un factor de atribución objetivo.

Consideramos que la propuesta de la Unión Europea puede ser un modelo interesante a seguir. Además, es esencial que el sistema legal establezca mecanismos de protección que cumplan una función preventiva de daños y si estos se generan, formas de reparación adecuadas. Podría adicionalmente considerarse el establecimiento de seguros obligatorios.

En otro orden y tal vez como pocas veces en otros ámbitos, el jurista no puede eludir la perspectiva ética de análisis. La potencialidad de la inteligencia artificial abarca extensiones cuya bondad aún no puede ser determinada.

[*] Esta ponencia es un resumen del trabajo realizado por Lucía Andrada, Alicia Brunetti, Andrés Mendive, Gianina Podestá, Silvina Vila. El trabajo se titula INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DAÑO: ¿quién es el legitimado pasivo? y ha sido publicado en el Anuario de Derecho de Derecho Civil, Tomo LIV. Págs. 741 a 747.

La responsabilidad civil de los influencers: ¿publicidad no tradicional o libertad de expresión?

Nicolás Pallas Aguilar

En el último tiempo han proliferado en ambos márgenes del Río de la Plata los influencers. Productos de belleza que dan resultados inmediatos, criptoactivos distintos de los habituales, emprendimientos con rendimientos muy por encima del mercado (el inefable caso Zoe), y variadas plataformas de apuestas deportivas. Todos ellos cuentan con distintos terceros, de distinta solvencia y credibilidad, que recomiendan la adquisición de productos y servicios en cada una de estas plataformas.

La cuestión es determinar su eventual responsabilidad cuando dichos productos y servicios causan daños al consumidor. No hay en Uruguay norma específica alguna. Sin perjuicio de ello, puede verse el caso desde las normas generales de la Ley de Relaciones de Consumo (17.250) y del Código Civil en materia de responsabilidad. Allí, la actuación del tercero que, de algún modo, induce a contratar con resultado dañoso, se incluía dentro de la tutela aquiliana del crédito como dolo del tercero. Puesto que el dolo que viciaba el contrato con resultado nulidad es una hipótesis reservada al co-contratante[1], el dolo del tercero se resuelve en daños y perjuicios según las normas generales de la responsabilidad civil[2].

Si se analiza el prisma habitual de responsabilidad civil ante un hecho dañoso, no hay duda del factor de atribución objetivo al estar en sede de Consumo. Y puede alegarse un evidente nexo causal entre la actuación del tercero que recomienda la contratación y los daños causados por la contratación misma. Naturalmente, que la participación del tercero influencer es menor que la del proveedor y demás integrantes de la cadena que causan el daño; pero, al menos, estamos un supuesto de pérdida de chance por agravamiento del daño. Es decir, si el influencer no hubiera recomendado el producto, quizás el consumidor no hubiese llegado al mismo.

La cuestión central será la determinación del hecho ilícito del que recomienda, puesto que podrá ampararse en la licitud de la expresión de una recomendación y en el desconocimiento de la potencialidad dañosa del producto o servicio recomendado.

A falta de norma expresa, quedan dos posibles salidas para imputar responsabilidad a este tercero.

La primera, es aplicar las normas de publicidad engañosa de la Ley 17.250[3] no solo al proveedor, sino a cualquier sujeto. De hecho, la norma, si bien daría por sentado que la publicidad emana del proveedor, no lo restringe expresamente. La restricción a la publicidad en materia de consumo, ya funciona como una restricción legítima a la expresión.

En segundo lugar, una reciente Sentencia de la Suprema Corte de Justicia (377/2023) en materia de plataformas de apuestas deportivas reafirma el principio de que es ilícito publicitar algo ilícito, independientemente del conocimiento de la ilicitud.

En efecto, la Suprema Corte de Justicia analiza un pedido de inconstitucionalidad realizado por la Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL) con relación a la imposición de multas administrativas que el Poder Ejecutivo uruguayo le impuso por publicitar, en sus eventos, plataformas de apuestas deportivas prohibidas en el Uruguay. De este modo, la CONMEBOL señaló que se estaba violando derechos constitucionales de libertad de expresión, trabajo y propiedad, al castigarla por publicitar a sus auspiciantes.

La Corte expresa categóricamente que la libertad de expresión puede ser limitada por razones de interés general cuando alude a actividad prohibidas, ilícitas o dañosas. *“La restricción de la publicidad supera el test de necesidad para lograr el fin perseguido, dado que esta limitación se encuentra en relación teleológica con la prohibición de los sitios de apuestas no autorizados. Colofón: si se trata de canales prohibidos en territorio uruguayo, va de suyo que no debe permitirse su publicidad.*

No hay vulneración a la libertad de empresa o propiedad por el hecho de restringir la publicidad de actividades que se encuentran prohibidas.”

El argumento central de los influencers puede caer, analógicamente, con esta reciente sentencia. No hay libertad de expresión que permita publicitar onerosamente plataformas que, luego, causan daños a terceros. Es, en este punto, necesaria una reforma legislativa.

Se concluye con la necesidad de dar un verdadero marco jurídico a esta publicidad de terceros[4] que incluya expresamente en la cadena de responsables a quien realice una actividad onerosa y a conciencia. Que el consumidor pueda conocer en todos los momentos si esta publicidad es gratuita u onerosa. Y si el influencer utiliza efectivamente el producto o servicio. Al final del día, la protección del consumidor digital debe ser la suficiente para tomar decisiones racionales sobre que se está adquiriendo y sobre quiénes son los responsables si algo falla.

[1] Art. 1275 inc. 2 del Código Civil: “...palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contrayentes, fuese inducido el otro.”

[2] GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XXVI*, pág 161. Los Profesores Caffera y Mantero llegan al mismo resultado a través de la “*Incidencia dañosa por inducción positiva a contratar*” dentro de la tutela aquiliana del crédito en fase genética. CAFFERA, Gerardo y MANTERO, Elías *Protección extracontractual del crédito*, pág. 122

[3] Art. 24: *Queda prohibida cualquier publicidad engañosa. Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios que sea entera o parcialmente falsa, o de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor respecto a la naturaleza, cantidad, origen, precio, respecto de los productos y servicios.*

[4] Tal como se ha hecho, por ejemplo, mediante normas de buenas prácticas en Reino Unido en 2018, <https://www.asa.org.uk/static/790d2e01-e3f8-4fea-b3c99ef91a9f04dc/Influencerguidance2023v4-FINAL.pdf> o en Estados Unidos en 2023 <https://www.ftc.gov/business-guidance/advertising-marketing/endorsements-influencers-reviews>

Legitimación activa para reclamar una indemnización por daños derivados de infracciones al derecho de la competencia

Anarella Porzio

La aplicación privada del derecho de la libre competencia, esto es, la aplicación de los ilícitos antitrust como fundamento para resolver conflictos de derecho privado (fundamentalmente en el ámbito de las acciones de daños por responsabilidad civil) ha sido un área del derecho en general ignorada por la doctrina. Sin embargo, los carteles, las prácticas de exclusión, los abusos de posición de dominio y demás conductas prohibidas por el derecho antitrust causan inmensos perjuicios y pérdidas económicas.

Las víctimas de estos daños son muy variadas y el análisis de su eventual legitimación para pretender obtener una reparación indemnizatoria comprende diversos aspectos problemáticos y de enorme trascendencia.

Entre otros, aparecen en el horizonte un círculo amplio de posibles perjudicados, que abarca como mínimo a las empresas que compiten lícitamente con los infractores, los distribuidores de productos y servicios, los proveedores de los infractores y consumidores finales. En torno a los adquirentes directos de los infractores se plantea la controversia sobre su legitimación activa cuando repercuten el sobreprecio o sobrecostos generado por la infracción antitrust en el siguiente eslabón de la cadena de producción-distribución. En caso de reservarse la legitimación activa solo para quienes hayan tenido que abonar el sobreprecio repercutido, es posible que sean los consumidores, quienes terminen siendo los legitimados para reclamar la mayor parte de los daños y perjuicios derivados de una infracción. En este último caso, estos daños estarán normalmente atomizados entre miles o incluso millones de consumidores, ninguno de los cuales individualmente tendrá interés en reclamar un perjuicio que será más pequeño que lo que cuesta el proceso que tendrá que iniciar.

Los datos personales en la relación de consumo

Victoria Suárez

La protección de los datos personales implica tutelar el derecho a la privacidad. Este derecho ha sido reconocido en múltiples pactos internacionales en materia de Derechos Humanos y es, generalmente, reconocido por los ordenamientos nacionales.

El ámbito de las relaciones de consumo se destaca como uno particularmente riesgoso en materia de datos personales. En el proceso de adquisición del producto o servicio, el sujeto concede información personal que será utilizada, en principio, por el proveedor, con fines comerciales. Si bien esto no conforma una problemática novedosa, se encuentra actualmente potenciada por el explosivo desarrollo del e-commerce y el uso de sofisticadas herramientas informáticas para la recolección, análisis y sistematización de los datos. Es más, esto último ha dado lugar a un nuevo sector especialmente rentable: la correduría de datos; empresas que se dedican específicamente al tratamiento de información que será utilizada por terceros, con diversos fines.

Es en este contexto que actúa el consumidor hoy. Ese consumidor que ha sido reconocido como sujeto vulnerable en la relación que entabla con quien provee el producto o servicio que adquiere o utiliza, se enfrenta ahora a sistemas expertos sin siquiera advertir su acción. En el afán de hacerse de ciertos bienes, o formar parte de ciertas comunidades digitales, el sujeto avanza concediendo permisos que exponen sus datos y los de terceros, sin dimensionar las consecuencias que ello implica. Simplemente, avanza y permite, puesto que, de lo contrario, no podrá acceder a todo aquello que necesita o al menos, cree necesitar.

La realidad considerada al momento de dictarse la legislación protectoria del consumidor implicaba su interacción con un profesional. A su vez, la regulación en materia de habeas data atendía a la existencia de bases de datos estatales o institucionales que albergaban información. Pero ahora el contexto es otro: el mercado se conforma de complejas redes cuyos operadores son desconocidos, y su acción no se limita a la mera recopilación de datos. El grado de vulnerabilidad del consumidor aumenta porque interactúa con lo anónimo y es objeto de un análisis profundo, tremendamente pormenorizado de su intimidad, por sistemas capaces de manejar enormes cantidades de información.

El mercado globalizado, desprovisto de fronteras territoriales, potenciado por el creciente avance tecnológico y un aumento del comercio electrónico, obliga a reformular la protección en materia de consumo, la que debe evitar el menoscabo de derechos.

Por un lado, el principio protectorio debe atender a la nueva realidad del “panóptico digital”, donde el proveedor concentra la más variada información del consumidor. Se debe asegurar que el efectivo control sobre los datos personales se mantenga siempre en poder de su titular. Y esto ha de ser así durante todo el transcurso del vínculo, desde el primer acercamiento y hasta tanto el proveedor mantenga en sus bases los datos obtenidos. Las nuevas tecnologías no deberían valerse de la pérdida de privacidad en los sujetos, ni hacer inviable su efectividad.

Por otro lado, es fundamental lograr al menos armonía en la legislación comparada. El ecosistema tecnológico mundial y el flujo internacional de datos, requieren de soluciones que vayan más allá de los límites estatales, ya se trate de regulaciones nacionales estandarizadas, armónicas, o bien de tratados internacionales con carácter obligatorio. De esa forma, la tutela de los derechos podría efectivizarse más allá de las fronteras, algo fundamental si se considera que las vulneraciones frecuentemente provienen de lugares remotos, ajenos a las fronteras estatales en que se encuentre el consumidor afectado.

La reflexión que se propone es: ¿Queremos que lo desconocido nos conozca? ¿Queremos que el algoritmo nos indique necesidades y nos pauté el camino a seguir en el mercado del consumo? ¿Estamos dispuestos a que la inteligencia artificial tome las decisiones por nosotros? No es inconveniente que así sea, pero esa debe ser una decisión consciente, informada. De lo contrario, deben existir mecanismos que eficientemente permitan al consumidor mantener su privacidad alejada del proveedor, sin quedar por ello excluido del mercado de bienes y servicios.

Venta de unidades en el pozo y contratos de adhesión

Hillary Marks

Las ventas de unidades “en el pozo” se encuentran consagrados en nuestro medio como una de las principales formas de comercialización de inmuebles, sobre todo respecto de aquellos en régimen de propiedad horizontal.

Dichos contratos son categorizados en forma pacífica por la doctrina y la jurisprudencia como contratos mixtos o complejos, en la medida en que involucran obligaciones caracterizantes de dos tipos contractuales, a saber: la promesa de enajenación de inmuebles a plazo y el arrendamiento de obra o contrato de construcción. En efecto, de la promesa de enajenación de inmuebles a plazo se incluye la obligación del promitente enajenante de transferir el dominio y entregar el bien, así como la obligación del promitente adquirente de pagar el precio; mientras que, del contrato de construcción se incluye la obligación de construir y entregar la unidad prometida en venta por parte del promitente enajenante / constructor.

La práctica indica que esta clase de contratos por los cuales se venden unidades en construcción o a construirse suelen ser de adhesión, en la medida en que el promitente enajenante es quien redacta los modelos de contratos que a la postre suscribirán los promitentes adquirentes, no pudiendo estos últimos introducir modificaciones sustanciales sobre los aspectos centrales del contrato. En otros términos, el promitente adquirente no puede negociar las condiciones sustanciales de la contratación, como por ejemplo el precio a abonar, el plazo de entrega de la unidad, tipo y monto de las cláusulas penales, etc, sino que ello es determinado en forma unilateral por el promitente enajenante, limitándose el primero a aceptar los mismos. Claro está que ello no significa que los contratos no puedan ser negociados y en tal caso, las partes podrán convenir libremente sus términos, lo que escapa al objeto del presente análisis.

Por otra parte, los contratos de promesa de compraventa de unidades en construcción o a construirse que son de adhesión, pueden además ser de consumo u ordinarios. Para que sean contratos de consumo se requiere que se trate de una relación de consumo, la cual puede definirse sucintamente como el vínculo oneroso entre un consumidor, entendido como el destinatario final del bien a adquirir, y un proveedor, entendido como quien desarrolla su actividad en forma profesional y habitual. En tal sentido, y en términos generales, puede sostenerse que los contratos objeto de análisis serán de consumo si el promitente enajenante reviste la calidad de proveedor y el promitente adquirente la de consumidor. Si concluimos que el contrato mixto de construcción y promesa de compraventa es de adhesión pero además es de consumo, entonces será de aplicación la regulación dada por la Ley No. 17.250 en materia de cláusulas abusivas y sus consecuencias (nos referimos a la nulidad).

Lo relevante del punto es que no todos los contratos de venta de unidades en el pozo que son de adhesión son también de consumo, lo que repercute directamente en la aplicación de la regulación en materia de cláusulas abusivas antes mencionado.

Pero incluso en aquellos contratos que son de adhesión y de consumo, deberá analizarse el contenido de las cláusulas en cada caso concreto para determinar si las mismas generan un claro e injustificado desequilibrio en perjuicio del consumidor o si son contrarias a la buena fe, revistiendo por tanto el carácter de abusivas. En tal sentido, se analizarán algunos ejemplos de cláusulas que pueden generar controversia en torno a su calificación como abusivas, así como sus consecuencias (con especial énfasis en la declaración de nulidad de la cláusula y su integración por el juez), teniendo en consideración algunos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

Función socioambiental del contrato y autonomía privada

Santiago Mirande

Problema a abordar: La función socioambiental del contrato, ¿puede ser un nuevo límite a la autonomía privada? ¿Puede generar o incidir en algún tipo de patología interna o externa del contrato?

Respuesta que se sugiere: La disfuncionalidad socioambiental del contrato es un límite de la autonomía privada y puede generar patologías internas (estructurales) y/o externas (funcionales) del contrato.

1. Marco teórico y evolución de la función del contrato.

La función del contrato refiere a su propósito.

El concepto de i) función del contrato se vincula a otros conceptos: ii) al elemento estructural causa (en su concepción subjetiva y objetiva; abstracta y concreta); iii) al tipo contractual y iv) a la operación económica subyacente. La función del contrato y, en especial, su función social, ha sido referida como el propósito práctico normal de las partes y a los efectos del negocio jurídico, y su congruencia con dicha función. La causa del contrato es su finalidad y, a la vez, su elemento tipificante (índice del tipo). Los cuatro conceptos referidos han sido vinculados entre sí. La operación económica ha sido presentada y utilizada como dispositivo jurídico en diversos temas atinentes al contrato. Pero también se ha advertido sobre su indeterminación o falta de definición suficiente y por ser una noción elusiva. Ello puede dar lugar a fundamentos elásticos para decisiones discrecionales por sobre textos normativos concretos.

Lo relevante para la presente hipótesis es la evolución de tal contexto y sus posibles consecuencias.

2. Propuesta.

La función socioambiental del contrato se basa en una posible categoría de bien jurídico y de daño: la salud socioambiental y el daño socioambiental. Implica que el propósito y las consecuencias internas y externas del contrato no sean un instrumento para actividades abusivas y dañosas para la salud socioambiental.

3. Fundamento normativo de la función socioambiental del contrato.

En el sistema jurídico uruguayo el fundamento de este tipo de función del contrato puede derivarse tanto de textos normativos legales concretos como de principios jurídicos. Entran en juego, entre otros, la buena fe, la igualdad, la libertad, el abuso de derecho y el orden público. En especial, se propone como norma jurídica básica el inc. final 6 del art. de la referida Ley Nro. 17.283, el cual prevé una pauta de interpretación precautoria.

4. Ejemplos de contratos socioambientalmente disfuncionales.

Como ejemplos de aplicación concreta a ciertos contratos de disfuncionalidad socioambiental se proponen contratos que se celebran en el marco del consumo ambiental: el ghostwriting o escritura fantasma y los acuerdos de confidencialidad que se celebran con científicos que evalúan riesgos de productos en forma previa a su autorización para ser comercializados en el mercado.

5. Consecuencias internas y externas al contrato a partir de la disfuncionalidad socioambiental.

La función socioambiental del contrato puede ser un medio de control de validez y eficacia del contrato y un mecanismo de prevención de daños. Las patologías internas y externas del contrato que genera tal disfuncionalidad pueden basarse en: la ilicitud de su objeto o de su causa y la vulneración al orden público, entre otros. Tales tipos contractuales generan una manipulación del conocimiento y la controversia científica. Ello puede derivar en el bloqueo de la aplicación de la precaución.

6. Autonomía privada y posible reformulación de sus límites.

Los referidos límites clásicos de la autonomía privada pueden ser reformulados en situaciones de función socioambiental del contrato, algunos de ellos vinculados a algunos replanteos ya planteados en la doctrina clásica sobre el tema. Algunos de los nuevos límites pueden basarse en el orden público “de coordinación” y un orden público ambiental. En definitiva, la función socioambiental del contrato puede implicar un nuevo tipo, criterio o reformulación de límite a la autonomía privada cuya autoregulación privada afecte el orden público socioambiental.

Responsabilidad subjetiva y directa de Jerarcas por su propia culpa (por acción y/o por omisión)

Laura Sasías

“...con sus luces y sombras, y con sus confines siempre variables, ya que la responsabilidad civil nunca se está quieta...”[1]

I) Antecedentes

Suicidio de funcionario del Poder Judicial a fines año 2023 por haber sufrido acoso moral sistemáticamente desde sus Jerarcas.[2] [3] [4]

II) Introducción

Si bien los hechos que analizamos tuvieron como escenario, Organismo del Estado (Poder Judicial), caben abordarlos por pertenecer al Derecho de Daños[5] y ser encuadrable en ilicitud que provoca daño (jurídico) a sujeto (s), daños que corresponde atender quién o quiénes deben hacerse cargo, *“...y soportarlo...y se denomina responsable”*. [6]

Coincidimos con Vázquez[7] que: *“...la teoría de la responsabilidad no es patrimonio del Derecho privado o del Derecho público, sino que pertenece a la Teoría General del Derecho”*

En tal sentido la Resolución N°220/2024 de Suprema Corte de Justicia de 28 agosto 2024 dispuso:

“...En fin, el material probatorio sobradamente permite tener por acreditado el hecho infraccional -grave-...infringiendo los deberes estatuidos por el Convenio Internacional de Trabajo nro.190....ratificado por ley nro. 19.849...Nótese que la conducta de los sumariados no solo afectó el decoro y la dignidad del cargo, sino que causó graves perjuicios a funcionarios y ocasionó severas dificultades en el servicio....”[8].

Ante tales daños constatados y sufridos por sujetos varios: ¿quién o quiénes deben hacerse cargo de su reparación?

III) Derecho de Daños: ¿cómo aplica al presente caso?

1. *Su función preventiva y sancionatoria.* (No la referiremos en esta oportunidad, aunque sí lo hicimos en los trabajos de *antecedentes*)
2. *Su función reparatoria:* responsabilidad civil. Ante la ocasión de daño jurídico por hecho o acto ilícito de un sujeto, las consecuencias reparatorias deben ser trasladadas a quien la ley indica.

Analizaremos respecto a la resolución mencionada, los elementos componentes del sistema de la responsabilidad civil.

Daños:

a) *“...surgen acreditados en la instrucción los daños físicos y psicológicos que padecieron de gravedad inusitada, los funcionarios de dicha repartición como consecuencia de los referidos comportamientos...”* (pág. 32);

b) *“...Con su obrar los sumariados violentaron nada más ni nada menos que derechos humanos fundamentales de los funcionarios, tales como dignidad, honor e integridad reconocidos por nuestra Constitución y por los Convenios Internacionales....”* (pág. 32)

c) *“En definitiva, entiende la Corte que los diferentes accionares de los sumariados, relatados por los distintos funcionarios declarantes en el presente proceso, son indicativos del poder irrestricto que detentaban y de los daños ocasionados en la Oficina.”* (pág. 38)

d) *“Nótese que la conducta de los sumariados no solo afectó al decoro y dignidad del cargo, sino que asimismo causó graves perjuicios a funcionarios y ocasionó severas dificultades en el servicio”.*

e) *“...como circunstancia agravante la jerarquía de sus cargos...el grado de afectación del servicio y la gravedad de los daños causados...”*

Ilícitud: “...infringiendo los deberes estatuidos por el Convenio Internacional de Trabajo nro.190....ratificado por ley nro. 19.849...”

Relación de causalidad: “...la conducta de los sumariados causó graves perjuicios a los funcionarios y ocasionó severas dificultades en el servicio...”

Criterios de atribución:

- a) Subjetivos y directos: *“...el accionar de ambos sumariados configura, lisa y llanamente, una hipótesis de acoso laboral...”* Los propios funcionarios en uso abusivo de sus respectivos cargos jerárquicos, ejercían *“conductas violentas”*. *“Debe recordarse que el cargo que ostentaban ambos funcionarios se ubica absolutamente por fuera del poder que efectivamente ejercían...”*
- b) Indirectos y objetivos: son criterios que no se basan en culpabilidad (como reproche a un comportamiento propio) sino en criterios por fuera: ya sea riesgo provecho/beneficio, ya sea la garantía (responsabilidad por hecho ajeno, del dependiente: arts. 1324.5, 1555 CC; 24 y 25 Constitución).

Ahora en el presente caso: ¿hasta dónde asciendo la línea jerárquica?

Los sumariados eran jefes de los funcionarios acosados; pero ellos a su vez eran dependientes del funcionario jefe de máximo escalafón en el sector administrativo: Ing. Pesce[9]. Éste a su vez, dependiente de la Suprema Corte de Justicia, quien es la máxima autoridad en el Poder Judicial.

En la propia resolución que comentamos se establece en forma contundente sobre el comportamiento del Jefe: *“es imposible considerar que no tuviera conocimiento de los extremos que surgen probados en autos, por lo que ya sea por acción u omisión, cometió la misma falta que los hoy sumariados. Lo sería por acción si fuera quien ordenaba...o por omisión, si sabiéndolo o debiéndolo saber, no actuó en consecuencia. Bajo ningún parámetro puede considerarse que fuera ajeno a lo que sucedía en la oficina que tenía a su cargo y en caso de haberlo sido, demuestra una total inoperancia e ineptitud para el ejercicio de su cargo...”*

*¿hasta dónde llega la línea de jerarquía aplicable a la responsabilidad civil indirecta?

*¿Sólo aplica a los Jefes sumariados?

*¿es también responsable el Ing. Pesce que renunció antes investigación iniciara?

*¿Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, son Jerarcas?

*La presente norma califica como “*actos y omisiones dolosos y culposos...*” (pág. 10), y agrega más adelante: “*...el elemento intencional ... proporciona uniformidad a los diferentes comportamientos (de)...acoso moral*”

A su vez refiere “...dichas conductas constituyen un incumplimiento grave de las prestaciones a que obliga el contrato de trabajo...*”

* A qué refiere Resolución cuando expresa “*...es realmente vergonzoso que el Poder Judicial hubiera mantenido una situación como la descrita en autos...*”

Insumos para seguir analizando...

[1] Gamarra, Jorge. Tratado Derecho Civil Uruguay Tomo XXI. FCU

[2] ADCU T LIV. Pág. 581. Laura Sasías. La Ley Uruguay. Thomson Reuters

[3] Judicatura. Asociación de Magistrados del Uruguay. Pág. 59. Laura Sasías Tomo 76-julio 2024. CADE

[4] FORO Universitario. 3 de setiembre 2024. Laura Sasías. Presentación sobre Resolución de SCJ de 28 de agosto 2024.

[5] Caumont-Mirande ADCU TXLVI, pág. 811: “*...el moderno Derecho de Daños...trasciende los marcos perimetrales para irradiar su campo de actuación a territorios de extramuros...*”

[6] De Cores, Carlos. ADCU TXXII, pág. 399.

[7] Vázquez, Cristina. “Fundamentos de la responsabilidad del Estado...” Revista de Derecho Público num.7. 1995

[8] El hecho infraccional grave refiere al *acoso moral* constatado en dichos autos, en perjuicio de funcionarios, a partir de actos intencionales de Jerarcas varios.

[9] “*...A criterio de la Sra. Ministra Morales ...quien operaba como gestor del mencionado acoso era el Director General, Ing. Marcelo Pesce,...*” (pág. 36)

Daño al proyecto de vida

Manuela Prandi Reyes

Tema: El daño a la libertad de elección, concreción o desarrollo del proyecto de vida (o los proyectos de vida) de la persona. La autonomía conceptual del daño al proyecto de vida y su cuantificación.

Resumen: El proyecto de vida constituye el núcleo central de la persona, su esencia, la propia razón de existir que cada persona libremente eligió. El daño al proyecto de vida lesiona, precisamente, el bien jurídico libertad. En consecuencia, el daño que impacta en el proyecto de vida es pasible de producir en el sujeto un menoscabo de gran magnitud.

Cada persona puede tener una pluralidad de proyectos de vida, sin perjuicio de lo cual, deberá analizarse en cada caso en particular si se trata de verdaderos proyectos de vida que constituyan la razón de existir del sujeto o si, por el contrario, se trata de meras actividades que no impliquen una proyección existencial para la persona que las realiza.

La particularidad de que el bien jurídico lesionado por el daño al proyecto de vida sea la libertad de la persona de elegir, concretar o desarrollar su proyecto de vida, trae como corolario, la autonomía conceptual del daño al proyecto de vida como una categoría específica del daño a la persona, escindible tanto del daño moral como del daño a la vida de relación y del daño patrimonial.

La vital trascendencia del daño al proyecto de vida dada por el menoscabo a la libertad del sujeto de elegir, concretar o desarrollar su proyecto de vida, amerita su determinación como un daño autónomo y su consecuente cuantificación en forma independiente del daño moral, del daño a la vida de relación, así como del daño patrimonial.

El método empírico - objetivo aplicado por la jurisprudencia uruguaya para cuantificar el daño extrapatrimonial presenta severas dificultades a la hora de cuantificar el daño al proyecto de vida: a) la consideración de la entidad de la lesión a la integridad física como criterio base para aplicar precedentes análogos, b) la cuantificación global del daño extrapatrimonial.

La cuantificación del daño al proyecto de vida debe realizarse considerando que el bien jurídico lesionado es la libertad y las particularidades del proyecto de vida de la víctima.

La cuantificación del daño al proyecto de vida debe efectuarse mediante la comparación con precedentes análogos que refieran a lesiones a la libertad de elegir, concretar o desarrollar proyectos de vida, en supuestos similares al caso a fallar. Al estudiar los precedentes análogos debe analizarse si el hecho dañoso frustró en forma total y/o permanente la libertad de elección, concreción o desarrollo del proyecto de vida de la persona o si, por el contrario, la frustró de manera parcial y/o temporal.

Los intereses y el sobreendeudamiento. Un problema social

Dora Szafir

Antecedentes: Aquellos países que tienen tasas de interés desmesuradas o demasiado altas, generan dificultades en el pago de las obligaciones asumidas por los deudores, especialmente en aquellos que tienen bajos ingresos o recursos. En el Uruguay, las tasas de interés permitidas son tasas de tres cifras, es decir, sumamente altos permitiéndose, además, el pacto de la exigibilidad anticipada. De la misma forma, la ley actual en materia de intereses (número 18.212) que pretende regularlos para defender a los deudores de la usura, autoriza su capitalización en una economía donde el porcentaje de inflación es inferior al 10% y el riesgo país es bajo. Si bien el artículo 5 de la mencionada ley prohíbe la capitalización de los intereses, la fórmula de cálculo de la usura previsto en un anexo metodológico que forma parte de la norma es capitalizable; de modo que lo que se escribió con la mano, fue borrado con el codo.

No puede perderse de vista que la Constitución Uruguay en su artículo 52 establece: *“Prohíbese la usura. Es de orden público la ley que señale límite máximo al interés de los préstamos”*. El concepto de usura refiere a “intereses excesivos” y no puede entenderse que no lo sean aquellos que superan el 200% anual, capitalizable. Es evidente que se viola el precepto constitucional prohibitivo del interés excesivo (usura). La legislación vigente en la materia (a nuestro entender, inconstitucional), se torna perversa y conlleva a que existan infinidad de deudores con serias dificultades para cumplir, sobreendeudados que quedan fuera del sistema de mercado.

Así, la Ley de Usura prevé que en las operaciones de crédito menores a U\$S 215,400 aproximadamente, existirá usura siempre que los intereses compensatorios pactados superen en un 55% las tasas medias publicadas por el Banco Central del Uruguay, al tiempo que en materia de intereses moratorios dicho porcentaje asciende a un 80%. De tal modo, sólo se configurará usura si los intereses moratorios pactados superan en un 80% las tasas medias publicadas por el Banco Central del Uruguay. Como podrá apreciarse a simple vista, los límites de la usura son excesivamente altos, por lo que estamos en condiciones de afirmar que la usura legal en Uruguay es prácticamente inexistente, pese a la excesividad de las tasas autorizadas. Al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que las tasas medias tomadas como referencia, son determinadas por las propias entidades de intermediación financiera, pues para fijarlas, el Banco Central realiza un promedio de las tasas que cada banco de plaza cobra en concepto de interés compensatorio y moratorio. Por si ello no resultara suficiente, sobre el referido monto debe calcularse el Impuesto al Valor Agregado (22%), que no se encuentra incluido en los intereses que se cobran.

En definitiva, la normativa vigente contribuye a la existencia de sujetos sobreendeudados con dificultades para lograr una salida a dicha situación, lo que ha motivado la presentación de dos proyectos de ley que procuran, por un lado, evitar la existencia de intereses abusivos y el sobreendeudamiento para el futuro, y por otro, facilitar a los sujetos sobreendeudados una salida mediante una fórmula consensuada o impuesta por el magistrado que contemple los intereses del acreedor y del deudor y su rehabilitación.

Cambios normativos propuestos. Modificaciones a la Ley de Usura: Tal como indicáramos, el principal problema de nuestro ordenamiento es que la ley de Usura, cuya finalidad debería ser evitar la existencia de intereses excesivos, contraría el precepto constitucional, permitiéndolos.

Por tal motivo, la propuesta de modificación suprimiría definitivamente la posibilidad de capitalizar los intereses a texto expreso, lo que conlleva la eliminación del anexo metodológico que actualmente la permite.

Por su parte, la fórmula de cálculo de la usura en los intereses moratorios cambiaría pasando a tomar en consideración la variación del índice de precios al consumo, esto es, la inflación. De esta manera, siendo que en Uruguay la inflación ronda el 10%, se permitiría el cobro de intereses de mora que no superen el 20% de dicho índice. De esta manera, se logra un sistema coherente, donde teniendo una inflación relativamente baja, no amerita el cobro de porcentajes tan excesivos. Por su parte, los compensatorios se deberán ajustar al porcentaje publicado por el Banco Central del Uruguay, obtenido del promedio que informan las empresas de intermediación financiera y que libremente deciden.

Finalmente, se destaca que en el caso de los antes denominados “pequeños créditos” donde si no se demandaba en el plazo de dos años, se permitía reclamar solamente el reajuste legal y sobre la deuda indexada percibir un 6% anual, en lugar de los intereses pactados. Esta norma era evitada mediante el reclamo judicial, generalmente el juicio ejecutivo, ya que cumpliendo con dicha carga mantenía la vigencia de los intereses impuestos en los contratos de adhesión.

La modificación apunta a que, una vez transcurrido el plazo de dos años, se pase a cobrar el reajuste y su interés legal, independientemente de que se haya demandado o no en dicho plazo.

En definitiva, mediante la aprobación de las referidas modificaciones a la ley de usura, se permitirá evitar que los sujetos, sobre todo aquellos más vulnerables, incurran en una situación endémica de sobreendeudamiento, de la cual resulta demasiado gravoso o imposible de salir.

Procedimiento de reestructuración de deudas de personas físicas: Sin embargo, no sólo se requiere realizar esfuerzos para evitar la situación de sobreendeudamiento, sino y también, de rescatar a aquellos sujetos que no pudieron evitar dicha situación y se encuentran sobreendeudados. En dicho caso, lo que se procura es la creación de un sistema de reestructuración de deudas, mediante el concurso de la persona física. En este sentido, se crea un procedimiento que permite a los deudores no culpables, de buena fe, que no sean titulares de bienes inmuebles o que su activo sea una única vivienda con un valor relativamente bajo (equivalente al establecido para su incorporación como bien de familia) o cuyos ingresos anuales sean iguales o menores a U\$S 12.900 aproximadamente, solicitar la reestructuración de sus deudas.

Para ello, se prevé un procedimiento administrativo sencillo y breve ante el Área de Defensa del Consumidor del Ministerio de Economía y Finanzas, que podrá ser solicitado por el deudor o por uno o varios de sus acreedores. En caso que lo solicite el deudor, se consagra una presunción de inculpabilidad y buena fe. En cualquier caso, se convocará a los acreedores del deudor y las ejecuciones de contenido patrimonial se suspenderán por el plazo de 120 días, dentro del cual se deberá arribar a un acuerdo de pago con los acreedores y durará hasta la finalización de los pagos.

De no arribarse a un acuerdo con los acreedores o de incumplimiento del mismo, se abrirá la etapa judicial, en la cual el deudor o los acreedores podrán solicitar ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia con competencia en lo Civil o Juzgados de Paz, según el monto de los pasivos, la reestructura de las deudas del concursado. Mediante dicho proceso, se procurará acordar una forma de pago, designándose a tales efectos un contador que ilustre al Juez acerca de la viabilidad de la propuesta. Cabe destacar que, de no acordarse una fórmula de pago entre el deudor y sus acreedores, el Juez aprobará aquella que estime adecuada, no pudiendo ser inferior al pago del 40% de la deuda total, ni las cuotas

mayores al 30% de los ingresos mensuales del deudor, salvo expresa conformidad del mismo. El deudor quedará inhabilitado desde la fecha del acuerdo y hasta la cancelación de la deuda.

El procedimiento será inscripto en el Registro que a tales efectos se creará en el Área de Defensa del Consumidor, permitiéndose de esta forma su conocimiento a los terceros.

Una vez cumplido el acuerdo o transcurrido más de 5 años desde que el deudor incumpla con el mismo, habiendo pagado el 50% de la deuda reestructurada, quedará rehabilitado, extinguiéndose de pleno derecho las deudas comprendidas en el acuerdo.

Finalmente, se prevé que aquellos adeudos originados en créditos que fueron otorgados en forma culpable por instituciones bancarias, podrán ser perdonados por el magistrado, quedando el deudor inhabilitado por el término de 4 años para solicitar nuevos préstamos ante cualquier entidad financiera.

Como puede apreciarse, mediante la creación del referido proceso se permite a los sujetos sobreendeudados obtener una salida que les permita reincorporarse a la vida financiera, sin cargar con las deudas generadas por un sistema jurídico por demás perverso y abusivo.

La importancia de este instrumento es que beneficiará a los deudores de buena fe ya que la situación de endeudamiento puede compararse con la muerte civil. El deudor es embargado, ingresa al clearing permaneciendo inscripto por años -aún después de saldar sus deudas- además de figurar en una lista de categorías de deudores que lleva el Banco Central.

Será difícil lograr el objetivo, seguramente no será del agrado de los prestamistas o financiadores de productos y servicios, pero es el desafío para lograr un sistema más equitativo y justo.

Intereses legales moratorios en la responsabilidad civil

Elías Mantero Mauri

El tema de los intereses legales moratorios en la responsabilidad civil reviste un interés práctico indudable en tanto es un rubro que invariablemente forma parte de todas las demandas indemnizatorias en nuestro foro. Son legales porque corren sin necesidad de ningún pacto, por el sólo ministerio de la ley. Son moratorios porque se deben por el no pago en fecha de una obligación dineraria. La obligación incumplida puede ser originariamente dineraria, por ej. la derivada del precio de una compraventa (obligación de pagar una suma de dinero) o puede ser una obligación de valor, esto es una obligación indemnizatoria emergente del incumplimiento de una obligación no dineraria (de hacer, no hacer o dar cosa diferente del dinero) en los casos de responsabilidad contractual o de un debito extracontractual emergente de la producción de un daño. En materia de intereses legales moratorios en la responsabilidad contractual existe un divorcio entre la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. La doctrina dominante entiende que los intereses legales corren desde el incumplimiento siguiendo en esto un trabajo señero del querido profesor Luis Larrañaga. Mientras que la SCJ los hace correr desde la presentación de la demanda en aplicación del art. 1348 del Código Civil, que se considera aplicable tanto para las obligaciones dinerarias originarias como para las obligaciones de valor. En materia de responsabilidad extracontractual existe uniformidad entre la doctrina y la jurisprudencia de la SCJ (aunque en esta última se registran discordias): los intereses moratorios se hacen correr desde el momento de verificación del hecho ilícito dañoso. En esta ponencia plantharemos que tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual respecto de todo tipo de obligaciones como en el área de la responsabilidad extracontractual, los intereses moratorios deben correr desde la presentación de la demanda, pues esto es, a nuestro criterio, lo que dispone el Derecho positivo. En la ponencia criticaremos la tesis contraria haciendo especial énfasis en la tesis sostenida por Luis Larrañaga, cuya posición, como dijimos, es ampliamente admitida por la doctrina.

Particularidades del régimen de restitución en la nulidad del contrato por incapacidad (Art. 1566 inc. 2 y 3 CCU)

Javier Berdaguer Mosca

Tema: La ponencia trata sobre las particularidades del régimen de las restituciones de un contrato nulo por razón de incapacidad de una de las partes. Es un adelanto de un estudio que va a salir publicado en la sección de Doctrina del próximo tomo XII de la Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil (actualmente en prensa). Por razones de tiempo me voy a enfocar en el análisis de los incisos 2 y 3 del Art. 1566 del Código Civil Uruguayo (CCU).

La particularidad consiste en que la ley les concede un beneficio a los incapaces que formaron parte de un contrato nulo y que se expresa en el régimen de restitución derivada de esa nulidad. Este beneficio se expresa en el inc. 2, al establecer que quien contrato con el incapaz *“no puede pedir que se le restituya o reembolse lo que pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probase haberse hecho más rica con ella la persona incapaz”*. Esa limitación también está presente en otras disposiciones, con la cuales el Art. 1566 CCU está conectado: Arts. 402, 1456 y 2250. El inc. 3 del Art. 1566 define que debe entenderse que el incapaz se hizo más rico *“en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias y faltando esta circunstancia, en cuanto las cosas subsistan y se quiera retenerlas”*.

Problemas abordados: El problema analizar refiere a esclarecer el ámbito y alcance de la aplicación de este régimen particular. ¿En qué sentido se debe entender que el incapaz se hizo más rico cuando las cosas recibidas le fueron “necesarias”? ¿Cuál es el criterio de necesidad al que refiere la ley? ¿Qué quiere decir que las cosas “subsistan y se las requiera retener”? ¿Cuál es el régimen de restitución en los casos de nulidad de contratos cuyas prestaciones no se pueden restituir (¿por ejemplo, acceso a bienes inmateriales o servicios ya prestados)?

Argumentos principales: El fundamento de la limitación de la restitución al monto de su enriquecimiento se encuentra en que se trata de un instituto de protección del incapaz (esa cantidad refleja el valor que efectivamente adquirió). La carga de la prueba del enriquecimiento recae en la contraparte del incapaz. Para determinar si las cosas adquiridas son necesarias, debe aplicarse un criterio objetivo (visto desde una perspectiva externa), pero relativo (considerando la situación particular y las preferencias individuales del incapaz). Esto surge de articular el régimen del CCU con la Convención ONU sobre personas con discapacidad. El régimen no se limita a las “cosas materiales” recibidas, sino también a los supuestos en que el incapaz hubiera recibido bienes inmateriales o servicios, en cuyo caso la restitución se hace efectiva mediante el reembolso de un monto igual al monto del enriquecimiento.

El error inexcusable, la mentira y el dolo omisivo

Mariana Barúa

En nuestro ordenamiento jurídico, es posible solicitar la nulidad de un contrato, cuando el mismo no cumple con alguno de los requisitos de validez establecidos en el art. 1261 del Código Civil.

Uno de estos requisitos es el consentimiento, y cuando el mismo se encuentra viciado, ya sea por haberse prestado con error, dolo o violencia, es posible pedir la nulidad del contrato. Para que la parte contratante que incurrió en error pueda pedir la nulidad del contrato, es necesario que el error refiera a una cualidad principal o esencial. También puede referir a una cualidad secundaria, pero en este caso dicha cualidad debe haber sido determinante para la celebración del contrato, y además esta circunstancia debe haber sido conocida por la otra parte. En el caso del error sobre una cualidad esencial, por el contrario, no es necesario que la otra parte sea consciente del error del errante.

Frente a esta situación, y teniendo en cuenta cómo puede perjudicar esta situación al otro contratante, se plantearon dos posibles soluciones: la posibilidad de que la otra parte solicite una indemnización por los daños y perjuicios que se le causen a raíz de la declaración de nulidad del contrato, y la imposibilidad de solicitar la nulidad del contrato, cuando se incurre en un error inexcusable.

El error inexcusable es aquél que hubiera podido ser evitado con una conducta diligente de la víctima, la cual cae en error por desidia, por distracción, porque omite informarse, etc. Actualmente, en Uruguay, hay consenso a nivel de doctrina, de que no procede la acción de nulidad cuando estamos ante un error inexcusable. No obstante, no debemos identificar al error inexcusable con un actuar culpable, porque como señala Gamarra, casi todos los errores presuponen una culpa de su autor. Por esta razón, el único caso en el que el errante estaría impedido de solicitar la nulidad del contrato, sería en el caso de incurrir en culpa grave. Será el Juez quien deberá determinar en cada caso, si se actuó con culpa grave, o no. Otro punto que analiza Gamarra, citando a De Cupis, es que cuando el error es sumamente grosero, difícilmente pasará inadvertido para el otro contratante. En virtud del principio de buena fe, el otro contratante estará obligado a señalar al errante el vicio en que incurre, y si no lo hace, no podrá impedir luego la promoción de la acción de nulidad. A esto la doctrina lo llama el dolo omisivo. El dolo omisivo es definido por Díez-Picazo y Gullón como el dolo que ha originado un engaño porque un contratante no ha informado al otro de hechos o circunstancias que, conocidas por él o debiendo de serle conocidas, hubieran llevado al que las desconoce a la no celebración del contrato. Este dolo omisivo también es relevante porque la buena fe impone el deber de informar de la veracidad de aquéllas circunstancias que se sabe o debe saberse que inducen a la otra parte a contratar. A lo antes señalado cabe agregar que, en sintonía con lo expresado por Gamarra, el artículo 1138 del Código Francés (en su redacción actual) establece que “El error que resulte de dolo será siempre excusable (...)”.

Recientemente la Suprema Corte de Justicia dictó una sentencia en la que se solicitó que se declarara la nulidad de un contrato, porque el consentimiento de una de las partes se encontró viciado por dolo. En efecto, en la sentencia No. 86/2020 de fecha 3 de abril del 2020, dictada por la Suprema Corte de Justicia se analizó un caso, en que una pareja de esposos compró al dueño de un hotel en Punta del Este, las acciones de dicho hotel, a cambio de entregarle todos sus bienes en España, y además, abonarle una suma anual, con el producido del funcionamiento del hotel. Cuando llegaron a Punta del Este, se encontraron con que el hotel estaba en ruinas y con numerosas deudas, y solicitaron que se declare la nulidad del contrato, porque su consentimiento se encontró viciado por dolo.

La SCJ consideró que en el presente caso no correspondía declarar la nulidad del contrato, ya que, si bien había quedado acreditado que los compradores habían comprado el hotel para administrar el mismo, no tomaron las mínimas medidas para verificar que lo que afirmaba el vendedor, sobre que el hotel era próspero, fuera cierto. Es decir, los compradores fueron víctimas de mentiras, y de dolo omisivo, sin embargo, la Corte consideró que éstos se comportaron con ignorancia culpable (es decir, cometieron un error inexcusable), y por lo tanto, no podían ahora solicitar la nulidad de un contrato que los perjudicó por su propia desidia. Para fundamentar este razonamiento, la Corte cita el artículo 1561 del Código Civil, y refiere a la máxima “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”. Al respecto, consideramos que dicho artículo no es aplicable a este caso. En primer lugar, porque el mismo refiere a los casos de nulidad absoluta, y en el presente caso, nos encontramos ante un caso de nulidad relativa.

En segundo lugar, porque dicha máxima surgió como una institución de derecho sustancial que proscribía el pacto cuyo objeto y/o causa recayeran sobre ilícitos e immoralidades, al no permitir que quien conociese del vicio de la prestación pudiese perseguir luego su restitución y así sacar provecho alguno de la misma. Y en el presente caso, el contrato en cuestión no tenía un objeto o causa ilícito o inmoral. Y finalmente, como ya fuera mencionado anteriormente, el error inexcusable imposibilita al errante a solicitar la nulidad del contrato, a no ser que dicho error haya sido causado por la mala fe de la otra parte contratante, como ocurrió en el presente caso. No consideramos razonable beneficiar a quien actúa de mala fe, en perjuicio de quien es engañado, incluso cuando era posible con una mínima diligencia descubrir el engaño. Si bien ambas son conductas reprochables, entendemos que, en casos como éste, siempre debe fallarse a favor de quien actúa de buena fe.

Cláusula penal sustitutiva o acumulativa: un mecanismo de garantía

Marcelo Amorín

La cláusula penal es en nuestro sistema jurídico una garantía ante la no verificación de un supuesto de hecho, la no ejecución de una conducta debida o incluso de una conducta que no lo es, como en el caso de la obligación natural. Debe ejecutarse sin daño verificado y asumiendo los riesgos. Sólo es posible exonerarse, por causa extraña no imputable y solamente cuando pereció la cosa en una obligación de dar

El Código Civil dice en su art. 1367 que es la compensación de los daños y perjuicios, sí, pero también dice que se reclama cuando no hay daño (art. 1363), e incluso cuando no hay incumplimiento imputable (art. 1369) o aún cuando no hay incumplimiento por tratarse de una obligación natural (art. 1365). La prestación objeto de la cláusula penal *sustituye* la posibilidad de reclamar daños. Así, *cláusula penal sustitutiva y cláusula penal acumulativa*, es más apropiado que función indemnizatoria y punitiva. No corresponde escudriñar si hubo o no daños y si estos sobrepujan o no la prestación escogida como cláusula penal.

La cláusula penal salvo pacto en contrario, sustituye la posibilidad de transitar el camino de la indemnización de daños a través de la responsabilidad civil.

Si hay incumplimiento y no hay daño, de haberse pactado una cláusula penal debe cumplirse la prestación aunque el incumplimiento, solo genere provecho.

Puede pactarse como cláusula penal sustitutiva o acumulativa, la entrega de un bien, que tenga un valor estratégico para el acreedor o un valor de afección para el deudor, no se debe cotejar en ningún caso el valor del bien con el monto del daño, pues la existencia o no de daño es irrelevante.

Se trata de un mecanismo alternativo que tiene una finalidad de garantía de la verificación de cierto hecho y que opera aun sin que haya daño e incluso sin que haya incumplimiento imputable. Opera además como una garantía, aún sin que estrictamente haya incumplimiento, en la situación denominada obligación natural, no hay exigibilidad por lo que no puede haber incumplimiento (art. 1441 inc.3, 2169,2173). Sin embargo, el art. 1365, habilita a pactar esta garantía en situación de obligación natural, esto es, en situación de desplazamiento patrimonial cuyo reintegro no puede luego reclamar.

En nuestro sistema jurídico esto no es admisible, la cláusula penal no se conforma como una indemnización tarifada sujeta a revisión, sino como un mecanismo alternativo que garantiza el cumplimiento, y funciona para el caso de incumplimiento aún no imputable, por lo que no corresponde ingresar a analizar el monto de los daños.

Si se solicita la *resolución del contrato* por incumplimiento del comprador, art. 1431, podrá demandarse la cláusula penal. De esta forma se evita el debate en torno a la extensión de los daños.

En caso de solicitarse la *ejecución forzada específica* de la obligación, no podrá reclamarse la prestación pactada como cláusula penal, a no ser que se haya establecido expresamente la acumulación (art. 1367).

En la denominada ejecución por equivalente – *aestimatio rei*- o a *pretensión indemnizatoria autónoma* – *id quod interest*-. sea que se sostenga una doctrina u otra, en ningún caso podría acumularse sin pacto expreso la cláusula penal.

Pactada la cláusula penal, el art. 1370 establece que cuando la obligación principal – a la que accede la cláusula penal- se haya cumplido en parte, la pena se pagará a prorrata de lo no ejecutado. La cuestión no se presenta si la cláusula penal ha sido pactada como alternativa a daños que genera un incumplimiento parcial, defectuoso o irregular en ese caso se debe la totalidad de la pena. El supuesto implica una cláusula penal prevista para el incumplimiento total de la obligación. La norma no es imperativa en la lógica liberal individualista del Código Civil

En el Derecho de Consumo, podrá revisarse la estipulación que prevea que no se abatirá la cláusula penal, si la misma vulnera la buena fe objetiva, con las variantes en el régimen según se trate de un contrato de adhesión (art. 30, 31) o no (art. 32). Cabe añadir la existencia en nuestro sistema como límite, de la ley de usura 18.212. En nuestro sistema jurídico no se encuentra abierta la reducción de la cláusula penal por equidad, como ocurre en otros. Una ponderación del valor de la prestación comprometida por la cláusula penal, implica abandonar, lo establecido por las partes que eligieron pactarla, sea para sustituir la indemnización o para acumularla con la misma. La cláusula penal sustituye a la indemnización e impide reclamarla, cuando consiste en una suma de dinero es dificultoso apreciarlo, si consiste en otros bienes, vg. un inmueble, se aprecia con mayor claridad.

Hemos dicho que no es de orden público el art. 1370, puede pactarse la irreductibilidad de la pena o la entrega de un bien materialmente indivisible como referente material de la cláusula penal y sólo corresponde moderar el contenido de la cláusula penal en caso de cumplimiento parcial, sin ponderar nunca el daño. Dicha moderación por cumplimiento parcial, procede sea la cláusula penal sustitutiva o acumulativa, cuando se ejecutó parcialmente la obligación. Esto no porque lo impongan razones de equidad, o un pretenso principio general en materia sancionatoria, sino porque el art. 1370 somete a este régimen a quienes optan por esta figura.

En referencia a si es admisible la reducción de la cláusula penal en caso de resolverse el contrato, con consecuente repristinación, esto se relaciona con otro asunto, cuál es el del objeto de las obligaciones, si representa la utilidad esperada por el acreedor, se puede explicar en forma satisfactoria el cumplimiento por un tercero de la obligación, si no le es útil no hay cumplimiento, porque el objeto de la obligación es la utilidad, en caso de resolución del contrato no puede reducirse la cláusula penal ex art. 1370.

Si el contenido de la cláusula penal es una obligación indivisible esto implica una renuncia a la moderación prevista en el art. 1370.