

CONTRATOS

Los contratos se encuentran definidos en el artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación del siguiente modo:

“ARTICULO 957.- Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.”

Para entender esta definición, debemos aclarar algunos conceptos previamente. “Acto Jurídico” es según el artículo 259 del CCyCN:

“ARTICULO 259.- Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.”

A su vez, Acto voluntario es según el CCyCN:

“ARTICULO 260.- Acto voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.”

Aquí nos brinda tres componentes que debe tener la voluntad de quien realiza el acto, debe ser realizada con **discernimiento** (distinguir lo bueno de lo malo, por ejemplo, intención -un claro propósito de quien lo realiza-, y libertad -que no se encuentre coaccionado por ejemplo quien lo realiza-), y se manifiesta por un “**hecho exterior**” o sea, debe exteriorizarse la voluntad de algún modo para tenerla por válida, incluso el silencio puede ser una expresión de voluntad en determinados casos.

Habitualmente en el común de la sociedad, se cree que los contratos deben celebrarse siempre por escrito para tener validez, ello es un imaginario erróneo. **Cotidianamente celebramos contratos en forma verbal sin necesidad de escritura**, por ejemplo, cuando compramos una golosina en el kiosco. No se ha de confundir la facturación con un contrato, la facturación es un mero comprobante de la transacción a los efectos fiscales, más no expresa la voluntad de las partes en definitiva, ni otros elementos esenciales de los contratos que veremos más adelante.

Nos habla el art. 957 de “**dos o más partes**”, con lo cual, **algunos pueden entender que la Donación por ejemplo no es un contrato, sin embargo lo es, está el donador y el aceptante.**

También nos habla de manifestar el “**consentimiento**”, aquí tenemos que entender que es un sinónimo del término utilizado en el art. 260 al hablar de actos jurídicos, el acto voluntario debe ser ejecutado con discernimiento, intención y libertad, y ser manifestado por un hecho exteriorizado. Para más referencias sobre el tema, el CCyCN nos dice:

“ARTICULO 261.- Acto involuntario. Es involuntario por **falta de discernimiento**:

- a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está **privado de la razón** ;
- b) el acto ilícito de la persona **menor de edad** que no ha cumplido **diez años**;
- c) el **acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años**, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.”

Aquí nos dice algunos casos en los que la parte NO tiene discernimiento para prestar su consentimiento o expresar su voluntad, dado que se entiende que un menor de 10 en todos los casos, un demente o un menor de 13 años en la mayoría de los supuestos, no cuentan con esta aptitud.

“ARTICULO 262.- Manifestación de la **voluntad**. Los actos **pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material.**”

Acá nos ratifica lo dicho sobre la falta de necesidad de que cada contrato sea escrito, sino que puede celebrarse vía oral, por signos inequívocos (levantar la mano en una subasta), o por la ejecución de un hecho material (dirigirnos a la caja registradora de un supermercado con productos y ponerlos en la cinta transportadora, por más que no digamos nada al cajero).

“ARTICULO 263.- **Silencio como manifestación de la voluntad**. El silencio opuesto a actos o a una interrogación **no es considerado como una manifestación de voluntad** conforme al acto o la interrogación, **excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley**,

de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.”

En este artículo trata el silencio, si bien el principio general entiende que no es una manifestación de voluntad, ello se puede dar en casos donde la ley/cláusulas de un contrato/costumbres/relación entre el silencio y declaraciones precedentes lo permitan. Por ejemplo, si yo soy propietario de una vivienda, la cual alquila otra persona, al finalizar el plazo del contrato, de no intimarlo al reintegro de la tenencia del inmueble, ni al desalojo, pese a no celebrarse un nuevo contrato ni expresar nada, por el solo hecho de permanecer en silencio, se entiende legalmente que el contrato de alquiler/locación se extendió en el tiempo bajo las mismas condiciones en que fue oportunamente celebrado.

“ARTICULO 264.- Manifestación tácita de voluntad. La manifestación tácita de la voluntad resulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre. Carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa.”

Finalmente aquí nos habla de una manifestación tácita de la voluntad, o sea una voluntad que se puede interpretar así, pese a que no ha sido expresamente exteriorizada, la cual no es eficaz cuando la ley exige manifestación expresa, o sea, en particular en los contratos aclaramos que en los actos jurídicos el consentimiento prestado DEBE ser exteriorizado.

Dentro de la definición de **Contratos**, la ley nos indica que éstos deben regir sobre asuntos **patrimoniales**. O sea, sobre todo aquello que tenga un valor o apreciación económica, rigiendo determinados límites a cuestiones inherentes al cuerpo humano y derechos personalísimos como veremos más adelante.

La ley nos dice luego lo siguiente:

“ARTICULO 958.- Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.”

Se nos permite celebrar contratos libremente en cuanto a su contenido, teniendo como límites únicamente aquellos que establece la propia ley, la moral, las “buenas costumbres” y finalmente corresponde hacer una mención al “orden público”. Podemos definir al orden público como aquel conjunto de normas (incluso aquellas no expresamente determinadas mediante la ley) que

priorizan el bienestar general por sobre el individual. Por ejemplo celebrar un contrato laboral estableciendo un horario que excede los máximos establecidos por las normativas internacionales y locales, sería contrario al “orden público”, dado que la jornada máxima es un derecho en favor de un amplio sector vulnerable de la población, que está en una desigualdad de situación poder para con su contraparte (el empleador).

“ARTICULO 959.- Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.”
Los contratos son como una ley para las partes contratantes, siempre que el mismo sea válido obviamente, y puede modificarse o extinguirse únicamente por acuerdo de partes o en las hipótesis que plantea la propia ley.

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

Aquí nos dice que lo estipulado por las partes sólo puede ser modificado por un Juez a pedido de una de las partes en casos autorizados por ley, o puede hacerlo directamente si afecta el ya explicado “orden público”.

“ARTICULO 961.- Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y **ejecutarse de buena fe**. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.”

Los contratos se entienden redactados sin malicia de las partes, o sea, se interpreta el texto o el contenido del contrato celebrado de la manera en que resulte más razonable siempre para las partes en contratos de similares características, si se utiliza una palabra o combinación de palabras que puedan dar pie a más de una interpretación, se entenderá válida siempre aquella que en términos generales resultaría ser de “buena fe”. Por ejemplo, si en un contrato se especifica que compro un automóvil a \$ 200.000,00 escrito así en números, pero en letras figura “veinte mil pesos argentinos”, se va a estar en favor a interpretar que el valor real es el más cercano al de

“plaza” o al valor normal de un automotor de esas características, presumiendo que no hubo mala fe de las partes al celebrarlo, sino que es un contrato normal dentro de su tipo.

“ARTICULO 962.- Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.”

Aquí nos está diciendo que la Ley debe aplicarse como principio general, para regular cuestiones que no se hayan pautado por las partes, en forma “supletoria” o sea, si las partes nada dijeron al respecto, se aplica lo que la ley da como “por defecto” en el tipo de contrato que celebramos. Ahora bien, al fin del artículo nos habla de normas jurídicas de carácter “indisponible”, que son aquellas que a todas luces resultan ser relativas al “orden público” del que ya hablamos, y del que las partes no pueden apartarse en las cláusulas de su contrato.

“ARTICULO 963.- Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:

- a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código;
- b) normas particulares del contrato;
- c) normas supletorias de la ley especial;
- d) normas supletorias de este Código.”

El legislador nos dice que si hay varias normas que regulan la misma relación contractual, se debe respetar el orden de “prelación” (de mayor a menor importancia) enumerado.

“ARTICULO 964.- 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.” El contrato fuera de las cláusulas que estipulen las partes se compone primero que nada por las normas “indisponibles” relativas al orden público, de las que las partes no se pueden apartar con una cláusula, luego con las normas “supletorias” que son las que se aplican si las partes nada han dicho sobre el tema en cuestión, y agrega finalmente a los “usos y prácticas” del lugar de celebración.

“ARTICULO 965.- **Derecho de propiedad.** Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.”

Por si quedan dudas del contenido patrimonial de los contratos, y el alcance de lo patrimonial, nos remarca aquí la normativa que los derechos del contrato son parte de la propiedad del contratante.

Clasificación de los Contratos.

Unilaterales y Bilaterales.

Unilateral es cuando una de las partes queda obligada y la otra no queda obligada. Por ejemplo, al celebrar una donación, el beneficiario no queda obligado a aceptarla, puede rechazarla.

Bilateral es cuando ambas partes quedan obligadas mutuamente, lo dispuesto sobre Bilaterales se

aplica a “Pluri-laterales” o sea cuando intervienen más de dos partes. (art. 966 CCyCN)

Onerosos y Gratuitos.

Onerosos implican que existe siempre una contraprestación a lo obtenido por el contrato.

Gratuitos no es necesaria una contraprestación, solo una de las partes recibe una ventaja sin depender de lo que realice.

(art. 967 del CCyCN)

Conmutativos y Aleatorios.

Conmutativos son aquellos que siendo a título oneroso, las prestaciones de cada parte son ciertas al contratar. Por ejemplo, alquilo un inmueble, una parte entrega determinada finca, y la otra paga un precio determinado.

Aleatorios, son aquellos donde las contraprestaciones dependen de un acontecimiento incierto. Por ejemplo una compra de cosecha a futuro, puede verse afectada por condiciones climáticas, o un boleto de lotería, depende que acierte los números del sorteo para ganar el premio, o un contrato de seguro, obtengo el pago del monto asegurado solo si se da un supuesto de cobertura futuro e incierto. (art. 968 del CCyCN)

Formales e Informales.

Formales son aquellos que requieren determinado método para su celebración conforme la ley para tener validez, por ejemplo, una compra-venta inmueble requiere que sea escrita, y mediante escritura pública (ante escribano público), más su inscripción ante el Registro de la Propiedad Inmueble para ser oponible a terceros.

Informales son aquellos que no tienen ningún tipo de condicionamiento del método para su celebración y se pueden demostrar mediante cualquier vía probatoria. (art. 969 del CCyCN)

Contratos Nominados e Innominados.

Los nominados son aquellos específicamente enumerados y regulados en el marco de la ley, por ejemplo Venta, Locación, Donación, etc.

Los innominados, son los que siendo mezclas de varios tipos de contratos nominados, o no encuadran en ninguno de éstos por su contenido,

En este último caso, los innominados deben regirse por la voluntad de las partes, las normas generales de los contratos y obligaciones, los usos y prácticas del lugar de celebración y la normativa de los contratos

“nominados” más cercanos al celebrado en cuanto a su objeto y contenido. (art. 970 del CCyCN)

Consentimiento

El consentimiento se forma con la oferta de una parte y la aceptación de la otra, que puede darse incluso por una conducta. Un almacén tiene en exhibición al público un producto a un precio determinado por ejemplo con un cartel que reza “Jamón cocido \$300 / kg.,” el consumidor, al exigir al comerciante 100 grs. del producto, está aceptando la oferta al precio publicado para su venta. (art. 971 CCyCN)

“ARTICULO 972.- Oferta. La oferta es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada.”

Nos hace alusión a una “manifestación” que puede ser oral, escrita o mediante cualquier vía exteriorizada, dirigida a una persona que puede estar determinada (por ejemplo, le oferto a un compañero de trabajo, Juan Carlos, mi automóvil usado a \$200.000) o ser “determinable” o sea, lo ofrezco a los miembros de un club de coleccionistas de automóviles.

Debe ser precisa, o sea, no puedo decir simplemente “vendo automóvil” porque de intentar alguien aceptar esta oferta incompleta, no puede concretar el contrato dado que desconoce qué precio ha de abonar por el mismo, es por ello que se tienen que brindar los detalles mínimos para la celebración de un contrato de ser aceptada la oferta, debería especificar el modelo, color, año, estado general, precio que solicito a cambio del mismo.

“ARTICULO 973.- Invitación a ofertar. La oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que hagan ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente. En este caso, se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos.”

En el caso de ser a personas indeterminadas, en un principio no sería una oferta formal, sino una simple invitación al público general para que realice ofertas por mi producto por ejemplo. Pero, si yo al ofertar al público pongo los términos y circunstancias de emisión, por ejemplo, publico un cartel en la vía pública “LATA DE TOMATES MOLIDOS MARCA PATITO \$ 50” agregando mis datos como empresa, cualquier persona podría aceptar mi oferta, ir hacia mi local comercial/sucursal y exigir el producto publicado al precio ofertado, sin posibilidad de renegociar ese precio por parte del oferente.

“ARTICULO 974.- Fuerza obligatoria de la oferta. La oferta obliga al proponente, a no ser que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso.

La oferta hecha a una persona presente o la formulada por un medio de comunicación instantáneo, sin fijación de plazo, sólo puede ser aceptada inmediatamente.

Cuando se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación.

Los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción, excepto que contenga una previsión diferente.”

La oferta es el ping y la aceptación es la respuesta al mismo, en términos de conexiones de red. Si yo lanzo una oferta, quedo abierto a la espera de la aceptación de la misma por parte de cualquier persona a la que fue dirigida. **Estoy obligado a respetar mi oferta ante una aceptación, salvo que en los mismos términos de la oferta se explique lo contrario.**

Si la oferta se hizo personalmente y no puse plazo, la aceptación solo puede ser inmediata. Yo le digo a Juan, te vendo mi computadora a \$ 6000 cuando me viene a visitar a casa. Juan se va sin responder nada, y luego tras una semana, cuando el dólar ya había disparado en una corrida bancaria, quiere aceptar mi oferta. Obviamente no procedería, a menos que pactemos un plazo y yo le diga a Juan que le doy hasta la semana entrante para responder a mi oferta.

Si la oferta es entre ausentes, dos personas/empresas que no están en el mismo lugar, y mediante vías de comunicación que tienen una cierta demora, la misma tiene validez hasta el plazo promedio de respuesta por esa vía. La oferta cobra obligatoriedad y sus plazos empiezan a correr para la aceptación a partir de que alguien la recibe.

“ARTICULO 975.- **Retractación de la oferta.** La oferta dirigida a una persona determinada puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.”

Podemos retractarnos de una oferta enviada por correo postal, si nos comunicamos para cancelarla antes de su recepción por vía telefónica, la misma queda retractada formalmente.

“ARTICULO 976.- **Muerte o incapacidad** de las partes. La oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación.

El que aceptó la oferta ignorando la muerte o incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación.”

Obviamente si el oferente muere o se torna demente previo a ser recibida la aceptación de la oferta, ésta se da por extinguida. Nótese que aquí nos habla de la “recepción de la aceptación”, dando por sentado el mismo sistema de vigencia que para la realización de la oferta, en cuanto a plazos y momentos en que toma efectos.

“ARTICULO 978.- Aceptación. Para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta. Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, pero las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante.”

Si en vez de aceptar la oferta, realizo algún cambio a la original, estamos ante una nueva oferta por parte del posible aceptante, invirtiendo los roles. Juan le ofrece a Pepito su impresora por \$ 200, Pepito le dice que la compra, pero a \$ 150. Pepito no aceptó, sino que realizó una oferta nueva en definitiva, debiendo Juan ser quien acepte. Si Juancito inmediatamente a ésta “contra-oferta” modifica los términos de su oferta original y le dice a Pepito “Bueno, te vendo la impresora a \$ 150”, sigue siendo oferente y no aceptante del nuevo contrato propuesto.

“ARTICULO 979.- Modos de aceptación. Toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación. El silencio importa aceptación sólo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.”

Aquí la ley nos vuelve a hablar sobre el efecto de la exteriorización del “consentimiento” o de la aceptación de una oferta, incluyendo al silencio en determinados casos puntuales.

“ARTICULO 982.- Acuerdo parcial. 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. 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 los elementos o de todos ellos.”

Aquí hay un caso atípico, donde se acepta el grueso de la oferta, y dejan de lado los detalles, postergando su tratamiento. Si no arreglan los detalles de la operación, se aplica lo que diga la ley al respecto. Establece al final, que de haber dudas sobre si acordaron o no lo grueso del contrato en definitiva se ha de tener por NO concluido. Un borrador no es un acuerdo parcial.

Vicios de la Voluntad.

Como vimos previamente, la expresión del consentimiento, de la voluntad de las partes debe ser efectuada con discernimiento, intención y libertad. Estos elementos se pueden ver vulnerados por determinados vicios. Entre éstos la Ley nos enumera en el CCyCN:

-El Error (art. 265 y ss. del CCyCN), debe ser esencial para anular el acto, y aparte, quien recibe la declaración de voluntad, debe saber de la existencia de ese error para permitir la nulidad. O sea, si yo ofrezco una campera de cuero sintético a la venta a cambio de un precio pero la publico como “Campera Nueva Motociclista” con una foto del producto, y la persona acepta por error la oferta, dado que cree que estoy vendiendo una campera de cuero vacuno; teniendo en cuenta que yo como vendedor pude reconocer éste error justamente porque no aclaré éste detalle del material de que estaba compuesta con un producto de muy similar estética en una fotografía, se entiende que la voluntad del comprador está viciada y es nulo el contrato, No anula el contrato si quien salió beneficiado por el error se compromete a cumplir el contrato conforme lo que creía erróneamente la otra parte.

-**Dolo** (art. 271 y ss. del CCyCN). Se lo define en términos civiles como “aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto”, puede ser cometido por acción (le pongo aserrín a la transmisión de un automóvil dañada, para disimular su avería y venderlo a mejor precio), o por omisión (al preguntarme el comprador si el auto necesita reparaciones, omito decirle el defecto que presenta). Causa la nulidad del contrato de versar sobre aspectos esenciales, pero no debe haber dolo de ambas partes (el mismo auto dañado del ejemplo lo permuté por otro que también tiene daños que me ocultó dolosamente la otra parte, ambos obramos dolosamente).

Puede ser ejecutado por un tercero, por ejemplo puedo recurrir para la celebración de un contrato a un supuesto “especialista” que diga que una joya es falsa -a pesar de ser real- para comprarla así yo a un precio vil.

-Violencia (art. 276 y ss. del CCyCN) Fuerza irresistible -golpeo a la persona hasta que acepte el contrato- o amenazas contra la parte que expresa su voluntad, contra un tercero o sus bienes o un tercero -si no firma el contrato matamos a su esposa, lo matamos a ud., incendiamos su vivienda-. Debe tener entidad suficiente, puede efectuarla la contraparte o un tercero.

Inhabilidades para contratar.

Se habla a partir del art. 1000 del CCyCN. de personas incapaces o de capacidad restringida, De anularse el contrato con tal motivo se puede solicitar por la parte capaz la restitución de lo otorgado por éste en favor del incapaz (a excepción de aquello que lo haya enriquecido al incapaz).

Luego nos indica que hay personas que se encuentran inhabilitadas para la celebración de determinados contratos, y no pueden celebrarlos tampoco con un “testaferro” o persona interpuesta.

Enumera el 1002 algunas inhabilidades especiales para contratar, por ejemplo:

- Funcionarios públicos sobre los bienes a su cargo.
- Abogados sobre los bienes del litigio que manejan.
- Cónyuges sobre bienes comunes entre sí.

Para ahondar un poco más en el tema, podemos decir que existe en las personas una capacidad de hecho y de derecho. La capacidad de derecho es la posibilidad de gozar de derechos y deberes jurídicos, la cual no se ve afectada “en principio” bajo pretexto alguno. La capacidad de hecho en cambio es aquella que tiene relación con el ejercicio de los derechos, ésta se ve afectada por distintos motivos, entre éstos podemos enumerar las personas por nacer, los menores de edad, la demencia, o algún tipo de patología psiquiátrica que impide que la persona pueda ejercer por sí misma sus derechos. A esos efectos, la ley le asigna un tutor, o curador, únicamente se tiene a los efectos legales a alguien por incapaz tras un proceso judicial con sentencia firme,

El CCyCN dice:

“ARTICULO 22.- Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.

ARTICULO 23.- Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.

ARTICULO 24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

- a) la persona por nacer;
- b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;

c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.”

Por ejemplo, podemos realizar una donación en favor de un menor de edad (dado que es capaz de derecho), pero éste, no puede aceptarla por ser incapaz (de hecho o ejercicio), depende la aceptación de quien tiene su guarda/tutela/patria potestad, que es quién legalmente ejerce el derecho en su nombre resguardando sus intereses.

Objeto.

El Objeto es uno de los elementos de los contratos. Es aquello sobre lo que versa el contrato en sí. Por ejemplo en el caso de un contrato de compra-venta, el objeto es la entrega de la cosa a cambio de un monto de dinero. En un contrato de locación, es la entrega de la tenencia de una cosa a cambio del pago de un canon o precio. En una donación es la entrega de un bien a otra persona.

La ley nos dice en el CCyCN:

“ARTICULO 1003.- Disposiciones generales. Se aplican al objeto del contrato las disposiciones de la Sección 1a, Capítulo 5, Título IV del Libro Primero de este Código. Debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial.”

Nos pone requisitos, nos dice que debe ser lícito (o sea, no estar prohibido, no podemos hacer un contrato para robar un banco por ejemplo, o para comprar estupefacientes); debe ser posible (no podemos contratar a una persona para que nos baje la luna a cambio de un precio); debe ser determinado (compro ESA cosa, no puedo decir “compro” sin aclarar qué estoy comprando por ejemplo), o determinable (puedo aclarar que compro todas las propiedades inmuebles a nombre de Juan Perez, si bien no estoy siendo específico, se puede saber luego cuáles son mediante pedidos de informes a las autoridades correspondientes en caso de dudas). Tiene que ser susceptible de valoración económica, volviendo al principio de no contratar sobre cuestiones que están fuera del mundo pecuniario, puede que este valor económico se deba a un interés de las partes (por ejemplo, quiero vender un reloj que no funciona, pero que para mí tiene un valor económico, dado que lo utilizó en vida Elvis Presley, lo que le da el valor económico es un interés por fuera de lo estrictamente patrimonial.

“ARTICULO 1004.- **Objetos prohibidos.** No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se

prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56.”

Ahora nos dice un poco lo mismo desde la otra vereda, lo que NO puede ser objeto de los contratos, aquello imposible, prohibido, contra la moral, el orden público, dignidad humana, lesivos de derechos ajenos, y nos remite para el caso de derechos sobre el cuerpo humano a dos artículos 17 y 56, el primero nos indica que el cuerpo humano está enumerado en el capítulo que habla sobre “bienes”, pero que debe regirse por cuestiones científicas, humanitarias, sociales, afectivas, quitándoles entidad “comercial”, no son objeto de comercio, pero técnicamente son parte del patrimonio de la persona, aclarando el art. 56 que se puede disponer sobre el cuerpo solo en estos supuestos, y siempre y cuando no resulte una disminución de la integridad de la persona en forma permanente, excepto para mejorar la salud propia -pese a ésta disminución, me extirpo un riñón para sobrevivir-, o de terceros a modo excepcional -más que nada hablamos aquí de ablación / donación de órganos, circunstancias que escapan al punto en definitiva y se tratan en legislación especial-.

Causa.

La causa, es la finalidad última por la que se realiza el contrato, más allá de su objeto. Por ejemplo, realizo una compra-venta de un inmueble, el OBJETO sería la entrega de la vivienda a cambio de un precio en dinero, pero la CAUSA sería para el comprador, tener un lugar donde residir con su familia, y para el vendedor, obtener dinero en efectivo para invertir en la bolsa de valores, o comprar otra propiedad para alquilar en una zona más conveniente. La causa DEBE existir, sin causa podría plantearse la nulidad del contrato, en determinados casos.

Debe ser lícita, de ser ilícita el contrato sería nulo.

-No puede ser contraria a la moral y las buenas costumbres.

-Ambas partes tenían una causa ilícita o inmoral común. Si fuera solo una la que lo hizo, ésta no puede exigir el cumplimiento a la otra parte. (arts. 1012 siguientes y concordantes del CCyCN)

Forma.

El principio general establece que no se deben seguir formas determinadas para los contratos. Hay libertad de formas.

Si se exige por ley determinada formalidad para celebrar un contrato, rige lo mismo para su modificación.

Nos indica la ley entre otros supuestos la necesidad de escritura pública para operaciones con inmuebles.

Establece que si firmamos un documento sin la formalidad, se lo entiende como una promesa de realización futura del contrato conforme las

formalidades establecidas. Por ejemplo, si firmamos un boleto de compra venta de un inmueble, éste se hace en un documento privado sin escribano público; por ende, no cumple con las formalidades de ley, y no tiene valor como tal, pero SI es válido, como un compromiso de la parte de celebrar a futuro el contrato formalmente con los requisitos de ley, y se puede demandar a la parte para que cumpla dicha promesa y celebre el contrato, o devuelva la prestación otorgada a cambio. Por ejemplo, firmamos un boleto de compra-venta de un automóvil, no hicimos la presentación del formulario 08 de transmisión de dominio, se pagó el precio del automóvil, y se entregó el mismo al comprador. Obviamente el que abonó el precio y tiene el auto, puede exigir mediante demanda judicial al vendedor que efectúe el contrato conforme las formalidades legales, dado que la firma del boleto es una “promesa de celebración futura” del contrato en cuestión.

Contratos de Adhesión.

Según el art. 984 del CCyCN se establece que es aquel en el cual una parte adhiere a las cláusulas predisuestas por otra parte, sin poder participar de su redacción.

Claro ejemplo de esto son los contratos de licencias de términos y condiciones de usos de software. El usuario no puede sentarse con por ejemplo con Google a debatir estos términos, uno los acepta en su totalidad sin chances de debate, o los rechaza en su totalidad.

Debe ser clara su redacción, entendible para el adherente, y no debe remitirse a textos que no tiene el aceptante a disposición, por ejemplo si digo que debe aceptar la totalidad de los términos de la empresa al usar un software, los cuales no están al alcance del aceptante y no se los facilito, obviamente el mismo no tuvo la oportunidad de comprender los alcances de su aceptación y por ende no sería válido.

Si hay una cláusula ambigua o confusa, se interpreta en favor del aceptante que no la redactó. Se dejan sin efecto cláusulas abusivas, y el art. 988 del CCyCN nos dice:

“ARTICULO 988.- Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:

- a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;
- b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;

c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.”

Se tienen por no escritas, o sea, como si no existieran en el contrato las mismas.

El caso del inciso “a” es cuando por ejemplo ofrezco el alquiler por hora de un espacio de cochera cerrado, y pretendo mediante una cláusula (cartel que se ve habitualmente en las cocheras) deslindarme de responder por cualquier daño o faltante del vehículo que deja la persona. Dentro de las obligaciones de quien regentea un espacio de cocheras, está la de responder por todo aquello que ocurra al vehículo allí dejado, dado que es su responsabilidad garantizar las condiciones mínimas de seguridad y cuidado de los automóviles aparcados en el lugar.

En el inc. “b” obligo a perder o reducir derechos mínimos de normas supletorias a quien acepta. Ello es válido en otro tipo de contratos, más no en el de adhesión en particular. Siempre y cuando no se trate de normas indisponibles (de orden público).

El inc. “c”, nos trata cláusulas ambiguas nuevamente, que impiden que quien acepta prevea el alcance de las mismas en términos generales.

Si se determina por vía judicial que existen cláusulas abusivas, pese a su autorización administrativa (algún órgano de contralor como la Superintendencia de Seguros de la Nación, o el Banco Central de la República Argentina), el Juez anula parcialmente el contrato, debiendo completar lo faltante de acuerdo a derecho, siempre y cuando de no hacerlo perdería sentido el contrato.

Contratos de Consumo.

Es un tipo especial de contratos, éstos involucran a un proveedor y un consumidor. El consumidor es una persona (física o jurídica), que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario FINAL, para su propio beneficio o el de su familia. Si bien este tipo de contrato puede no celebrarse entre un consumidor y un proveedor, escapando de una “relación de consumo” propiamente dicha, se puede entender como consumidor (equiparándolo) a quien contrata para el destino final propio o de su familia.

El contrato de consumo propiamente dicho es entre el consumidor con un profesional/ocasional proveedor de bs. y servicios, para uso final propio o de su familia.

Siempre se debe interpretar la ley, y los contratos en estos términos, en favor del consumidor, en caso de duda, se está siempre a favor del consumidor.

Modalidades especiales.

Contratos a distancia:

“ARTICULO 1105.- Contratos celebrados a distancia. Contratos celebrados a distancia son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa.”

Nos indica los contratos vía electrónica o por medio de “telecomunicaciones” dentro de esta modalidad, y son aquellos más aplicables a servicios informáticos o licencias de software hoy en día.

En cuanto a estos contratos por vía electrónica, la ley estipula en el CCyCN: “ARTICULO 1106.- Utilización de medios electrónicos. Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar.

ARTICULO 1107.- Información sobre los medios electrónicos. Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos.

ARTICULO 1108.- Ofertas por medios electrónicos. Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación.”

O sea, los contratos electrónicos se toman como “escritos” aún si figuran en un soporte electrónico o similar. Si celebran el contrato por vía electrónica a distancia, el proveedor APARTE de darle la información mínima del contrato y su facultad para revocar, le debe brindar información mínima para la utilización correcta del medio elegido, y comprender con mayor claridad los riesgos de su utilización, dejando en claro quién asume dichos riesgos. Cuando uno realiza una oferta de contrato por vía electrónica/similar, ésta tiene vigencia durante TODO EL TIEMPO que permanezcan visibles al destinatario, salvo que se indique un plazo. Por eso, hay que tener cuidado de dejar posts en redes sociales ofreciendo productos a un precio determinado

sin estipular el plazo límite de la oferta, porque alguien podría aceptar la oferta con ese precio ya desactualizado por inflación, y exigir su validez, dado que no se especificó el tiempo de validez de la misma.

En cuanto a estos contratos de consumo a distancia por vía electrónica, la ley nos menciona un derecho a revocarlos en forma especial:

“ARTICULO 1110.- **Revocación.** En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el **consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato.**”

Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce.

Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente.

Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos.

ARTICULO 1111.- **Deber de informar el derecho a la revocación.** El proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho.

ARTICULO 1112.- Forma y plazo para notificar la revocación. La revocación debe ser notificada al proveedor por escrito o medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo de diez días computados conforme a lo previsto en el artículo 1110.

ARTICULO 1113.- Efectos del ejercicio del derecho de revocación. Si el derecho de revocar es ejercido en tiempo y forma por el consumidor, las partes quedan liberadas de sus obligaciones correspondientes y deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido.

ARTICULO 1114.- Imposibilidad de devolución. La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato no priva al consumidor de su

derecho a revocar. Si la imposibilidad le es imputable, debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tiene al momento del ejercicio del derecho a revocar, excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último.

ARTICULO 1115.- Gastos. El ejercicio del derecho de revocación no debe implicar gasto alguno para el consumidor. En particular, el consumidor no tiene que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en ella.

ARTICULO 1116.- **Excepciones al derecho de revocar.** Excepto pacto en contrario, el derecho de revocar no es aplicable a los siguientes contratos:

- a) los referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez;
- b) los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente;
- c) los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.”

Puede técnicamente el consumidor revocar el contrato efectuado por vía electrónica dentro de los diez días de su celebración, este derecho debería de ser informado al consumidor (situación que no se da en la práctica), y de no informarse, su derecho a revocar no caduca con el tiempo.

La revocación no debe implicar gastos para el consumidor.

Se establecen ciertas reglas para efectuarla, y excepciones para su revocación (obviamente si pido una campera bordada con mi nombre y mi foto, no sería lógico que pueda luego revocar el contrato y devolverle el producto al proveedor a cambio de dinero).

Contratos e Informática.

Cabe destacar en este punto que **no es lo mismo un contrato “Electrónico”** o por “vía Electrónica” que aquellos contratos “Informáticos”. **El primero de**

ellos tiene que ver con el soporte mediante el cual se celebra el contrato, y el segundo, sobre el objeto del contrato en sí.

Un contrato informático puede ser relativo a un proveedor de servicio de instalación de redes, podemos pactarlo verbalmente con el técnico que realizará la instalación, sin necesidad de utilizar un soporte electrónico.

A su vez, podemos adquirir una almohada por una plataforma “electrónica” como ser un portal de ventas en internet, aunque el objeto, sea justamente la almohada y nada relativo a la informática.

Son cosas distintas, que pueden converger en determinados casos (adquiero software utilizando la plataforma web del desarrollador, lo hago por vía electrónica, y el objeto es una pieza de software claramente relacionada con el mundo informático).

Es importante sin embargo entender que cuando un contrato informático está dirigido a un consumidor, la información que ha de brindársele previo a su celebración al cliente debe ser aún más detallada que para un contrato dentro de los conocimientos del común de la sociedad.

A su vez, si encima de ello es por vía electrónica, se le debe brindar también información detallada sobre el funcionamiento de la plataforma, y los derechos de revocar el contrato dentro del plazo legalmente estipulado a tal efecto.

Finalmente, tener en cuenta, que si realizamos una oferta por una publicación que permanece visible en el tiempo, debemos contemplar los detalles de la oferta como ser su vigencia temporal / stock disponible, ello para evitar reclamos por parte de potenciales aceptantes a futuro que pretendan dar validez a la misma.

USO DE LAS REDES SOCIALES EN EL DERECHO LABORAL

En ciertas ocasiones las redes sociales son utilizadas para obtener información de aspirantes a puestos de trabajo. Se verifican los contactos que tiene o los grupos de los que forma parte el aspirante o candidato.

Esta investigación o recolección de datos, puede ser contraria a algunas normas que protegen la intimidad y privacidad del trabajador. También puede utilizar esta información con fines discriminatorios.

La normativa nacional nada ha dicho en forma específica sobre estos temas. Sin embargo es posible aplicar la ley de Protección de Datos Personales, para el caso que éstos han sido recolectados y/o tratados fuera de los límites legales.

En cuanto a la discriminación, la Ley sería aplicable una vez que se inició la relación laboral, y no durante el proceso de selección, pero pese a ello puede encuadrar esta actividad en el art. 1º de la ley antidiscriminación N° 23592, el cual dispone que:

"...quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

También resultaría aplicable la Recomendación General N°6 "Contra la discriminación en la oferta de empleos" del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI).

EL USO DE LAS REDES SOCIALES COMO HERRAMIENTA DE TRABAJO

FACULTADES DE CONTROL DEL EMPLEADOR

Debe advertirse que, de la utilización de redes sociales -como así de toda otra herramienta informática de comunicación en el trabajo- a instancias del empleador, emerge una indudable facultad de control en favor de éste, en razón de que existen diversos intereses que la justifican, a saber:

- **Propiedad sobre los medios de producción:** el empleador como propietario de las herramientas de trabajo tiene derecho a controlar los bienes de la empresa que dirige.

Sostiene al respecto Hocsman que el empleador es titular de los medios de producción, y tanto la computadora, el software como el resto de los elementos que permiten las comunicaciones electrónicas entran en esa categoría. Así, el trabajador dispondría de tales herramientas sólo a efectos de la actividad laboral, y por lo tanto el control sobre ellas se vería justificado.

- **Rendimiento del trabajador:** la utilización de redes sociales durante el tiempo de trabajo y fuera del uso sugerido por el empleador constituye una forma de esparcimiento que puede insumir tiempo de efectiva prestación de

labor del trabajador. Ello, llevado a gran escala, puede generar detrimentos económicos en la empresa, motivados por la pérdida de productividad de los dependientes. El control por parte del empleador adquiere importancia, entonces, a los fines de preservar un ambiente de trabajo eficiente.

- **Información confidencial:** debe permitirse al empleador el monitoreo de las herramientas informáticas pues siempre existe la posibilidad de que por medio de las comunicaciones electrónicas pueda facilitarse información confidencial y secretos comerciales de su empresa.
- **Seguridad Informática:** en la utilización de redes sociales -como en todo servicio de Internet- está siempre latente la posibilidad de comprometer la seguridad informática de la empresa a partir de ataques externos, y por tanto, derivar en la pérdida de información confidencial o relevante para la empresa.

- **Imagen o reputación:** todo aquello que la persona sube en su perfil social, en tanto sea accesible de manera pública, puede repercutir negativa e indirectamente en la reputación de la empresa, violando así el legítimo interés del empleador de resguardar el buen nombre e imagen de su firma.

En este sentido se ha dicho que "la ruptura de la escisión entre lo profesional y lo privado conlleva a que actos en principio relativos a la esfera de libertad individual del empleado, como la decisión de colgar fotos, publicar videos, comentar ideas, pensamientos, experiencias, opiniones o críticas puedan tener relevancia no sólo sobre el actor sino también, dependiendo del contenido de las mismas, sobre la imagen y reputación de la empresa, de los otros empleados o de los clientes".

- **Responsabilidades legales:** el empleador tiene una responsabilidad refleja o indirecta por el hecho de un dependiente, y por tal motivo debe fiscalizar el uso de las redes sociales para evitar conductas de parte del trabajador que puedan afectar cualquiera de los intereses empresariales señalados. En suma, vislumbramos motivos suficientes - muchos de ellos amparados y limitados por normas diversas, como luego veremos- para permitir al empleador el monitoreo o control del uso de las herramientas informáticas de comunicación vía Internet, esto es, correo electrónico, servicios de mensajería instantánea y redes sociales.

CONTROL SOBRE LAS OPINIONES, IMAGEN Y DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR

Un punto controvertido que surge de modo particular en el ámbito de las redes sociales, a diferencia de la problemática de la inspección del correo electrónico, es aquel vinculado con la posibilidad de controlar las opiniones, la imagen y los datos personales que el trabajador publica en sus perfiles.

Veremos a continuación estos supuestos:

- **Opiniones:** es habitual que en las redes sociales, en esa dinámica de permanente interacción que plantean sus funciones y/o aplicaciones, los trabajadores hagan comentarios que puedan afectar intereses del empleador,

como ser opiniones contrarias a la persona del principal, de sus superiores o de sus compañeros de trabajo, al lugar o ambiente de trabajo, a los procedimientos utilizados para producir o comercializar bienes o prestar servicios, a la calidad del producto o servicio que ofrece la empresa, etc.

- Imagen: en el ámbito de las comunidades virtuales, es frecuente que una persona publique una fotografía, o simplemente la comparta de manera privada con ciertos contactos, y ésta inmediatamente comience a distribuirse por toda la comunidad de usuarios, llegando a contactos o publicaciones no deseadas por el usuario, o simplemente que su imagen sea publicada sin su autorización (es usual que además de la publicación se identifique a una persona por medio de una "etiqueta", que permite redireccionar a su perfil, sin requerir su consentimiento). Ya remarcamos que, dependiendo del contenido de la foto, video o material que involucre la imagen del trabajador, en muchas ocasiones, puede repercutir en la imagen de la empresa.

- Datos personales: el auge de la utilización de los servicios de redes sociales ha propiciado un nivel de circulación de datos personales que no registra precedentes, no sólo por la enorme cantidad de ellos que fluyen sin control alguno por la red, sino principalmente por el hecho de ser accesibles en forma abierta y global. Entre esos datos, se suelen incluir como información disponible públicamente el puesto de trabajo que se ocupa, la empresa para la que se presta servicio, los contactos profesionales, y, eventualmente, algún otro tipo de información, e inclusive fotografías, videos, enlaces, y/u otro material adicional o de referencia que hacen a la organización empresarial.

La situación es de difícil solución y podría admitir matices, pues como señalamos con anterioridad, en las redes sociales se desdibujan los límites entre lo profesional y lo personal, entre lo público y lo privado. Existen intereses del empleador que pueden verse afectados, como el derecho a la imagen y reputación de su empresa y el derecho a evitar la publicación de información confidencial, y que, en principio, habilitarían cuanto menos una regulación a nivel de reglamentos de empresa. Sin embargo, creemos que, por la calidad de los bienes jurídicos en juego - datos personales, libertad de expresión y derecho a la imagen- que se contraponen a aquellos legítimos intereses, en ningún caso -se trate de la utilización de redes sociales a instancias del empleador o se trate de un perfil creado espontáneamente por el trabajador- es admisible prohibición alguna por parte del empleador. Volveremos sobre ello luego.

LÍMITES: LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INTIMIDAD DEL TRABAJADOR

Veamos ahora cuáles son los límites al derecho a controlar las herramientas informáticas de comunicación vía Internet provistas por el empleador:

- **Derecho a la intimidad:** a primera vista, la interferencia más importante se da a nivel de la privacidad del trabajador. Se plantea así una tensión entre dos derechos constitucionales en juego: el derecho a la intimidad del trabajador y el derecho a la libertad de empresa y de propiedad del empleador.

Entendemos que la amplitud del concepto de derecho a la intimidad comprende a la inviolabilidad y privacidad de las comunicaciones, a la protección de datos personales, al derecho a la imagen, y a cualquier otra injerencia arbitraria sobre la vida íntima del trabajador.

Tal como sostuvimos con anterioridad, el problema del monitoreo de las comunicaciones y la inviolabilidad de la correspondencia del trabajador -en el caso, el derecho a mantener en reserva el contenido de todo aquello que se transmite vía Internet-, es idéntico cuando hablamos de correo electrónico que cuando hablamos de redes sociales. Sobre aquél, ha sostenido Hocsman que, tanto en el derecho comparado como en la mayoría de los autores de la doctrina nacional se plantea el tema en términos de una disyuntiva, vale decir, que la cuestión debiera ser regulado o bien a favor del empleador, permitiendo en todo caso la vigilancia y acceso a los contenidos de las comunicaciones en el ámbito laboral, o bien en favor del trabajador, prohibiéndose para todos los casos la intromisión en su correspondencia electrónica, pues se afectaría su derecho a la intimidad. Creemos, no obstante, que la cuestión admite matices, y no debiera ser planteada a modo de antítesis; por el contrario, pensamos que se trata de dos derechos absolutamente compatibles. Coincidimos con Fernández Delpech en que "se mezclan dos temas que tienen que tener dos soluciones normativas diferentes: la garantía de la confidencialidad del trabajador, y las facultades del empleador con relación a las políticas de uso del correo electrónico y de Internet en el lugar de trabajo".

De esta forma, entendemos que debe distinguirse la posibilidad de establecer políticas de uso de las herramientas de trabajo del acceso a dichos contenidos. La primera está relacionada con la sugerencia de buenas prácticas, a los fines de resguardar los distintos intereses que dijimos justifican el control del empleador, y, eventualmente, también está vinculada con su facultad disciplinaria. Por otro lado, la confidencialidad del trabajador se refiere a la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones que se cursan por vía electrónica.

Ahora bien, en lo que respecta al control sobre los datos personales y la imagen del trabajador, tema que por cierto se plantea de modo peculiar en las redes sociales, hemos dicho que el empleador no posee potestades de control o reglamentarias sobre dichos contenidos, pues, de permitirse, se estaría avanzando peligrosamente sobre la intimidad del trabajador. No se trata aquí

solamente de la dispensa o renuncia del secreto de las comunicaciones laborales, sino que, además, se encuentran en juego otros derechos: el de autodeterminación informativa y el de disponer de la propia imagen. Se tratan aquí dos facultades personalísimas que siempre permanecerán en cabeza de su titular de modo irrenunciable. Si bien es cierto que puede consentirse el tratamiento de datos personales, incluso de datos sensibles, o autorizarse el uso de la propia imagen, ello, en modo alguno, significa cederlos a punto tal de ser reemplazados o sustituidos en su ejercicio, cuestión que efectivamente se daría si se permitiese al empleador imponer pautas acerca de qué datos o imágenes publicar, dejar de publicar, o a cuáles de ellas tendrá acceso.

Asimismo, creemos que todo control sobre los datos personales y la imagen no tienen vinculación alguna con el contrato de trabajo o con las prestaciones laborales. Sea la utilización de redes sociales a instancias del empleador o no, en ambos casos, la conclusión no varía. Si es un perfil estrictamente personal, no hay nada que legitime avanzar sobre su contenido; ahora, si se trata de un perfil "profesional", y se considera una herramienta de trabajo, el mentado derecho de propiedad que corresponde al empleador debe ceder frente a otro derecho de mayor jerarquía, el derecho a la intimidad. Ello, sin embargo, no obsta a que la utilización de las redes sociales como forma de esparcimiento pueda dar lugar a sanciones disciplinarias por no cumplir adecuadamente con el trabajo durante la jornada laboral.

- Derecho a la libertad de expresión: también este derecho del trabajador puede colisionar contra aquellos intereses del empleador que justifican el contralor de las herramientas informáticas. Como dijimos, las redes sociales permiten a los usuarios efectuar comentarios y emitir opiniones en pequeños espacios virtuales que hacen las veces de blogs o bitácoras personales -los cuales, en su versión tradicional, han caído en desuso ante la gran versatilidad de las aplicaciones sociales contenidas en una plataforma de red social-, y así afectar legítimos intereses del empleador.

Nuevamente aquí debemos concluir como aplicable la misma solución que para los casos anteriores donde se afectan los datos personales y la imagen. Es decir, prevalecerá el derecho a la libre expresión del trabajador, y, por tanto, no podrá regularse, ni controlar ni acceder a todo aquello que el trabajador libremente opina, sube, comparte y hace en su red social privadamente. Sin embargo, debemos agregar en este punto que, en caso de que efectivamente se utilicen perfiles públicos en las redes sociales para emitir comentarios que afecten intereses de la empresa del empleador (vgr. calumnias e injurias dirigidas al jefe o a los compañeros de trabajo), desde luego que surge una responsabilidad ulterior (penal y civil, pero también laboral, pues puede dar lugar a una sanción o a un despido justificado) que debe ser afrontada por el trabajador.

REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

En la República Argentina no existe disposición normativa alguna que regule expresamente las facultades del empleador relativas al monitoreo de las redes sociales, el correo electrónico y demás herramientas informáticas en el ámbito laboral.

No obstante, es menester recordar que la Ley de Contrato de Trabajo 20744 rige las relaciones entre empleadores y trabajadores desde el punto de vista contractual individual, y que si bien carece de una previsión que se refiera específicamente al supuesto en análisis, creemos que son aplicables sus principios generales.

Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que en toda relación laboral debe regir el principio de buena fe recíproca (art. 63 L.C.T.), el cual se extiende no sólo a las conductas a las que las partes expresamente se obligaron en el contrato de trabajo, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad (art. 62 L.C.T.). Asimismo, entre las facultades específicas del empleador se encuentran la organización económica y técnica de la empresa como también su dirección (art. 64 y 65 L.C.T.), mientras que entre las obligaciones del trabajador se halla el deber de fidelidad, por el cual debe guardar reserva o secreto de las informaciones a las que tenga acceso (art. 85 L.C.T.). Finalmente, también resultan de aplicación las disposiciones relativas a controles que el empleador puede efectuar sobre el trabajador, que si bien no aluden al caso de las comunicaciones electrónicas, sí se refiere a la salvaguarda de los bienes y herramientas de trabajo de propiedad de la empresa (arts. 70, 71 y 72 L.C.T.).

En base a este conjunto de normas, surge con claridad que el empleador tiene un derecho de propiedad sobre los medios de trabajo; las comunicaciones en Internet como herramientas para el cumplimiento de la prestación a la que se comprometió el trabajador, forma parte del concepto de medios de trabajo. Ahora bien, ese derecho de propiedad, también implica la facultad de establecer sistemas de control que tengan por objeto salvaguardar los bienes de la empresa, siempre y cuando se respete la dignidad y privacidad del trabajador y se pongan en conocimiento de la autoridad de aplicación, de la organización sindical que represente a los trabajadores, y del propio trabajador. A su vez, esa potestad de fiscalización del empleador está supeditada a que su ejercicio no resulte violatorio de los derechos del trabajador. Llevado al caso en particular, es correcto afirmar que la facultad de establecer controles sobre los e-mails y demás herramientas de comunicación es legítima en tanto no se afecte la intimidad y libertad de expresión del trabajador.

En relación a lo expuesto, se evidencia que el empleador efectivamente podrá establecer políticas de uso de las herramientas informáticas que provea al

trabajador, y también imponer sanciones en base a sus facultades disciplinarias que surgen de los arts. 67 y 68 L.C.T. Su interés se justifica en su eventual responsabilidad por los hechos de sus dependientes, en que no haya divulgación de información confidencial comercial y/o industrial (el empleador en este caso estará amparado por la ley 24766), y en que no se viole su derecho a exigir lealtad y reserva (arts. 85 y 88 L.C.T.).

Por su parte, encontramos límites al control del empleador, ya no sólo en las propias facultades que confiere la L.C.T., sino principalmente en otras normas tuitivas de la intimidad de cualquier persona, se encuentre o no en relación de dependencia. Debemos citar aquí las previsiones de la Ley de Protección de Datos Personales 25326 en materia de recolección de datos durante la relación laboral, el art. 31 de la ley 11723 relativo al derecho a la imagen del trabajador.

En cuanto a las normas que protegen la libertad de expresión, sería aplicable la ley 26032, que establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se consideran comprendidas dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión (arts. 14 y 75 inc. 22 CN.). De este modo, el trabajador, como todo usuario de Internet, tiene derecho a expresar con toda libertad y sin censura previa sus opiniones en todo tipo de temas: políticos, religiosos, económicos, sociales, culturales, etc., con la única condición de que si afecta derechos de terceros, tendrá responsabilidad ulterior.

REGULACIÓN A TRAVÉS DE LOS REGLAMENTOS DE EMPRESA

Sosteníamos con anterioridad que es posible compatibilizar los intereses de empleadores y de trabajadores, sin necesariamente contraponer definitivamente las posibles soluciones jurídicas que buscan zanjar el problema del control laboral de las comunicaciones electrónicas. Dijimos también que tanto el derecho de propiedad del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador son derechos que permiten ser regulados a través de una política de uso de las herramientas informáticas, la cual debe estar contemplada en un instrumento normativo convencional general: los reglamentos de empresa.

Hoy en día, se estila en la práctica prever reglas de juego claras pero lo suficientemente flexibles y que no vulneren los derechos del trabajador en materia de utilización de Internet, de correo electrónico, y, cada vez más, en materia de redes sociales. Desde luego que tales lineamientos tienen que ser debidamente informados por el empleador y firmados por el trabajador, dando así conformidad a lo que ha leído, o al menos que conoce su existencia.

En base a lo expuesto, a continuación, veremos cuáles son las cláusulas que habitualmente se incluyen y cuáles deberían incluirse en un instrumento que regule el uso de las herramientas informáticas de comunicación en general, y de redes sociales en particular:

- Deben especificarse qué herramientas de hardware y software se ponen a disposición del trabajador.

En el caso del hardware, deberá hacerse referencia a qué tipo de computadora -PC, notebook, teléfono inteligente, tableta, etc.- y qué dispositivos de entrada y de salida se proveen; en el caso del software, cuáles son los programas operativos y de aplicaciones instalados, y si está permitido o prohibido instalar nuevos programas, actualizaciones y/o complementos o aplicaciones. En su caso, también podrá el empleador reservarse la facultad de instalar programas que impidan el acceso a otros, o, en el caso de Internet, de instalar filtros a ciertas páginas de ocio, entre las que podrán incluirse las redes sociales, ya sea alguna en particular o bien todas.

- Debe hacerse mención a si el uso de programas o sitios web que brindan servicios de mensajería instantánea, correo electrónico, y en general el envío y recepción de mensajes por Internet -u otra red de computación abierta o cerrada- está permitido o no.

- De estar prohibido, creemos que tal interdicción sólo debe extenderse al lugar y horario de trabajo. Asimismo, debe preverse una excepción cuando el trabajador deba recurrir a estos medios a los fines de realizar comunicaciones urgentes.

- De admitirse, deben fijarse pautas en cuanto a las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso, limitándolas siempre también al ámbito de trabajo. Creemos que resulta útil distinguir entre cuentas laborales o personales, aunque, como vimos, en las redes sociales, al ser plataformas con multiplicidad de funciones, se confunden las fronteras entre lo laboral y lo íntimo.

- El control del contenido de las comunicaciones deberá hacerse por muestreo entre todos los trabajadores y debe ser periódico, excluyendo así todo seguimiento particularizado a un trabajador. Tal acceso debe estar restringido a las cuentas de correo o de redes sociales provistas a instancias del empleador; de tratarse de cuentas personales, en principio, el empleador no tendrá acceso a ellas si no es con el consentimiento expreso del trabajador, quien puede renunciar a su derecho a la confidencialidad.

- Si hay algo que no esté expresamente previsto en este punto, entendemos que el trabajador tiene una expectativa de privacidad que no puede ser vulnerada, por lo cual, el principio de monitoreo admite una importante excepción que surge de la primacía del derecho a la intimidad.

En este sentido, creemos que, ante la falta de estipulación entre las partes, es ilícito bajo el prisma de la legislación nacional que el empleador pueda

acceder a los contenidos de las comunicaciones personales y laborales del empleado, pues, las comunicaciones por Internet son asimiladas a la correspondencia epistolar en cuanto a su protección constitucional. La única forma para acceder a ellas sería con autorización judicial fundada en ley.

- El empleador, a los fines de garantizar la fidelidad de una eventual prueba informática en juicio, debe procurar que cada computadora o cada cuenta sea accesible sólo por un trabajador, brindando, por ejemplo, una contraseña de ingreso.

- El empleador no debe dar tratamiento a los datos personales -mucho menos aquellos sensibles- de los trabajadores que hubiesen sido obtenidos de un monitoreo del contenido. En todo caso, si el empleador cumpliera con la ley 25326, en particular, con la obligación de registrar sus bases de datos, deberá indicarse al trabajador en cada caso que sus datos serán incluidos en un banco de datos y los fines de dicha recolección, siempre y cuando medie previo consentimiento, y se otorgue la posibilidad de acceder, rectificar, actualizar, suprimir o someter a confidencialidad dichos datos. Cabe aclarar que el principio general que debe mantenerse es que los datos del trabajador obtenidos en esas condiciones no pueden ser utilizados por el empleador.

- El empleador no puede establecer qué datos deben colocarse o no en un perfil de una red social que sea personal del trabajador, sea que se trate de un perfil público o de un perfil privado. Los datos siempre son de propiedad del trabajador, y lo único que excepcionalmente podría autorizarse es un tratamiento en una base de datos del empleador.

- Tampoco podrá limitarse la libertad de expresión del trabajador cuando realiza comentarios u opiniones sobre su ámbito de trabajo. Aquí quizás debiera distinguirse entre el perfil público y privado del trabajador, a los fines de sugerir en el primer caso evitar realizar comentarios que afecten los intereses de la empresa.

- El empleador podrá prohibir la divulgación de informaciones confidenciales de la empresa, procurando hacer saber al trabajador en cada caso qué informaciones deben mantenerse en reserva. - Por último, puede el empleador, en el ejercicio de sus facultades disciplinarias, establecer sanciones, en tanto sean proporcionadas a la falta o al incumplimiento demostrado por el trabajador, con el alcance de los arts. 67 y 68 L.C.T.

MEDIOS DE PRUEBA ELECTRONICOS

A consecuencia del avance tecnológico, los procedimientos de los distintos fueros han ido adaptándose con el tiempo en distintos lugares del país. A raíz de la implementación de herramientas como la firma digital, amparada por ley, se han abierto puertas para realizar actos dentro de un procedimiento judicial sin necesidad de recurrir al protocolo escrito y firmado físicamente.

La “evidencia digital” puede ser sobre un hecho a dar tratamiento jurídico (como por ejemplo un delito cometido mediante herramientas tecnológicas) o sea, un “elemento de prueba”; o sobre la representación de actos jurídicos como puede ser la celebración de un contrato electrónico que sería “medio de prueba”.

Si bien no hay contemplación específica en la mayoría de las provincias del país sobre estas vías digitales, se admite la “libertad probatoria” en muchísimos casos, con lo cual, esto es abarcativo de los medios electrónicos, informáticos, digitales.

La ley 25506 de Firma Digital le da validez legal a un documento electrónico, firma electrónica y firma digital. Este tipo de documentos se equipara al escrito en papel y firmado personalmente. Una firma digital es aquel mecanismo de autenticación digital que se basa en el uso de un certificado de clave pública válido emitido por una Autoridad Certificante licenciada por un órgano público. A tal fin, la ley crea una Infraestructura de Firma Digital, cuyo órgano rector es la Jefatura de Gabinete de Ministros.

Al equipararse a un documento escrito, se transforma en una prueba del tipo “Documental” al igual que los contratos celebrados en soporte físico analógico.

En cuanto al valor de determinados documentos, filmaciones, correspondencias, comunicaciones por vía digital, los tribunales recurren para su análisis a los expertos, que obran a modo de “peritos” para profundizar y dar respaldo a la prueba que se presente.

Por ejemplo si el documento se rubricó con firma digital avalada con certificado de organismo público, se entiende que cumple con los requisitos de una firma certificada por escribano público. En cambio si se utilizó un tipo de firma “electrónica” pero no digital, se considera equiparable a un documento firmado sin participación de escribanos, debiéndose probar con otros medios que la firma en cuestión es de la persona que figura allí. Si el documento digital ni siquiera está firmado, podría ser un principio de prueba, pero debería de respaldarse con otros elementos.

La presentación de documentos con firma digital requiere que se acompañen todos los informes respaldatorios de dicha certificación de firma.

Misma suerte corren otros materiales digitales, como audios, videos, comunicaciones electrónicas, que por sí solas no pueden tener una entidad

suficiente, pero pueden ser respaldados con otros elementos que las refuercen o acompañen. Por ejemplo una video filmación por sí sola, debe saber en qué lugar se tomó, desde qué cámara, en qué horario, debe verificarse la identidad de las personas que se capturen en su caso de algún modo inequívoco.

Mismo si tomamos un audio de una conversación, esta voz debe ser identificada con la de quien se alega que corresponde de modo alguno, también es importante saber si los archivos no han sido adulterados de algún modo digital (como una fotografía podría manipularse con algún software de diseño gráfico).