

## Tutela penal del contrato\*

---

Oscar García Rúa

### Sumario:

### **I. El abuso de confianza delictual II. Antecedentes III. Confianza contractual y tutela penal**

#### **I. EL ABUSO DE CONFIANZA DELICTUAL**

La buena fe contractual es la columna vertebral de todo el sistema jurídico que rige las relaciones entre los contratantes. De allí, que la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810) vino a consagrar este principio fundamental, que ya había sido recibido por la jurisprudencia, estableciendo que "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión".

Fe es la "confianza, creencia en la bondad, mérito, valor, verdad o eficacia de alguien"<sup>1</sup>. Cuando la otra parte incumple, el acreedor tiene el camino de lograr el cumplimiento coactivo, de ser posible, con más los daños y perjuicios consiguientes, o sólo estos, de no ser posible el cumplimiento, en sede civil, comercial, administrativa, etcétera, según el tipo de contrato.

Este principio de la buena fe tiene importantes consecuencias prácticas cuando, quebrado el acuerdo por una de las partes, el juez debe resolver el conflicto. Así se ha establecido, verbigracia:

- a) Que el juez no debe ceñirse ciegamente al significado técnico jurídico de las palabras usadas en el contrato, sino dar a estas el sentido profano de la gente del común.
- b) Que la oscuridad de una cláusula no debe interpretarse en forma favorable a la parte que redactó el contrato.
- c) Que la interpretación del convenio debe realizarse no aisladamente, sino en forma contextual, de acuerdo con las reglas de la buena fe.

---

(\*) Artículo publicado en La Ley el 8/08/08.

(1) *Diccionario Enciclopédico Planeta*. Barcelona, Editorial Planeta S.A., 1984, T. IV, p. 1900.

Porque, quien contrata de buena fe, actúa en la confianza de que la otra parte cumplirá lo pactado como una "persona honorable y correcta". BORDA refiere que, en una sentencia que dictara siendo juez, para resolver acerca del significado de una declaración, se preguntó acerca del sentido que le hubiera atribuido a tal declaración una persona "honorable y correcta", fundándose en VOHN TUR<sup>2</sup>. El pragmatismo propio del juez estadounidense, para determinar la seriedad de una oferta, se pregunta, también, cómo la habría considerado "a *reasonable man*", o sea un hombre razonable. (*in re* "Reif vs. Paige", *filed october 10*, 1882. 13. N.W. 473, citado en *Cases and Text of Comercial Law*, Sinclair, Alan M.). En uno y otro sistema, la base de la contratación es la buena fe, la confianza mutua y el nivel de lealtad se determina por comparación con patrones objetivos de conducta: la buena fe, la persona honorable y correcta o "*The reasonable man*".

Normalmente, en la ejecución del contrato, las partes pueden controlarse mutuamente, en cuanto a la forma de cumplimiento de la otra, mas, en las relaciones contractuales, existen acuerdos en que, una de las partes, concede a la otra, legítimamente y sobre la base de esa confianza contractual a la que refiriéramos, un poder de hecho sobre la prestación obligacional que lo deja inerme, indefenso, ante el eventual incumplimiento del deudor. Mas, cuando la actitud de este, en el abuso de ese poder de hecho, implica un exceso defraudatorio, el Derecho Penal atrapa esas conductas en formas delictuales, que conforman la que damos en llamar *Tutela Penal del Contrato*.

Así, verbigracia, cuando entrego a Pedro la administración de mi campo y se apropia indebidamente del producido de la cosecha incurrirá en administración fraudulenta (artículo 173, inciso 11 del Código Penal). Cuando dejo el cuadro de Paul Gauguin en un depósito de obras de arte, para su guarda, y el depositante se niega a restituirlo, su conducta encuadrará en retención indebida (artículo 173, inciso 2º del Código Penal). Cuando el encargado del consorcio de propietarios que integro se niega a restituir la vivienda otorgada, concluido el contrato de trabajo, usurpará el inmueble (Artículo 181, Inciso 1º del Código Penal). O cuando aquel a quien adquirí el inmueble, boleto de compra-venta mediante, lo hipoteca o transfiere a otro o el fiador del contrato de locación vende el inmueble, que se obligara a mantener en garantía, ambos cometerán desbaratamiento de derechos acordados (artículo 173, inciso 11º del Código Penal).

Mas aquí se abre un interrogante que motiva este trabajo, porque una extensa línea jurisprudencial, que se resquebraja en tiempo reciente, pretendió que sólo el primer supuesto encuadraba en esa figura, reduciendo enormemente la tutela penal, ya que quedaba fuera de la pretensión punitiva estatal todo el extenso campo de las contra-

(2) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, edición 1976, t. II, p. 141.

taciones que versan sobre derechos intelectuales o creditorios y no sobre bienes muebles e inmuebles.

Esta divergencia debe mover a los especialistas en la materia, de cualquier área del Derecho que sean, a estudiar, con detenimiento, el derecho punitivo pertinente, para que su asesoramiento sea acertado y ponga al cliente consultante a resguardo de la pretensión punitiva estatal. El Derecho no debe ser motivo de investigación, en compartimentos estancos, sino relacionando las distintas áreas normativas.

Las figuras penales referidas, más algunas otras (artículo 173, incisos 12, 13, 14 y 15 del Código Penal) conforman un ramillete de delitos que se podrían agrupar bajo el rubro *Abuso de Confianza Contractual*. ¿Por qué lo del abuso? Porque nació, históricamente, la primera figura penal tutelar del contrato en Francia, en 1791, poco antes de que alumbrara el Código Napoleón, con ese nombre: "*abus de confiance*"<sup>3</sup>.

Veamos en qué consiste la figura penal que nos ocupa. Comete desbaratamiento de derechos acordados, así denomina la doctrina la figura:

"el que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía".

Seguramente, el hecho de que la figura creada en el Proyecto de Código Penal de 1960 refiriese, principalmente, al supuesto del acto dispositivo realizado por el vendedor de un inmueble, por boleto de compraventa, en perjuicio del comprador, conforme comentario del artículo en el mismo Proyecto, según se verá obró para crear la interpretación jurisprudencial de que el tipo refería solo a bienes muebles o inmuebles.

Llegó el conflicto interpretativo, tempranamente, a la Corte Suprema y esta, *in re MARTINO*, dejó sin efecto "la sentencia que consideró que un crédito no constituye un bien y que sólo son objetos de protección, por el inciso 11, artículo 173 del Código Penal, los derechos acordados sobre cosas muebles e inmuebles, pues tal distinción no

(3) Se penó, originariamente, con degradación cívica y, más adelante, con prisión, la siguiente conducta: "*Abus de confiance: Quiconque sera convaincu d'avoir de Tourné a son profit, ou dissipé, des effets, marchandises, deniers, obligation ou decharge, et tout propriétés, mobilières, qui lui avaient été confiées gratuitement a la charge de le vendre, ou de les représenter.*" Vale decir, libremente traducido al castellano, sería: Abuso de confianza: Cualquiera que sea convicto de haber malversado en su provecho o disipado efectos, mercaderías, dinero, títulos de propiedad u otros similares, apoderándose del documento obligacional o del recibo del descargo y de todo bien mueble que le fuera confiado gratuitamente con el cargo de venderlo o de ejercer la representación a su respecto. URE, Ernesto J. *El delito de apropiación indebida*. Buenos Aires, Idea, 1943. p. 16.

fue efectuada por el legislador" (FCSN. Martino, Candido s/ defraudación 17.143 Rta. 28/09/1989. T. 312, p. 1864).

No obstante la resolución del Alto Tribunal, estableciendo el criterio interpretativo amplio, siguió imperando la línea restrictiva. Así, se desechó que la figura se refiriese a bienes inmateriales o derechos de valor económico en fallo que estableciera que no constituye desbaratamiento el vender inmueble de su propiedad, puesto en garantía en un contrato de locación con cláusula que obligaba a no enajenarlo, alquilarlo o afectarlo como bien de familia, "pues esta garantía reviste carácter personal y el convenio locativo recayó sobre un bien distinto de aquel cuya desposesión, por parte del agente, tuvo efecto desbaratador" (CNCrim., Sala VI, Villordo, Juan. Rta. 26/12/01. c. 17.184, citando la causa 41.570. Cardinale, M. Rta. 26/5/92).

Adviértase que este enfoque jurisprudencial dejaba sin tutela penal a todos los locadores del mercado locativo, que quedaban expuestos a "la acción impune de los vendedores de fianzas", que son aquellos sujetos inescrupulosos, titulares de alguna propiedad libre de gravámenes, que suscriben fianzas locativas, por precio, *ad infinitum*. Cuando, ante el no pago de los locatarios, comienzan las ejecuciones, estas son tantas que nadie cobra.

Mas desde hace cierto tiempo, viene abriéndose paso la interpretación amplia del concepto de "bien", en la figura comprensiva de los bienes inmateriales o derechos de valor económico, lo que extiende la tutela penal a un amplísimo campo contractual.

Veamos un caso paradigmático que nos ilustrará al respecto. Un centro estudiantil –universitario, de una facultad de la Universidad de Buenos Aires–, cedió a un particular el uso del espacio físico de la casa de altos estudios, que le fuera cedido por las autoridades de la Universidad, para la explotación del servicio de fotocopiado, al alumnado, personal y claustro docente de la facultad, desde el 25/07/2003, hasta el 25/02/2010, confiriéndole exclusividad e irrevocabilidad de la explotación referida, dentro de la facultad y en espacios que fueran cedidos ulteriormente "al centro estudiantil. Se estableció que era un contrato de concesión", en los términos del artículo 1197 del Código Civil y no locación, renunciando el concesionario al beneficio otorgado por cualquier legislación futura que le otorgase el carácter de locatario.

Como contraprestación, el concesionario debía ofrecer un servicio adecuado de fotocopias, éstas debían tener un precio máximo fijado, retribuir al Centro con el pago de un canon mensual y la realización, sin cargo, de un cupo anual de 40.000 fotocopias. La querrela imputa a los directivos del centro estudiantil –persona jurídica con el carácter de asociación civil– que, en violación del derecho de exclusividad, otorgado al accionante, concedieron permiso para el fotocopiado a un tercero y habilitaron locales propios para brindar el servicio de fotocopias, desvirtuando, así, sustancialmente, la cap-

tación del público estudiantil, cuerpo docente y personal, lesionando al concesionario, en la medida que se cercenaba, significativamente, la prestación prometida y quedando aquel, ello no obstante, obligado al pago del canon y cupo de fotocopias.

El accionante consideró encuadrada la conducta de los directivos del Centro en el delito descrito en el artículo 173, inciso 11 del Código Penal.

Sostuvo que el tipo refiere al desbaratamiento de derechos sobre bienes, en sentido amplio, no sólo muebles e inmuebles, sino bienes inmateriales o derechos susceptibles de valor económico, en los términos del artículo 2318 del Código Civil. El autor tiene que haber realizado la acción anterior, que jurídicamente constituya una obligación válida, cuyo cumplimiento requiera, mediante actos positivos u omisivos, el respeto de lo pactado y la acción de desbaratamiento puede consistir en un acto jurídico que otorga a un tercero un derecho que puede prevalecer o competir con el anteriormente concedido, disminuyéndolo, perjudicándolo o haciéndolo desaparecer, como en el presente caso.

En primera y segunda instancia, se desestimó la posición de la querella, sobreseyéndose a los imputados sobre la base de que el bien, al que se refiere el tipo penal, debe ser o inmueble "y de ninguna manera aquel se está refiriendo a una obligación contractual (...)".

En el caso que comentamos, tras desecharse la posición de la querella, en primera y segunda instancia, la Cámara Nacional de Casación Penal acogió el recurso, sosteniendo que no se puede desechar la posibilidad de que la violación de un contrato civil, comercial, etcétera, configure desbaratamientos de derechos acordados. Cita a SOLER, cuando hace derivar de ciertos contratos, obligación expresa de abstención para el futuro (...) la teoría de los *facta concludentia* es aquí fundante de la infracción, en virtud de que hay ciertas cosas que no se pueden hacer después de haber hecho ciertas otras"<sup>4</sup>.

Sostiene que "mientras el sujeto no haga más que no cumplir su compromiso, no habrá desbaratamiento (...) cuando la ley refiere a tornar litigioso o incierto, requiere que esa condición sea la resultante de otro acto que efectivamente, cree en los hechos aquella situación".

En línea con ello, DONNA (a quien transcribe) "señala que son dos los bienes jurídicos en juego en el precepto en cuestión, ya que, además de la propiedad, se protege penalmente a la confianza entre las partes, en tanto y en cuanto se ponga en peligro o se cause un perjuicio a la propiedad; ello es así toda vez que existe como antece-

(4) Cfr. SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tomo IV, Ed. TEA, 1992. pp. 455-457.

dente de la conducta típica una relación contractual entre las partes, de la cual emerge, precisamente aquella situación de confianza mutua. El desbaratamiento, entonces, es el castigo a la deslealtad, no por el mero incumplimiento, sino por el acto adicional, que consiste en un plus, un segundo acto que frustra maliciosamente el primero, del cual surgía una situación de confianza lícitamente originada<sup>5</sup> del voto de la Dra. Ana M. Capolupo de Durañona y Vedia, en la causa referida (CNCP. Sala IV. Registro N° 5268, "Arena, Rubén y otros s/recurso de casación" - Noviembre 2006).

La sentencia de Casación citó el fallo de la Suprema Corte *in re* MARTINO y el doctor Gustavo M. Hornos remitió a los precedentes Romero, Roberto y Romano, Carlos (CNCP Causa 1185, Reg. 2100, del 04/10/99 y causa 1942, Reg. 3380, del 17/05/01, respectivamente), en que él votara en igual sentido que en este caso, donde adhirió al voto de la doctora Capolupo de Durañona y Vedia.

## II. ANTECEDENTES

**Origen del Tipo:** La figura de desbaratamiento de derechos acordados fue creada por mi querido y respetado maestro, Sebastián Soler, en el Proyecto de Código Penal de 1960, cuya redacción le fuera encomendada por decreto 7292/1958, del Presidente doctor Arturo Frondizi. Fueron Secretarios de Soler, en la redacción del Proyecto los doctores Eduardo H. Marquart y Luis H. Cabral. El Decreto creó, también, una Comisión Asesora, Consultiva y Revisora del proyecto, integrada por miembros del más alto nivel jurídico-penal de la época: doctor Enrique Ramos Mejía (por el Poder Judicial de la Nación); doctor José Peco (Universidad de Buenos Aires); doctor Ernesto R. Gravier (Universidad de Córdoba); doctor Jorge Frías Caballero (Universidad de La Plata); doctor Jaime Prats Cardona (Universidad del Litoral); doctor Ernesto J. Ure (Federación Argentina de Colegios de Abogados) y doctor Osvaldo Loudet (Sociedad Argentina de Criminología).

El artículo 215, inciso 2, del Proyecto describe el tipo exactamente igual al actual artículo 173, inciso 11, del Código Penal, entre los casos de Estelionato. La Comisión, que criticó adversamente otras figuras, no realizó crítica alguna a esta.

**Decreto-Ley 4778 del 12 de junio de 1963:** Este decreto, realizado sobre la base de proyecto de la Comisión Asesora, integrada por los doctores José F. Argibay Molina, Mario A. Oderigo, Ángel E. González Millán y Gerardo Peña Guzmán, creó, como inciso 11 del artículo 173 del Código Penal, la siguiente figura: "que habiendo firmado boleto de venta de una cosa, mueble o inmueble, y recibido total o parcialmente su

---

(5) Cfr. *Delitos Contra la Propiedad*, Ed. Rubinzal-Colzoni, 2001, p. 443.

precio, durante la vigencia de aquel y por acto voluntario imposibilitare la transferencia del dominio en las condiciones establecidas en el mismo”.

Vemos que el sentido amplio del concepto de “bien” a cuyo respecto se torna “imposible, incierto o litigioso” el derecho “o el cumplimiento, en las condiciones pactadas”, como fuera concebido en el artículo 215, inciso 3º, del Proyecto de Soler, se restringe a un “mueble o inmueble”, a cuyo respecto, se firmó boleto de compraventa. La restricción obedeció a la necesidad de sancionar puntual y concretamente una conducta ilícita, sin sanción penal a esa fecha, que se había hecho práctica constante en las construcciones de propiedad horizontal: La empresa constructora vendía, por boleto, una unidad funcional futura, cobraba total o parcialmente el precio, y cuando el adquirente quería escriturar, se encontraba con que la vendedora había hipotecado el inmueble total, aun no dividido horizontalmente.

Esta figura penal fue derogada por la ley 16.648, del 18/11/1964, dictada por el Parlamento Nacional, con dictamen de Ricardo C. Núñez, durante el gobierno constitucional del doctor Arturo Illia.

No vigente ya la figura del boleto frustrado, la Cámara Penal ordinaria de la Capital Federal en plenario del 30/11/1965, debió establecer si constituía el de estafa (artículo 172, Código Penal) la conducta del vendedor de un inmueble, con boleto de compraventa firmado pero que no transmitió el dominio conforme a la ley Civil, que sin consentimiento del comprador constituye sobre el mismo bien un gravamen hipotecario, aun cuando hubiera recibido parte o la totalidad del precio convenido y entregado la posesión”.

La mayoría estableció que no constituía estafa, de acuerdo con la normativa penal existente al momento del fallo y José Luis Romero Victorica, es quien mejor lo funda:

“La estafa existe cuando se provoca en alguien, induciéndolo en error mediante ardid o engaño, alguna disposición patrimonial perjudicial. El medio engañoso es necesariamente anterior a la entrega lograda. Ello está fuera de la hipótesis de esta convocatoria, que no contempla maquinaciones para decidir la compra y el pago parcial o total del precio”.

Ernesto J. Ure, que votara en igual sentido que Romero Victorica, alude a “la desafortunada derogación, por obra de ley 16.648, del delito que había creado el decreto. Ley 4778/63 (...) que vuelve a dejar en la impunidad hechos que, como el que motiva este acuerdo plenario, serían merecedores de sanción penal”.

**Ley 17.567 del 12/01/1968 (Adla, XXVII-C, 2867):** Esta ley, que plasma un proyecto realizado por una Comisión Asesora, integrada por Sebastián Soler, Carlos FONTÁN

BALESTRA y Eduardo AGUIRRE OBARRIO, introduce, como inciso 11, del artículo 173 del Código Penal el Tipo amplio de desbaratamiento, exactamente igual al actual.

La Comisión señala que la figura tiene su origen en el Proyecto de 1960, cuya extensión había sido considerablemente restringida por el Decreto-Ley 4778/63 (Adla, XXIII-B, 852). Además del caso que específicamente consagra este, de quien hubiera firmado boleto de compraventa y después imposibilitaría la transferencia de dominio en las condiciones establecidas, se contemplan otros que ocurren en la práctica: "retención de lo que por un precio recibido se prometió entregar u devolver, enajenaciones o gravámenes ulteriores a un compromiso de venta, alquiler posterior a un compromiso de entrega, frustración de créditos documentarios mediante operaciones relativas a las mercaderías correspondientes, etcétera".

Crédito Documentario es el que un importador abre en banco, normalmente de la plaza desde la cual se obliga a enviar la mercadería detallada en la cartular el exportador, y que este, tras acreditar que cumplió en condiciones su obligación de entrega, ante el corresponsal bancario de la entidad crediticia extranjera en el país, percibirá.

La prestación a que se obliga el importador es mantener el valor de la compra en el banco extranjero, en la medida que el exportador cumpla con su obligación de entregar la mercadería en condiciones adecuadas: es un crédito, un derecho creditorio, representado en una letra de cambio especial. Es un derecho intelectual y, consecuentemente, la palabra "bien" en la norma refiere no sólo a muebles o inmuebles, como pretendían, en nuestro caso, los fallos de primera y segunda instancias.

Esto es así, según el ejemplo de SOLER, FONTÁN BALESTRA y AGUIRRE OBARRIO, que hicieron ley la figura penal proyectada en 1960, el que sería más o menos así: un importador toma un crédito documentario, que lo obliga a pagar la mercadería que el exportador extranjero pone en nuestro puerto.

Mas, como el crédito documentario, en este supuesto, es revocable y transferible, que no vincula al banco con el beneficiario-exportador, que suele usarse por tener menor interés bancario<sup>6</sup>, lo transfiere a otro exportador, alegando falsamente que debió recurrir a este, porque la mercadería del otro llegó dañada. Torna el crédito imposible, incierto o litigioso, para el primer exportador y comete desbaratamiento de derechos acordados.

Adviértase la importancia que tiene la tutela penal que, tras el fallo comentado, se abre sobre el contrato de comercio internacional, que hace al prestigio de nuestro país en el exterior.

(6) LABANCA, Jorge; NOACCO, Julio C. y VERA BARROS, Alejandro. *Crédito documentado*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1965, p.85.



SOLER, en la segunda edición de su *Tratado*, editado vigente la ley 17.567, expresa:

“consecuencia de la idea básica de la figura, autor de este delito sólo podrá ser el sujeto que, con anterioridad ha acordado el derecho que luego desbarata (...) La acción mediante la cual el sujeto desbarata puede asumir la forma de un acto jurídico consistente en otorgar a un tercero un derecho que prevalecerá sobre el anteriormente acordado, sea haciéndolo desaparecer disminuyéndolo o perjudicándolo”.

Seguramente, lo que influyó sobre el errado criterio jurisprudencial de que la figura sólo tutelaba contratos sobre bienes muebles o inmuebles fue el hecho de que el acto ilícito que aparecía más necesario de sanción penal era el desbaratamiento del boleto de compraventa. Tanto es así, que el decreto 4778/63 creó, según vimos, una figura específica para su represión.

**Ley 20.509, del 27 de mayo de 1973 (Adla, XXXIII-C, 2959):** Finalmente, llegado a la Presidencia de la Nación el doctor Héctor Cámpora, el Poder Legislativo Nacional deroga, entre otras creaciones punitivas, la ley 17.567, excepto nuestro artículo 173, inciso 11 del Código Penal.

### III. CONFIANZA CONTRACTUAL Y TUTELA PENAL

La confianza, la buena fe entre las partes, es la base del vínculo contractual: Este, a nuestro criterio, es el bien jurídico tutelado por el artículo 171, inciso 11 del Código Penal.

Veamos, en el caso del fallo, cómo juegan los elementos contractuales. En primer lugar, ¿cuál es el objeto del contrato? Para MOSSET ITURRASPE, “el objeto del contrato, la operación jurídica considerada, el contenido concreto e integral del acuerdo, variable hasta el infinito”<sup>7</sup>.

Ahora bien, ¿cuál es el objeto contractual del contrato cuya violación diera lugar al fallo comentado? ¿Realmente es un de concesión”, como lo califica el acuerdo? No, no lo es, porque no son las partes las que determinan que su acuerdo encuadra en determinado tipo contractual, sino el acuerdo mismo, sus elementos estructurales, los que lo expresan.

(7) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Buenos Aires, Rubizal Colzoni Editores, 1988, p. 225. Tras señalar que, a su criterio, Vélez Sársfield, en los artículos 1168, 1169, y concordantes, confunde el objeto de la obligación –la prestación con el objeto del contrato–, destaca que, en su definición, sigue a los MAZZEAUD ( MAZZEAUD, Henri, León y Jean de Derecho Civil. Ejea. Buenos Aires) y coincide con Arturo BARCIA LÓPEZ, *Causa ilícita en las obligaciones y en los actos jurídicos*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966).

Analicemos cuáles son los elementos estructurales de un tipo contractual de concesión:

- 1) Tiene necesidad de autorización legislativa, ya que sólo el Congreso puede dar concesiones de monopolio o privilegio.
- 2) Los derechos y potestades del concesionario se interpretan restrictivamente, en beneficio de los derechos del usuario.
- 3) No existe libertad contractual, como pretende consagrar el convenio, invocando el artículo 1197 del Código Civil. En la concesión, las partes están constreñidas a las regulaciones que establece la ley, a través de pliegos y condiciones.
- 4) No existe igualdad jurídica entre las partes, ya que la autoridad concedente puede dejarlo sin afecto directa y unilateralmente, en caso de incumplimiento del co-contratante o cuando las necesidades públicas colectivas lo exijan<sup>8</sup>.

No fue la autoridad universitaria, tras un adecuado proceso licitatorio, quien concedió la exclusividad del servicio, sino un centro estudiantil con la autorización expresa o tácita de aquella. Es un contrato privado, atípico, innominado, en el marco de la autonomía de la voluntad. Las alegaciones contractuales en cuanto a que al prestatario del servicio no se lo puede considerar protegido por el régimen locativo, no excluyen que se le haya concedido la tenencia de sus locales y no podrá ser excluido de ella, mediante los medios de exclusión del artículo 181 del Código Penal, sino que deberá ser removido mediante orden judicial, en proceso donde pueda ejercer su legítima defensa.

“El Contrato es fuente de relaciones jurídicas obligacionales; la obligación tiene por objeto la prestación de dar, hacer o no hacer y la prestación, finalmente, tiene por objeto las cosas o servicios debidos<sup>9</sup>.”

¿Cuál fue la prestación a que se obligó el centro estudiantil en el contrato de marras? Pues, mantener a disposición del prestatario el público cautivo –estudiantes, docentes y personal– en el ámbito de la facultad, sin interferir en esa exclusividad, obligándose a no hacer, a no brindar el servicio por otro u ofrecerlo por sí, en competencia con aquel. Al hacerlo, torna imposible, incierta o litigiosa la prestación debida.

En este caso, se *enajena*, parcialmente, la prestación, ya que enajenar es *transmitir el dominio*, ya sea para otro o para sí<sup>10</sup>.

(8) GORDILLO, Agustín. *De Derecho Administrativo. Parte General*. Tomo I, p. XI-37).

(9) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 224.

(10) *Diccionario de la Real Academia Española*, 21ª Edición. Madrid, 1992, T. I, p. 815.

Aquí está, a nuestro criterio, el meollo del tipo: se afecta la prestación, en la forma que establece la ley. Hay que ser muy cuidadoso, por supuesto, para establecer cuándo esa afectación encuadra en el tipo, para evitar caer en la prisión por deudas.

Así, el derecho frustrado debe haberse convenido en razón del pago de un precio o en garantía" (CNCrim. Sala V, "Ruggerio, Eduardo. C." 15993. Rta. 09/05/2001) y el derecho irrevocable sobre un porcentaje del capital accionario, otorgado al accionante por su trayectoria en la empresa, como gratificación, no es susceptible de desbaratamiento, por carecer de precio, elemento tipificante de la figura. (CNCrim. Sala I. MORENO, Pedro y otros. c. 14623. Rta. 1/02/2001).

Los ejemplos de la Comisión de la ley 17.567 son reveladores: Retención de lo que, por un precio recibido, se prometió entregar o devolver, enajenaciones o gravámenes ulteriores a un compromiso de venta, alquiler posterior a un compromiso de entrega, frustración del crédito documentario. Podríamos agregar, el franquiciado, en un contrato de *franchising*, que lo obliga a vender, en el local especificado, sólo la ropa proporcionada por la marca franquiciante, de fama internacional, y comienza a vender ropa fabricada por él, privando a aquel de la prestación debida, que no es sólo la utilidad por la compra obligatoria de prendas de su marca, sino preservar el nivel de calidad internacional de esta que es parte importante de su capital<sup>11</sup>.

El caso ARENA, siguiendo la línea de *in re ROMANO*, brinda amplia tutela penal a las fianzas locativas y permitirá, sin duda, el aporte de mayores ofertas de propiedades en locación al mercado, tan necesitado de inmuebles para arrendar, atendiendo a una aguda necesidad social.

En ROMANO, se trata de una fianza similar a la locativa, sólo que se realiza en garantía de un mutuo y, en cambio de afectar un inmueble de su titularidad, el agente se obliga a no ceder un boleto de compraventa, ni disponer del inmueble que tiene por objeto, dejando el instrumento en guarda de una escribana que debía retener el importe del mutuo, en caso de venta. El agente, en violación de su obligación personal, cedió el boleto y vendió el inmueble, sin pagar el mutuo, estableciéndose que existía desbaratamiento (CN ASP. IV - Romano, C.A. c 3580. Rta. 17/05/2000).

"Habrà contrato de fianza, cuando una de las partes se hubiese obligado accesoriamente por un tercero y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoraria" (artículo 1986 del Código Civil). Mas, en el caso de las fianzas locativas, la ley establece que fianza o cauciones de la locación o sublocación, obligan a los que las

(11) D'ALESSIO, Carlos M.; ACQUARONE, María T. S.; BENSEÑOR, Norberto. y CASABÉ, Eleonora R., *Teoría y Técnica de los Contratos, instrumentos públicos y privados*. T. I, p. 685. *La Ley*, 2007.

prestaron, no solo al pago de los alquileres o rentas, sino a todas las demás obligaciones del contrato, si no se hubiese expresamente limitado al pago de los alquileres o rentas”.

Esta norma, ampliamente protectora del locador, garantiza a este que continuará la fianza del contrato locativo hasta que se le restituya la posesión. Máxime, que, normalmente, la fianzas locativas constituyen al fiador como principal pagador, sin beneficio de excusión, en forma solidaria con el deudor, siendo suficiente poner a este en mora, para poder accionar contra aquel según reiterada jurisprudencia<sup>12</sup>.

En todo contrato de locación que realizara, como abogado o como escribano, siempre dejé constancia de la eventual responsabilidad penal, por desbaratamiento, del fiador, porque es obligación de quien realiza el convenio asesorar a las partes acerca de hasta dónde puede llegar su responsabilidad.

Se abre un amplio panorama proteccional del contrato, por medio de la tutela penal, para los casos extremos de violación contractual.

---

(12) GARRIDO, Roque F. y ZAGO, Jorge A. "Civiles y comerciales". Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1995, Tomo II, p. 592 y ss.