

Borda, Alejandro

Contratos en general

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Borda, A. (2012). Contratos en general [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/contratos-general-borda.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

CONTRATOS EN GENERAL

ALEJANDRO BORDA

La valoración que cabe hacer del Título II **Contratos en general** (arts. 957/1091), en líneas generales, es positiva.

1) En el capítulo 1, *Disposiciones Generales*, resulta positivo: (i) que se incorpore el concepto amplio de contrato, aunque resguardando el contenido patrimonial (art. 957), conforme a la doctrina claramente mayoritaria; (ii) que se ponga de relieve la fuerza obligatoria del contrato, sin perjuicio de prever razonables facultades judiciales (arts. 959 y 960); (iii) que fije el procedimiento para integrar el contrato (art. 964); y, (iv) que establezca que los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad (art. 965), de acuerdo con jurisprudencia pacífica.

En cambio, (a) se ha omitido señalar entre los límites a la libertad de contratación (art. 958), a *la no afectación de terceros, la regla moral, la buena fe contractual, el ejercicio regular de los derechos y la equidad*, lo cual ha sido reconocido por la doctrina; (b) se ha modificado parcialmente el contenido del principio de la buena fe (art. 961), sancionado por la ley 17.711, incorporando el texto velezano del art. 1198, pero se ha omitido la expresión *y de acuerdo con lo que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión*, que no solo no ha generado problemas sino que, por el contrario, ha dado claridad al concepto; y (c) se ha establecido un confuso sistema de prelación normativa (art. 963), en tanto se pone en un pie de igualdad las normas indisponibles de la ley especial y las del Código (inc. a), sin establecer cuál debe primar si ellas son contradictorias.

2) En el capítulo 2, *Clasificación de los contratos*, desaparece –lo que resulta positivo– la distinción entre contratos reales y consensuales: todos los contratos son consensuales, tal como lo venía reclamando la doctrina. Además se aclara que las normas de los contratos bilaterales se aplican supletoriamente a los contratos plurilaterales (art. 966).

Si bien se establece correctamente la distinción entre contratos formales solemnes absolutos y relativos (art. 969), respecto de estos últimos se mantiene la idea del vigente art. 1185 (el contrato celebrado sin la forma establecida vale como un contrato por el que las partes se obligan a cumplir esa formalidad), lo que no se condice con la realidad negocial. O ¿es posible afirmar que el boleto de compraventa solo es un contrato por el que las partes se obligan a escriturar? ¿No parece, más bien, que hay una verdadera compraventa con efectos variables según exista o no posesión? Además, el nuevo texto hace desaparecer la forma *ad probationem*. Debe recordarse que esta formalidad no constituye un simple medio de prueba (como aparece en el texto proyectado), sino que su omisión trae como consecuencia la imposibilidad de probar el contrato de otra manera (así, el art. 2006 del Código Civil sobre fianza).

3) En el capítulo 3, *Formación del consentimiento*, es saludable (i) que se haya receptado la teoría de la recepción (art. 971), superándose así las dificultades que plantea el régimen actual; (ii) que se acepte tanto la oferta dirigida a persona determinable (art. 972), lo que niega el actual art. 1148, como –con ciertas condiciones– la oferta a persona indeterminada (art. 973); (iii) que se fije el tiempo en que la oferta conserva su fuerza obligatoria (art. 974); (iv) que se establezcan con claridad los recaudos para tener por celebrado un contrato plurilateral (art. 977); y, (v) que se determine cuándo el silencio puede ser considerado aceptación del contrato (art. 979).

Asimismo, y más allá de las observaciones que se harán, resulta un acierto que se hayan regulado los contratos por adhesión –en particular que se reconozca que la aprobación administrativa no obsta a su control judicial– (arts. 984/989), las tratativas contractuales –en especial que se prevea la obligación de negociar de buena fe y de resguardar la confidencialidad– (arts. 990/993) y los contratos preliminares (arts. 994/6).

En cambio, ciertas disposiciones son criticables. Así, cuando se regula la formación del consentimiento, se dispone –correctamente– que para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta (art. 978). Sin embargo, el art. 982, que se refiere a los acuerdos parciales, introduce la teoría de la *punktation*, que no solo es ajena a nuestra tradición jurídica, sino que es también peligrosa. Es que si las partes reconocen que lo que hay es un acuerdo parcial, no hay todavía un acuerdo integral; por lo tanto, no hay contrato. Se está creando un contrato al que las partes todavía no califican de esa manera y que, además, nace incompleto, necesiándose la inmediata intervención del juez para integrarlo.

Tampoco satisface la suerte de asimilación que se da entre el contrato por adhesión y el contrato con cláusulas generales predisuestas (art. 984). Hablar de cláusulas generales predisuestas evoca a las condiciones generales de contratación, y, si así fuera, estas condiciones son diferentes de los contratos por adhesión. Estos últimos solo hacen referencia a los contratos predisuestos, en los que la parte no predisponente, si quiere contratar, ha debido declarar su aceptación; en cambio, las condiciones generales son cláusulas predisuestas con alcance general y para ser utilizados en futuros contratos particulares (conf. art. 899, Proyecto de 1998).

Finalmente, cabe señalar que no se entiende por qué motivo se establece un plazo de vigencia máximo de un año para el pacto de preferencia (art. 997). Conviene recordar que el pacto de preferencia, si bien limitado a la compraventa, carece de plazo máximo tanto en el Código Civil (art. 1392) como en el Proyecto de 1998 (art. 1101).

4) El capítulo 4, *Incapacidad e inhabilidad para contratar*, discurre por los caminos hoy vigentes.

5) En el capítulo 5, *Objeto*, es positivo: (i) que se aclare que el interés puede ser no patrimonial (art. 1003); (ii) que se incluya como objeto prohibido a los que sean contrarios a la dignidad de la persona humana (art. 1004). Asimismo, se mantienen los parámetros legales actuales –reconocidos por la doctrina– referidos a la determinación del objeto (art. 1005), a la determinación por un tercero (art. 1006), a los bienes futuros, ajenos, y sometidos a litigio, gravamen o medidas cautelares como objeto contractual (arts. 1007, 1008 y 1009). Se mantiene la prohibición de que la herencia futura y los derechos hereditarios sean objeto de contrato, aunque no de manera rígida, toda vez que se prevé que exista una excepción legal expresa (art. 1010).

Resulta destacable la regulación que se hace de los contratos de larga duración. Recogiendo ideas de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se prevé la posibilidad de exigir un tiempo de renegociación, en un marco de colaboración y buena fe (art. 1011).

6) Es bueno que se haya mantenido un pensamiento causalista del contrato (capítulo 6, *Causa*), por lo que implica como elemento moralizador. Una cuestión que debe puntualizarse es que en esta parte no existe un artículo que establezca la presunción de la existencia de causa (como lo hace el art.

500 del Código Civil y el art. 954 del Proyecto de 1998). Sin embargo esa presunción está receptada en el art. 282, cuando se regula la causa del acto jurídico, al que se remite el art. 1012.

7) En el capítulo 7, *Forma*, se conserva el principio de la libertad de formas (art. 1015) y se introduce convenientemente –en línea con la regulación procesal actual– la posibilidad de que el juez cumpla la formalidad legal prevista si el obligado es remiso a cumplirla (art. 1018).

En cambio, no resulta satisfactorio el art. 1017 que se refiere a los actos que deben ser otorgados por escritura pública. Es que, por un lado, establece determinados actos que así deben ser celebrados (los que tengan por objeto derechos reales sobre inmuebles y derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles), pero, por otro, se dispone de manera general que también deben ser hechos por escritura los contratos que, por acuerdo de parte o disposición de la ley, deban hacerse de esa manera. En otras palabras, la norma resulta ambigua: se determinan ciertos contratos que deben ser hechos por escritura pero, a la vez, se dice que también debe ser hecho de esa forma si la ley lo prevé.

8) El capítulo 8, *Prueba*, no resulta convincente.

El art. 1019 dispone en su segundo párrafo que “Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos”. Cabe preguntarse ¿cuándo un contrato es de uso instrumentar? La fórmula es demasiado amplia. Además, hay contratos, como la donación manual o el comodato de cosas muebles, que “usualmente” no se instrumentan; o, acaso, cuando se regala una camisa o se presta un libro ¿se instrumenta el contrato?

Por su parte, el art. 1020 establece: “Los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, *si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad, o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución*. Se considera principio de prueba instrumental a cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato”. La norma es inconveniente. La posibilidad de probar por otros medios exige que sea imposible obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad y, además, que exista principio de prueba instrumental o comienzo de ejecución. De lo contrario, y a tenor del texto proyectado, bastará con alegar la pérdida o el hurto del instrumento (clara situación de caso fortuito) para probar el contrato exclusivamente por testigos.

9) En el largo capítulo 9, *Efectos*, se respeta la normativa actual referida a que el contrato no puede generar obligaciones a cargo de un tercero (art. 1022); lo relativo a la contratación a nombre de un tercero (art. 1025); lo vinculado a los derechos de estipulante y promitente en el contrato a favor de tercero (art. 1028); lo referido a pluralidad de bienes y de sujetos (arts. 1041 y 1042); y lo relativo a la evicción (arts. 1044 a 1050), excepto en una referencia a la extinción de la responsabilidad, que ya se verá.

Además, es positivo (i) que se haya establecido hasta qué momento se puede revocar la estipulación a favor de tercero (art. 1027); (ii) que se haya regulado –convenientemente– los contratos para persona a designar y por cuenta de quien corresponda (arts. 1029 y 1030); (iii) que se incorpore la denominada *tutela preventiva* (art. 1032) que resulta una ampliación de la *exceptio non adimpleti contractus* acorde con el pensamiento de la doctrina; (iv) que se prevea la obligación de saneamiento (sección 4ª), la que se regula de acuerdo a pautas aceptadas pacíficamente (arts. 1033/1043), ello sin perjuicio de ciertas aclaraciones que habrán de formularse; y, (v) que se destierre la teoría del error en la obligación de saneamiento (art. 1044).

En cambio: (a) al establecer que el contrato no tiene efectos respecto de los terceros (art. 1021), se ha omitido señalar que el contrato es oponible a ellos; (b) no hay norma que prevea que los efectos del contrato se extienden al sucesor particular (lo que preveía el art. 977 del Proyecto de 1998); (c) al referirse a la promesa del hecho del tercero (art. 1026), no se prevé la hipótesis de que se garantice –además– la ejecución por el tercero, lo que sí hacía el art. 981, inc. c, del Proyecto de 1998; (d) no resulta claro si es posible o no revocar la estipulación a favor de tercero cuando el beneficio ya

fue aceptado, pero se ha otorgado esa facultad (art. 1027); (e) se omite establecer en la regulación de la excepción de incumplimiento contractual (art. 1031), que en el caso no hay mora, tal como lo prevé el vigente art. 510 del Código Civil, lo que permitiría unificar, en un texto, lo que la doctrina ha unido pacíficamente; (f) se establece en el art. 1038, inc. a, que la supresión y la disminución de la responsabilidad por saneamiento se tienen por no convenidas si el enajenante conoció, o debió conocer el peligro de evicción, o la existencia de vicios, habiéndose omitido a continuación el término “ocultos”, pues si fuesen aparentes no habría responsabilidad del enajenante; (g) el art. 1039 dispone erróneamente que el acreedor de la obligación de saneamiento puede declarar la resolución del contrato, *excepto* en los casos previstos por los artículos 1050 y 1057, pues es justamente en esos casos cuando puede resolver; (h) el art. 1040 prevé que el acreedor también tiene derecho a la reparación de los daños en los casos del art. 1039, excepto cuatro supuestos, lo que plantea una duda no resuelta: las excepciones previstas en los cuatro incisos, ¿solo se refieren al derecho a ser indemnizado? ¿tienen o no derecho a reclamar el saneamiento del título, la subsanación del vicio, la cosa fungible o la resolución del contrato?; (i) es criticable que el art. 1048, inc. b, haga hincapié en la *mala fe* del adquirente en la no oposición de defensas o recursos para que cese la responsabilidad por evicción del garante que no comparece al proceso judicial, cuando debería bastar la negligencia, como sucede actualmente (art. 2112, Cód. Civil); (j) el régimen de los vicios ocultos (arts. 1051 a 1058) se ha hecho más complejo e incluye algunas regulaciones desacertadas, tales como el art. 1053 que se refiere a los supuestos de exclusión de la responsabilidad, y que dispone que se aplican las reglas de la dación en pago, cuando lo razonable es que una vez excluida la responsabilidad por vicios ocultos, el contrato deba ejecutarse normalmente, o como el art. 1055 que establece plazos de caducidad de la responsabilidad por defectos ocultos, pero al mismo tiempo prevé un plazo de prescripción en el mismo artículo y una obligación de denunciar el vicio en otro plazo (art. 1054), que pareciera ser también un plazo de caducidad; (k) le da carácter confirmatorio, como regla, a la seña (art. 1059), lo que choca con la tradición civilista, acorde con el comportamiento del hombre común y su debida protección.

10) El capítulo 10, *Interpretación*, transita por los caminos vigentes (intención común, buena fe, uso general de las palabras, el contexto, protección de la confianza, etc.) pero incluye indudables aciertos, tales como el art. 1068 que limita el *favor debitoris* a los contratos gratuitos, tal como lo reclamaron las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Sin embargo, cabe apuntar que (a) no hay norma alguna que se refiera a la hipótesis de que se usen *palabras científicas, técnicas o del arte de una actividad específica*, a lo que sí se refería el art. 1027, inc. c, del Proyecto de 1998; (b) el art. 1065, inc. b, prevé como pauta interpretativa la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración, cuando lo verdaderamente relevante es esta última (art. 218, Cód. de Comercio), debiéndose tomar la conducta anterior muy cuidadosamente; (c) no se toma como pauta de interpretación a la equidad (art. 218, inc. 3, Cód. de Comercio); y (d) la definición de la teoría de los actos propios (art. 1067) omite referirse a la necesidad de que la conducta vinculante sea jurídicamente eficaz.

11) El capítulo 11, desarrolla el *Subcontrato* de acuerdo con las pautas tradicionales.

12) El capítulo 12 introduce los *Contratos conexos*. Se trata de una saludable incorporación, en la que se recoge las reglas que la doctrina ha venido estableciendo.

13) El capítulo 13, *Extinción, modificación y adecuación del contrato*, encierra varios aciertos, como (i) la regulación precisa del procedimiento para lograr que un contrato se extinga (art. 1078); (ii) los determinación de los efectos de la extinción del contrato bilateral (arts. 1081 y 1082) y de las pautas de la configuración del incumplimiento (art. 1084); (iii) el mantenimiento de las ideas vigentes relativas a las condiciones resolutorias explícita e implícita (arts. 1086 y 1087); (iv) la incorporación de la teoría de la frustración del fin contractual (art. 1090); y (v) una redacción de la teoría de la imprevisión acorde con acertados criterios mayoritarios (art. 1091).

En cambio, es criticable (a) que no se haya aprovechado la oportunidad para distinguir las diferencias conceptuales entre rescisión, revocación y resolución, lo que ha sido materia de discusión en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil; (b) que el art. 1079 disponga que *la rescisión unilateral y la revocación producen efectos solo para el futuro*, cuando seguidamente (art. 1080) se dispone que las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, y que no se haya advertido que no hay motivo para impedir que la rescisión pueda producir efectos para el pasado, si así las partes lo hubieran pactado, en la medida que no se afecten derechos de terceros (conf. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011, por unanimidad); (c) que se haya mantenido en el art. 1088, la idea hoy vigente en el art. 1204 del Código Civil de que vencido el plazo suplementario de 15 días se extingue el contrato, cuando –en verdad– si no se quiere dejar en manos del incumplidor la suerte del contrato, debería otorgarse al acreedor, una vez vencido dicho plazo, la facultad de exigir el cumplimiento o la resolución.