

BASES PARA ARMAR LA TEORIA GENERAL DEL CONTRATO EN EL DERECHO MODERNO

Atilio Anibal Alterini

Profesor Titular en las Universidades
de Buenos Aires y de Belgrano, Argentina

1. PROYECTOS DE UNIFICACIÓN Y REFORMA DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL EN LA ARGENTINA.

En 1986 la Cámara de Diputados de la Nación creó una Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial, y luego encomendó la redacción del correspondiente proyecto a una Comisión Especial Honoraria compuesta por los profesores doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel Carlos Araya, Francisco A. de la Vega, Horacio P. Fargosi, Sergio Le Pera, Ana Isabel Piaggi, y el suscripto.

Esta comisión definió un criterio para la unificación y propuso el remozamiento del sistema vigente, concluyó su tarea en abril de 1987, y la Cámara de Diputados sancionó su proyecto el 15 de julio del mismo año. A su vez, el Senado Nacional, en noviembre de 1991, lo sancionó como ley, sin introducirle modificación alguna. Pero esta Ley de unificación de la legislación civil y comercial, o Código Unico Civil y Comercial, fue vetada íntegramente por el Poder Ejecutivo.

El Proyecto de Código Unico de 1987 significó, por lo pronto, instalar en el debate una serie de temas cuya discusión no era frecuente. Alineó asimismo a los juristas en la tendencia unificadora, ya propiciada por Freitas al aludir a "esa calamitosa duplicación de leyes civiles" y a la inexistencia de "razón alguna que exija un Código de Comercio", ideas que le valieron la rescisión de su contrato por parte del Gobierno Imperial brasileño en enero de 1859.

En la actualidad, dos proyectos de reformas al Código Civil tienden a dar molde a la Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, mediante la derogación del Código de Comercio y la incorporación de sus disposiciones al Código Civil.

Uno proviene de la iniciativa de la Cámara de Diputados de la Nación, que dispuso la constitución de una denominada Comisión Federal que integraron los profesores doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel Carlos Araya, María Artieda de Duré, Alberto Mario Azpeitia, Enrique C. Banchio, Alberto J. Bueres, Osvaldo Camisar, Marcos M. Córdoba, Rafael Manóvil, Luis Moisset de Espanés, Jorge Mosset Iturraspe, Juan Carlos Palmero, Ana Isabel Piaggi, Efraín Hugo Richard, Néstor E. Solari, Félix Alberto Trigo Represas y Ernesto C. Wayar. El proyecto que elaboraron fue sancionado por esa cámara en noviembre de 1993, y pasó en revisión al Senado.

Otro fue preparado a instancias del Poder Ejecutivo Nacional por una Comisión creada en 1992, que integraron los profesores doctores Augusto César Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo A. Zanoni. Su texto fue remitido al Senado de la Nación, y publicado en el Diario de Asuntos Entrados en agosto de 1993.

A su vez, en mayo de 1995, el Poder Ejecutivo Nacional asumió la necesidad de modificar integralmente los Códigos Civil y Comercial, y creó una nueva Comisión honoraria, "que tendrá a su cargo el estudio de las reformas al Código Civil que considere necesarias a fin de dar conclusión a un texto homogéneo en todo el referido cuerpo legal". El cometido de esa Comisión es:

- a) "proyectar la unificación del Derecho Privado" y "su reforma y actualización, de manera integral", en consonancia con los dos proyectos de unificación de la legislación civil y comercial de 1993;
- b) incorporar "las instituciones que se consideren convenientes para acompañar el proceso de modernización que ha emprendido el país";
- c) atender a la reforma de la Constitución Nacional de 1994, y a los Tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional), en cuanto contienen "disposiciones relativas a materias de los Derechos civil y comercial".

Son miembros de esa Comisión honoraria -que comenzó sus tareas el 1º de junio de 1995- los profesores doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Aída Kemelmajer de Carlucci, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera, Horacio Roitman, y el suscripto. Junto a ella actúa una Comisión Consultiva, integrada por legisladores de ambas Cámaras del Congreso Nacional y por representantes del Ministerio de Justicia, con la prudente finalidad de "orientar las políticas legislativas" aplicables a la redacción del proyecto.

2. LA COMERCIALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL. EL AUGE DEL MERCADO.

En un tiempo de esplendor de la *lex mercatoria* los comerciantes hicieron su ley, tuvieron sus propios tribunales, y designaron sus jueces. Esa ley se aplicó también a los no comerciantes, sea por la teoría objetiva de los actos de comercio a partir del Código de Comercio francés de 1807 (art. mercantil difundida por el Código de Comercio alemán de 1861 (art. 277): el artículo 7 del Código de Comercio argentino sienta como regla que "si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan por razón de él sujetos a la ley mercantil".

Además, los principios de las relaciones comerciales fueron incorporados a la legislación civil: por ejemplo, la doctrina de la apariencia, la fuerza jurídica de los usos, la interpretación conforme a la buena fe-probidad, la mora automática, la cláusula resolutoria implícita, la admisión del anatocismo. El concurso civil fue sometido a normas semejantes a las aplicables a los comerciantes, quedó también sujeto al juez mercantil, y fue dejada de lado la discriminación según la calidad comercial o civil del deudor. Se generalizó el empleo de los títulos valores. El Código de Comercio quedó reducido a unas pocas disposiciones, sepultadas por una multitud de leyes especiales, y con escaso ámbito de vigencia.

Por lo tanto la unificación del Derecho Civil y del Derecho Comercial, o más bien la comercialización del Derecho Civil, se ha producido hace mucho en el Derecho vivo -esto es, con palabras de Santini, en el que prescinde de los objetos jurídicos muertos aunque se hallen todavía legislados-, y está en vías de dejar de ser una *vexata quaestio* para los juristas.

Corresponde, por lo tanto, reflejar ese fenómeno en las leyes, y unificar el régimen de los contratos civiles y comerciales. Cuando menos porque, si bien "a menudo es posible hacerle decir a los textos otra cosa que lo que dicen, rara vez [es posible] lo contrario", en tanto "un texto nuevo siempre puede invertir el estado anterior del Derecho" (Flour-Aubert).

Por otra parte están en auge la economía de mercado, y los mercados comunes, cuya especial importancia deriva -en lo que interesa al tema- de que tienen como soporte la idea de libertad de comercio, la cual determina decisivamente a la interpretación jurídica en el Derecho Comunitario (le Tallec, Kemelmajer de Carlucci).

Pero, frente a esa realidad, no debe ser perdido de vista que la interpretación jurídica "está precisada a aplicar el modelo ético y de justicia", y "no debe limitarse a una mera captación de los hechos"; y, por lo tanto, "el análisis económico del Derecho debe ser sometido por el jurista a la crítica axiológica, partiendo de los valores fundamentales humanidad y dignidad, y atendiendo a la justicia, equidad, seguridad, orden y paz social". En síntesis, que "el Derecho y la Economía son dos disciplinas sociales que se correlacionan e interpenetran", por lo cual es indispensable "una reflexión jurídica y axiológica de la Economía" ("IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil", Buenos Aires, 1991; "Segundas Jornadas Riocuartenses de Derecho Económico", Río Cuarto, Córdoba, 1992).

3. EL FENÓMENO DE LA DECODIFICACIÓN. LA JERARQUÍA NORMATIVA.

Los estatutos, que nacieron para regular al hombre situado en determinado rol, que tienen las notas típicas del orden público económico de protección, que revisten carácter multidisciplinario, y que por lo tanto suelen ser armados con normas de distinto nivel jerárquico, constituyen una realidad del Derecho moderno, en el cual es discutido si la vigencia de aquéllos concierne a la decodificación del sistema o a la mera redefinición del ámbito de los Códigos. Resulta importante advertir que ciertas disposiciones que provienen de los estatutos tienen gran fuerza expansiva y están en tránsito hacia los Códigos de fondo, como en el caso de las normas propias de los contratos de consumo: es lo que sucedió en el Código Civil quebequés reformado en 1991 y en el Código Civil holandés reformado en 1992, y fue lo previsto en la

Argentina por el Proyecto de Código Unico de 1987, con criterio reiterado en los Proyectos de 1993. Es que, "de hecho, lo que nació como protección del consumidor se está convirtiendo en protección del individuo particular" (Bercovitz).

Además, los estatutos demuestran la existencia de un camino de dos vías, puesto que suelen diluir los efectos de la incorporación al Derecho común de principios mercantiles: así, por ejemplo, la exigencia de autorregulación de los comerciantes es contenida por la expansión de las reglamentaciones del contrato para cuidar de los intereses del consumidor; la máxima libertad de formas tiene como contrapartida cierto renacimiento del formalismo tendiente a la debida información de los particulares; la celeridad del comercio es limitada por la existencia de contratos en los que la ley pone el consentimiento en ralenti como una "protección contra las tentaciones" (Malinvaud). La plena fuerza obligatoria del pacto, en suma, sufre importantes restricciones derivadas de la tensión del diálogo jurídico entre fuertes y débiles, entre expertos y profanos.

En la realidad normativa actual el Código puede ser el etcétera del sistema, con su núcleo puesto en los estatutos, produciendo su balcanización; o puede contener ese núcleo y servir como esperanto para entenderlo integral y armónicamente, ordenando de tal modo el batiborrillo de "textos que se superponen, se modifican, se abrogan, y concluyen por ser, antes que «reglas de libertad», la red en que la libertad padece sofocada" (Risolia).

Por ello parece necesario que, para la regulación general del contrato, sea determinado un orden jerárquico que controle la concurrencia de las normas del Código Civil y de los estatutos particulares. Sugiero esta prioridad:

- 1º Las normas de orden público del Código Civil;
- 2º las normas imperativas de la ley especial;
- 3º las normas imperativas del Código Civil;
- 4º la autonomía de la voluntad;
- 5º las normas supletorias de la ley especial;
- 6º las normas supletorias del Código Civil. De esa manera el estatuto particular queda inhibido para apartarse de las normas imperativas del Código Civil cuando estas normas son también de orden público.

El orden público es el continente inderogable de las esencias ideológicas del sistema jurídico, de sus principios estructurales, y por ello el artículo 21 del Código Civil argentino dispone que "las convenciones particulares no pueden dejar sin efectos las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres". Su trascendencia aconseja que el Código Civil sea el cuerpo legal que defina los preceptos atinentes a dicho orden público, para que de ese modo la totalidad del sistema gire en redor de esos preceptos básicos.

4. LAS PARTES GENERALES EN LOS CÓDIGOS

El armado en el Código de una parte general perfectamente definida -que Freitas introdujo en su proyecto para Brasil-, en la cual sean agrupados los elementos de cualquier relación jurídica, constituye su esencia, denota su filosofía, y permite conocer el todo a través de sus pautas.

Desde que la hermenéutica jurídica presupone el discreto juego de la regla y la excepción, de lo general y lo particular, es conveniente sentar los principios de validez universal y, en su momento, delimitar los supuestos en que se dejan de lado o se modifican. Las reglas generales a todos los actos jurídicos rigen, con sus ajustes correspondientes, para la parte general del contrato y, a su vez, en su parte especial se regulan las normas típicas a cada una de las figuras contractuales particulares.

Pero, no obstante las bondades de la inclusión de una parte general, lo cierto es que no existe una tendencia definida acerca de ella. Se orientan hacia la inclusión de la parte general los Códigos japonés de 1896, alemán de 1900, brasileño de 1916, soviéticos a partir de 1924, holandés reformado en 1970, cubano de 1988. Pero no la traen los Códigos suizo de 1907, del Distrito Federal mejicano de 1928, italiano de 1942, venezolano de 1942, guatemalteco de 1964, boliviano de 1975, peruano de 1984, paraguayo de 1987, quebequés de 1991, ni tampoco el Proyecto francés de 1954 ni el Anteproyecto que elaboró de Gásperi para el Paraguay en 1964.

En la Argentina, en una futura reforma, seguramente será incluida la parte general -tanto del Código, con la teoría de los actos jurídicos, como la de los contratos-, porque hay criterio favorable para ello, que me parece plenamente compatible. Así lo hicieron el Anteproyecto de Reformas de Bibiloni de 1926, el Proyecto de

1936, el Anteproyecto de 1954, y el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993.

5. EL PRINCIPIO DEL CARÁCTER SUPLETORIO DE LAS NORMAS LEGALES.

Conforme a los criterios del Código Civil del Distrito Federal mejicano (art. 1859), del Código Civil italiano de 1942 (art. 1322), del Código Civil peruano de 1984 corresponde que se establezca claramente como principio que las normas legales relativas a los contratos tienen carácter supletorio de la voluntad de las partes, a menos que ellas sean imperativas. Tales normas imperativas, claro está, pueden provenir del Código Civil o de los estatutos particulares.

Pero cuando se trata de leyes posteriores a la celebración del contrato los criterios divergen. El artículo 3 del Código Civil *argentino* establece que las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, por lo cual trasvasa íntegramente a ellos el conjunto de las normas supletorias vigentes al tiempo de su celebración, que constituye el clima o ambiente jurídico propio de esos contratos; pero las normas imperativas dictadas con posterioridad los captan en cuanto a sus consecuencias, esto es, en lo relativo a sus efectos todavía no consumados, conforme a la idea de efecto inmediato de las leyes orientada por la teoría de Roubier. En otro sentido -con una solución que ha sido calificada como coherente con las exigencias de seguridad propias de la economía mercado (Torres y Torres Lara)-, el artículo 62 de la Constitución política peruana de 1993 se atiene a "las normas vigentes al tiempo de contrato", y dispone que "los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase" dictadas con ulterioridad.

6. FACULTADES DE LOS JUECES.

Es preciso también determinar claramente las facultades de los jueces respecto de los contratos, porque es frecuente que intervengan en ellos, con un espíritu que muchas veces tiene más de caridad que de justicia.

En mi opinión, debe ser establecido con claridad que ellos carecen de facultades para interferir en el contrato, o en sus

estipulaciones, salvo que promedie pedido de parte interesada y lo autorice una ley, o se trate de su interpretación; de resolver sobre su integración, su ejecución, su modificación, o su extinción; o de la trasgresión de una norma imperativa. Sin perjuicio de ello, los jueces tienen el deber de proceder de oficio cuando haya sido infringida una norma de orden público, habida cuenta de la relevancia atribuible a las disposiciones de este carácter.

7. REGLA DE BUENA FE.

Las partes están precisadas a obrar de buena fe en la etapa previa a la formación del contrato, durante su celebración y su ejecución. La exigencia de buena fe tiene viejas raíces, y fue incorporada por los artículos 1134 y 1135 del Código Civil francés. En uno de sus perfiles, incluye por ministerio de la ley un cortejo de obligaciones accesorias en la obligación contractual y, en sentido inverso, impide que el contratante pueda reclamar algo que sería desleal o incorrecto (Jordano Fraga).

La realidad comercial moderna exige que ese deber de buena fe exista desde que las partes entraron en conversaciones con miras a la celebración de un contrato, esto es desde antes de que haya sido emitida una oferta, en el curso de los denominados *pourparlers*; ello significa hacerlo nacer con anterioridad a los momentos del iter de formación contractual que abarcaban las teorías clásicas de Faggella y de Ihering. A mi juicio, y habida cuenta del criterio que asigna fuerza vinculante a la oferta (Código Civil costarricense [art. 1013], Código Civil del Distrito federal mejicano [art. 1804], Código Civil paraguayo de 1987 [art. 677], Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías [art. 16.2] y, en la Argentina, Proyecto de 1936 [art. 794], Anteproyecto de 1954 [art. 1008], Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 [art. 860]), cuando ésta ha sido emitida con un término de vigencia, la aceptación oportuna debe dejar formado el contrato y, por lo tanto, quedar obligado el oferente a cumplir o a indemnizar. En los otros casos, quien se retira sin razón de las tratativas sólo debe indemnizar el daño al interés negativo, comprensivo de los gastos y del lucro cesante en cuanto haya derivado de haber estado pendiente de esas tratativas.

La buena fe, en esa etapa, impone también que el oferente ponga al alcance del destinatario de la oferta información adecuada sobre hechos relativos al contrato que puedan tener aptitud para influir sobre su decisión de aceptar. Se trata del denominado deber de

información, que tiene manifestaciones máximas en los contratos de consumo.

Una vez celebrado el contrato, la regla de buena fe determina que aquél obligue en los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a todo el cortejo de consecuencias virtualmente comprendidas en él, para lo cual corresponde tomar en cuenta: su naturaleza, las negociaciones previas, las prácticas establecidas entre las partes, su conducta ulterior, los usos del lugar de celebración si no han sido excluidos expresamente, y la equidad, teniendo en consideración la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte. Este enunciado amplio se conecta con el de los artículos 1374 del Código Civil italiano de 1942, 1434 del Código Civil quebequés de 1991, y 8.3 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980. La idea de observancia de las pautas comerciales razonables de buena fe aparece en el Uniform Commercial Code, sec. 2-103 (1) (b); la adecuación del cumplimiento del contrato al propósito común, conforme a las expectativas justificadas de la otra parte (comentario a § 205 del Restatement of Contracts 2nd.) emana de la idea consubstancial al tráfico comercial de que el contratante se obliga en la medida en que genera confianza en la otra parte; la referencia a la equidad aparece en los artículos 1291 del Código Civil y 209 del Código de Comercio uruguayos, y en el artículo 1434 del Código Civil quebequés de 1991; la exclusión convencional de los usos resulta del artículo 1340 del Código Civil italiano de 1942.

En la interpretación de buena fe deben ser tomados en cuenta esos criterios, así como lo que ha sido común intención de las partes antes bien que la literalidad de lo manifestado (Código Civil quebequés de 1991 [art. 1425], Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 [art. 8.1]); el sentido que razonablemente hubiera atribuido a la manifestación de una de las partes una persona en la situación y en las condiciones de la otra (Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 [art. 8.2], Proyecto argentino de Código Unico de 1987 [art. 1197], Proyecto de la Comisión Federal de 1993 [art. 1198]); el poder de negociación relativo de cada una de las partes (Código Civil quebequés de 1991 [art. 1432], Proyecto argentino del Poder Ejecutivo de 1993 [art. 935]), en fin, la relación de equivalencia de las contraprestaciones cuando el contrato es a título oneroso (Código Civil portugués de

1967 [art. 237], Proyecto argentino del Poder Ejecutivo de 1993 [art. 932]).

8. CONSERVACIÓN DE LA EFICACIA DEL CONTRATO E INTEGRACIÓN.

En todo caso, la regla de buena fe determina que los jueces resuelvan las cuestiones de nulidad total o parcial del contrato, o de su modificación, procurando asumir qué actitud habría adoptado un contratante de buena fe, en la etapa previa a la formación del contrato o en su celebración, según sea el caso. Ello, aunque en la situación particular el contratante haya obrado de mala fe (Videla Escalada).

De acuerdo con los criterios actuales, también corresponde que se atengan al criterio de procurar conservar la eficacia del contrato.

Se trata, por una parte, de la idea de conversión del acto jurídico (Código Civil alemán [§ 140], Código Civil italiano de 1942 [art. 1424], Código Civil portugués de 1967 [art. 293], Proyecto argentino de Código Unico de 1987 [art. 1037], Proyecto de la Comisión Federal de 1993 [art. 1037], Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 [art. 689]).

Por la otra, de que, en caso de nulidad parcial, el contrato debe ser integrado, salvo que con esa integración resulte afectado el equilibrio negocial (Directiva del Consejo de la Comunidad Europea CEE 93/13 del 5 de abril de 1993 [art. 6-1]). A tal fin corresponde el empleo sucesivo de las normas imperativas en sustitución de las cláusulas que sean incompatibles con ellas, de las normas supletorias, y de las soluciones resultantes de la aplicación de la regla de buena fe.

9. LA LIBERTAD NEGOCIAL EN LOS CONTRATOS DISCRECIONALES.

La fórmula del artículo 1134 del Código Civil francés (les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites) orientó la regulación del contrato en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Se trata de la expresión *laissez-nous faire* que contuvo la protesta del comerciante Legendre a Colbert, o *laissez faire*, desde que, en 1751, la empleó el marqués de Argenson. Luego, se produjo una "regresión del concepto de

contrato al de status" (Puig Brutau) que, en el ámbito de la libertad de comercio, actualmente está de regreso.

Pienso que, si bien el Derecho nuevo asume "la modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones" sobre la que alertó Baudoin, debe atender como corresponde a los distinguos entre los megacontratos, los negocios entre quienes se hallan en situación de igualdad jurídica, y los contratos entre quienes son desiguales. En esta última categoría corresponde un régimen coherente de normas imperativas, por medio de "precauciones legislativas" tendientes a "la restauración de la libertad contractual del lado donde era amenazada", según expresión de Remy.

Pero, entre iguales, lo convenido debe ser obligatorio en la medida en que resulte de un contrato discrecional, de gré à gré, como lo designa el artículo 1379 del Código Civil quebequés de 1991. El único límite está dado por la concertación sobre objetos prohibidos o inidóneos, con finalidad ilícita e inmoral, en suma, la que trasgrede normas de orden público y acaso normas solamente imperativas como las que conciernen al vicio de lesión.

10. CONTRATOS PREDISPUESTOS Y CELEBRADOS POR ADHESIÓN.

Por oposición a los contratos discretionales, son denominados contratos predispuestos aquellos cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes (Directiva del Consejo de la Comunidad Europea CEE 93/13 del 5 de abril de 1993 [art. 3.2]). Algunos de ellos son celebrados por adhesión, lo cual sucede cuando la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación (Código Civil peruano de 1984 [art. 1390], Código Civil quebequés de 1991 [art. 1379]).

Los contratos predispuestos son "instrumentos adecuados para la economía de masas" (Vallespinos), pues mediante ellos se producen significativos ahorros propios de la economía de escala: un ahorro de tiempo, al ser evitada la discusión individual de las cláusulas; un ahorro derivado de que la uniformidad de la contratación facilita la homogeneidad de la gestión empresarial; un ahorro de litigiosidad, en razón de que los contratos prevén de antemano soluciones puntuales para las distintas alternativas posibles en el desarrollo de la relación entre partes (Amaral).

Sin perjuicio de las disposiciones puntuales de las leyes del consumidor, el Código de fondo debe regular a los contratos predispuestos, porque la incumbencia de aquellas leyes abarca exclusivamente, según los casos, a ciertos actos de intermediación: a los realizados por un profesional del comercio con un consumidor (ley peruana [arts. 1 y 3, inc. a]), siempre que éste destine la adquisición a su uso personal o familiar (Directiva del Consejo de la Comunidad Europea CEE 93/13 [arts. 1.1 y 2-b], ley brasileña [art. 3], ley argentina [arts. 1 y 2]). Cuando el Código se ocupa de los contratos predispuestos, las normas relativas a ellos en el área del consumo pueden ser obviadas (como sucede en Perú, art. 1390 y siguientes del Código Civil de 1984) o postergadas (como sucede en Paraguay, art. 691 del Código Civil de 1987).

En el caso en que tales contratos son celebrados por escrito, deben ser redactados de manera clara, completa y fácilmente legible, y en el idioma común de la gente. Las condiciones generales, esto es las cláusulas predispuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares (ley alemana de condiciones generales del 1º de abril de 1977 [art. 1.I], Código Civil peruano de 1984 [art. 1392]), deben ser asequibles al no predisponente; por ello, cuando no están incluidas en el instrumento del contrato, y el predisponente no le entrega su texto escrito, corresponde que -salvo prueba de en contrario- se presuma la ignorancia del no predisponente sobre ellas (Código Civil peruano de 1984 [art. 1397], Código Civil quebequés de 1991 [arts. 1435 y 1436]).

El entorno de la actividad empresarial, antes subordinado a la "mano de la burocracia" de Chandler, hoy lo está a la "mano mágica" de Smith. Esa mutación genera discusiones que suelen estar plagadas de desconcepciones, los cuales derivan, seguramente, de que los debates en profundidad sobre las relaciones de Derecho, el Estado, la Economía y el Hombre, se habían ido desvaneciendo, y ahora han sido puestos en el primer plano por las urgencias que derivan del auge generalizado de las economías de mercado. En el centro de la cuestión está, y debe estar, la persona humana, exaltada en Sudamérica por el Código Civil peruano de 1984, y cuyos contornos conceptuales han sido reiterada y magníficamente delineados por el maestro Fernández Sessarego. Pero muchas veces se lo pierde de vista.

Las condiciones deben ser asequibles, puesto que el consentimiento supone una "declaración de voluntad común" (art.

1137, Código Civil argentino), una manifestación exteriorizada por "oferta y aceptación" (art. 674, Código Civil paraguayo de 1987), que está ontológicamente descartada cuando ha versado sobre cláusulas imposibles de conocer, o de descifrar.

El discurso jurídico descalificador de las cláusulas abusivas, y de las condiciones generales irritas, tiene un alto voltaje ético; en él aparecen la moral, las buenas costumbres, el imperativo de buena fe, las riquísimas nociones del error y del dolo-engaño, del ejercicio regular de los derechos, de la lesión, de la debilidad jurídica. Tales cláusulas abusivas son naturalmente inaceptables para el Derecho común, tanto en los contratos de empresa como en cualquier contrato.

En Argentina, una clave para la calificación de la cláusula como abusiva es la desnaturalización de las obligaciones del predisponente. La noción empezó a tener difusión a partir de las Jornadas sobre responsabilidad civil en homenaje al profesor doctor Roberto H. Brebbia (Rosario, 1986): en ellas, con referencia a las cláusulas limitativas de responsabilidad, se declaró la invalidez de las que "desnaturalizan la esencia del vínculo obligacional". Se trata de un standard de gran amplitud, que permite abarcar un extenso universo de situaciones, y que concierne al mantenimiento de la equivalencia en la relación negocial de cambio conforme a la totalidad de circunstancias del caso. De alguna manera se relaciona con la noción de causa final (Lorenzetti), que en el Derecho moderno sirva "para saber en qué casos un contrato no será válido o eficaz" (Puig Brutau), y a la que el Código Civil argentino regula como elemento del acto jurídico exigiéndole que satisfaga recaudos de moralidad, licitud y congruencia (arts. 502 y 953); el Proyecto de la Cámara de Diputados de 1993, precisamente, atiende a la desnaturalización de "la finalidad del contrato" (art. 1157, inc. 1º). En términos generales, el carácter abusivo de una cláusula resulta de ella misma, o de su combinación con otras (Ley belga sobre prácticas del comercio del 14 de julio de 1991 [art. 31]), y se considera tal a la que limita indebidamente la responsabilidad por daños personales (Código Civil italiano de 1942 [art. 1341], Código Civil costarricense [art. 1023, inc. 2-m, según ley 6015/76], Directiva del Consejo de la Comunidad Europea CEE 93/13 [Anexo, art. 1.a]), o importa renuncia o restricción a los derechos del adherente, o ampliación de los derechos del predisponente, que resultan de normas supletorias, las cuales constituyen el clima propio del contrato (Código Civil quebequés de 1991 [art. 1437], Directiva CEE 93/13 [art. 3.2]).

Asimismo, los proyectos argentinos de reformas al Código Civil, y la ley del consumidor, utilizan el mecanismo de tener por no convenidas a las cláusulas abusivas. Por lo tanto la ineficacia resultante no queda sujeta a la teoría de las nulidades, y es ajena a cuestiones problemáticas propias de ésta, como las atinentes a la necesidad de articulación, a la legitimación activa, o a la prescripción de la acción.

La regla de buena fe sujeta rígidamente a la interpretación de los contratos predispuestos, a cuyo fin deben ser relevantes la conducta de las partes en la ejecución del contrato, las prácticas establecidas anteriormente entre ellas en cuanto puedan ser consideradas bases comunes de entendimiento, y los usos y costumbres (Uniform Commercial Code [sec. 1-205, 2-103, 1-b], Restatement of Contracts 2nd. § 202 y 205)]. Además, es menester precisar que las cláusulas abusivas no constituyen usos y costumbres, aunque sean de práctica, lo cual tiende a evitar que la reiteración de contratos-tipo con cláusulas abusivas en alguna actividad empresarial pueda tener la virtualidad jurídica de los usos, como lo hicieron en Argentina el Proyecto de Código Unico de 1987 (art. 1197, inc. 2º-f) y el Proyecto de la Cámara de Diputados de 1993 (art. 1198, inc. 2º-g). En todo caso, la interpretación de los contratos predispuestos debe ser hecha en sentido favorable a la parte no predisponente; y, aún, aplicando a su favor la regla favor debitoris como expresión puntual del principio de favor debilis (Proyecto argentino de Código Unico de 1987 [art. 1197.3]).

11. REGULACIÓN DE CONTRATOS ATÍPICOS.

En el tráfico actual una buena parte de los contratos son atípicos. Los contratos son típicos o atípicos según que la ley los regule especialmente o no. En general, los contratos atípicos deben estar regidos por la voluntad de las partes, por las normas generales sobre contratos y obligaciones, y por las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines que sean compatibles con su finalidad. La prioridad de las normas generales sobre las correspondientes a los contratos típicos afines resulta del Código Civil del Distrito Federal mejicano (art. 1858), y de los Proyectos argentinos de la Comisión Federal de 1993 (art. 1143) y del Poder Ejecutivo de 1993 (art. 855).

Pero los contratos atípicos que tienen tipicidad social, porque corresponden a una categoría de negocios que son realizados

habitualmente, en subsidio de la voluntad de las partes deben estar regidos prioritariamente por los usos y costumbres.

12. FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.

La formación del consentimiento plantea multitud de problemas.

Por lo pronto, son frecuentes los acuerdos parciales. Corresponde considerar que ellos sólo concluyen el contrato cuando todas las partes expresan consentimiento sobre el objeto, la causa y los elementos esenciales particulares; la extensión de una minuta respecto de alguno de esos elementos, o de otros no esenciales, es irrelevante y, en la duda, el contrato no se considera concluido (Código Civil alemán [§ 154]). Logrado aquel consentimiento, el contrato queda integrado en las estipulaciones pendientes mediante el posterior acuerdo de las partes y, en su defecto, por lo que resulte de las normas imperativas, de las normas supletorias y de los usos y costumbres del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables. Se trata de la *punktation*, contemplada por el Código suizo de las obligaciones (art. 2), que también resulta de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías de 1980 (arts. 14.1 y 19.2), según la cual el contrato queda formado cuando hay acuerdo sobre sus elementos constitutivos propuestos en la oferta, y la aceptación no le introduce modificaciones que los "alteren sustancialmente".

Las cartas de intención, concebidas como instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan asentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato, deben ser de interpretación restrictiva; el memorándum -dispone el Código Civil austriaco (art. 885)- obliga conforme a sus términos. Por ello, sólo cabe asignarles la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos.

En principio, la muerte, la incapacidad o la quiebra, del oferente o del aceptante, no han de perjudicar respectivamente, la vigencia de la oferta ni la eficacia de la aceptación recibida con posterioridad (Proyecto argentino de Código Unico de 1987 [art. 1153], Proyecto de la Comisión Federal de 1993 [(art. 1153)]. Es la solución adecuada a las exigencias de seguridad del tráfico comercial moderno, en el cual interesa la declaración del consentimiento, antes bien que la coincidencia de la voluntad psicológica de oferente y aceptante. En el Restatement of Contracts 2nd. (comentario al § 48) se critica "la obsoleta visión de que el

contrato requiere un «encuentro de mentes», porque "es inarmónica con la moderna doctrina de que una manifestación de asentimiento es efectiva sin atender al actual asentimiento mental". Además, el Código Civil costarricense (art. 1014), el Código Civil alemán (§ 153), el Código Civil del Distrito Federal mejicano (art. 1809) y el Código Civil peruano de 1984 (art. 1383), excluyen la caducidad por muerte o incapacidad en casos de oferta simple; el Código Civil italiano de 1942, en los de oferta irrevocable (art. 1329) y de oferta y aceptación por parte de un empresario (art. 1330); en tanto el Código Civil austríaco descarta la retractación si "puede ser inferida una intención contraria del oferente" (art. 866).

En cuanto al destinatario de la oferta, corresponde admitir que sea dirigida a persona, no sólo determinada, sino también determinable (oferta al público), con tal de que contenga las precisiones necesarias para establecer los efectos que producirá el contrato, si llega a ser aceptada (Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 [art. 14.1], Proyecto argentino del Código Unico de 1987 [art. 1147], Proyecto de la Comisión Federal de 1993 [art. 1147], Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 [art. 859]).

Asimismo, y por las virtualidades jurídicas de la declaración unilateral de voluntad, corresponde establecer que el oferente, y en su caso sus sucesores, están obligados a mantener la oferta durante el tiempo de su vigencia, a menos que la retracten útilmente (ver supra, N° 7), con el efecto de que, si es aceptada, el contrato queda formado y produce sus efectos propios. La retractación es útil cuando la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta (Código Civil costarricense [art. 1010], Código Civil brasileño [art. 1081.IV], Código Civil del Distrito Federal mejicano [art. 1808], Código Civil austríaco [art. 860.a], Código Civil venezolano [art. 1137], Código Civil paraguayo de 1987 [art. 680], Código Civil quebequés de 1991 [art. 1391], Convención de Viena de 1980 [ley 22.765] [art. 15.2], Proyecto argentino de Código Unico de 1987 [art. 1150], Proyecto de la Comisión Federal de 1993 [art. 1150], Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 [art. 862]); y, si se trata de oferta al público, debe ser comunicada por medios de difusión similares a los empleados para emitirla (Restatement of Contracts 2nd. [§ 46]).

La aceptación, a su vez, puede ser retractada útilmente cuando la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la aceptación (Código Civil brasileño [art. 1084],

Código Civil del Distrito Federal mejicano [art. 1808], Código Civil venezolano [art. 1137], Código Civil paraguayo de 1987 [art. 680], Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 [art. 22]).

En aras de flexibilizar las relaciones negociales, y conforme a los criterios más modernos:

- a) las modificaciones no sustanciales que el aceptante introduzca a la oferta no deben significar su rechazo, por lo cual corresponde asignar al oferente el derecho a admitirlas, siempre que lo comunique de inmediato al aceptante (Código Civil peruano de 1984 [art. 1376], Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 [art. 19.2]);
- b) el oferente también debe tener derecho a prevalerse de una aceptación tardía, si comunica de inmediato su decisión al aceptante. (Proyecto franco-italiano de 1927 [art. 2], Código Civil italiano de 1942 [art. 1326], Código Civil venezolano [art. 1137], Código Civil peruano de 1984 [art. 1376], Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 [art. 21.1]).

En cuanto a la forma de aceptación, debe darse cabida a la que se produce por medio de comportamientos determinados, como los *facta concludentia*, o las denominadas relaciones contractuales de hecho. La aceptación tácita resultará de ciertos actos que la inducen y, en especial, cuando, conforme a los antecedentes de la oferta, a la naturaleza del negocio, a las prácticas establecidas entre las partes, o a los usos y costumbres, el oferente no está precisado a esperar una comunicación del destinatario de la oferta, a menos que éste quiera rechazarla (Código Civil brasileño [art. 1084]); el contrato queda concluido cuando comienza la ejecución y, según las circunstancias, incumbe al destinatario de la oferta dar aviso de ello al oferente (Proyecto franco-italiano de 1927 [art. 3]; Código Civil italiano de 1942 [art. 1326]; Código Civil boliviano de 1975 [art. 457]; Código Civil venezolano [art. 1138], Código Civil peruano de 1984 [art. 1380], Restatement of Contracts 2nd. [§ 54, 2], Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 [art. 18.3]). El silencio importa aceptación cuando hay un deber de expedirse resultante de la voluntad de las partes, de la ley, o de circunstancias particulares como los usos y costumbres o las relaciones anteriores de aquéllas (Código Civil quebequés de 1991 [art. 1394]).

De las diversas teorías para determinar el momento en que se forma el consentimiento, parece preferible la de la recepción, que considera concluido al contrato cuando se produce una aceptación útil, y ella es recibida por el oferente (Código Civil del Distrito Federal mexicano [art. 1807], Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 [arts. 18.2 y 24], Proyecto argentino de Código Unico de 1987 [art. 1144], Proyecto de la Comisión Federal de 1993 [art. 1144], Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 [art. 858]. La teoría de la recepción asume la idea de que, según *quod plerumque accidit*, cuando la aceptación llega al domicilio del oferente, éste ha de conocerla; en su Anteproyecto de 1926, Biliboni señalaba concordantemente que "en el mundo de los negocios la correspondencia se entiende conocida desde su entrega en la casa o escritorio del destinatario".

13. LA FINALIDAD.

La teoría de la causa final atañe a los standards de licitud, moralidad y congruencia del acto, y cumple un papel importante en el Derecho moderno, pues permite determinar "en qué casos un contrato no será válido o eficaz" (Puig Brutau).

En términos generales, la causa final debe existir en la formación del contrato y durante su celebración, y subsistir durante su ejecución; corresponde presumir que el contrato tiene causa final, aunque no esté expresada, y que ella es lícita; y es inválido si la causa final expresada resulta falsa, salvo cuando el interesado prueba que se funda en otra verdadera y lícita.

Es menester distinguir claramente los móviles, motivos personales o propósitos. En este orden de ideas, el contrato debe ser reputado inválido cuando ambas partes lo han concluido el contrato por un móvil, motivo personal o propósito ilícito o inmoral común. Pero cuando sólo una de ellas ha obrado por un móvil, motivo o propósito ilícito o inmoral personal, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, si bien ésta puede requerir su cumplimiento, salvo que a su vez haya sin la diligencia apropiada en las circunstancias del caso. Esta idea fue adoptada por el Proyecto argentino del Poder Ejecutivo de 1993 (art. 886).

Para asignar a la finalidad del contrato la relevancia que le corresponde, debe establecerse que su frustración produce la rescisión, siempre que provenga de una alteración de carácter

extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato, y sobrevenga por causas ajenas a las partes, y excedentes al riesgo asumido por la que es afectada. Esta idea fue adoptada por el Proyecto argentino de la Comisión Federal de 1993 (art. 1200), y por el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (arts. 580 y 943).

Cuando la frustración de la finalidad es temporaria procede la suspensión del cumplimiento (Restatement of Contracts 2nd. [§ 269]; ver infra, N° 16).

14. LESIÓN E IMPREVISIÓN.

La teoría de la lesión ha sido incorporada a los Códigos. Bajo la modalidad objetiva (Código Civil francés, arts. 1674 y 1683, Código Civil chileno [art. 1889], Código Civil boliviano de 1975 [art. ...]), o bajo la modalidad objetivo-subjetiva (Código Civil alemán [§ 138], Código suizo de las obligaciones [art. 21], Código Civil austríaco [art. 819 reformado en 1916], Código Civil del Distrito Federal mejicano [art. 17], Código Civil italiano de 1942 [art. 1448], Código Civil portugués de 1967 [art. 282], Código Civil argentino según reforma de 1968 [art. 954], Código Civil peruano de 1984 [art. 1447], Código Civil quebequés de 1991 [arts. 1405 y 1406]).

Al permitir que quien ha tomado ventajas soslaye la invalidez del contrato mediante el suplemento de la contraprestación a su cargo, atiende al "criterio tradicional [que] sólo lo encaraba como una violación de la justicia conmutativa, que infectaba el acto en tanto en cuanto esa misma justicia no fuese satisfecha" (Anteproyecto argentino de 1954, nota al art. 160). La versión objetivo-subjetiva, que resulta de los sistemas más modernos, exige que promedie aprovechamiento de la necesidad, la inexperiencia o la ligereza de la otra parte, y las exigencias de esa misma justicia conmutativa reclaman una reflexión sobre la ampliación de tales conceptos: sugiero analizar la idea de considerar lesivo el contrato en el cual una parte toma ventajas por el descuido, la situación financiera extrema, o el estado de ánimo excitado de la otra, según lo prevé el artículo 879, inc. 4°, del Código austríaco, reformado en 1916; o la de dar elevancia a la avanzada edad del sujeto, a cuyo fin cabe recordar que los mayores de setenta años son especialmente protegidos en la ley francesa de tránsito 85-677, del 5 de julio de 1985 (junto a los menores de dieciséis años, y a los grandes discapacitados); o la de emplear nociones que sólo aparecen en materia de imputación

del pago, como la de "sorpresa" -proveniente de Pothier y recogida en el artículo 1255 del Código Civil francés y en el artículo 775 del Código Civil argentino-, que refiere a un "dolo de tono menor" (Llambías), o la de "mala fe", que contiene el artículo 1867 del Código Civil de Louisiana de 1984.

También es interesante tomar en cuenta soluciones propias del Derecho sajón. En él rige la teoría de la influencia injusta (Undue Influence), que "llena el nicho entre la incapacidad y la intimidación (duress)" (Schaber-Rohwer), y da lugar a la invalidez del acto. Comprende hipótesis de temor reverencial -que en el Derecho continental, conforme al criterio del artículo 1114 del Código Civil francés, no tiene virtualidad-, pues considera inválido al contrato injusto resultante del ejercicio del poder de persuasión sobre una persona respecto de la cual el persuasor tiene autoridad, o que por la relación de confianza entre ambas hubo de suponer justificadamente que aquél no habría actuado de manera contraria a su bienestar (Restatement of Contracts 2nd., § 177).

A su vez, en el Uniform Commercial Code (sec. 2.302) y en el Restatement of Contracts 2nd. (§ 208), es contemplada la categoría genérica de contrato injusto o irrazonable (Unconscionable Contract), entendiéndose tal al que no habría sido celebrado entre ningún hombre que hubiera actuado juiciosamente y sin error, y ningún hombre honesto y justo; o, dicho de otro modo, al que "sacude la conciencia" ("shocks the conscience") del tribunal, según fórmula tradicional plasmada por Lord Eldon en 1804. Tal contrato es reajutable, y "la grosera disparidad entre los valores intercambiados" (Restatement of Contracts 2nd., § 208, comentarios a y c).

La teoría de la imprevisión, o de la "lesión sobreviniente" (Pugliese, Cardini) -que es una aplicación puntual de la doctrina de las bases del negocio jurídico- ha sido recogida por diversos sistemas: Código Civil italiano de 1942 (art. 1467), Código Civil portugués de 1967 (art. 437), Código Civil boliviano de 1975 (arts. 581 a 583), Código Civil peruano de 1984 (arts. 1140 a 1446), Código Civil paraguayo de 1987 (art. 672), Código Civil holandés de 1991 (art. 6.258), ley brasileña del consumidor (art. 6, inc. V). A sus requisitos tradicionales -alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada- bien puede serle agregada la exigencia de que la excesiva onerosidad resulta irrazonable o inicua, como lo hace el Código Civil holandés de 1992. Y, sin perjuicio de la

acción por rescisión total o parcial, corresponde otorgar una acción por adecuación del contrato (Código Civil portugués de 1967 [art. 437, inc. 1], Código Civil peruano de 1984 [art. 1440], Proyecto argentino de Código Unico de 1987 [art. 1198], Proyecto de la Comisión Federal de 1993 [art. 1199], Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 [art. 899], cuya procedencia depende de la índole del contrato, de los motivos o propósitos de carácter económico que tuvieron las partes al celebrarlo, y de la factibilidad de su cumplimiento (Proyecto argentino del Poder Ejecutivo de 1993 [art. 899]).

15. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.

El pacto comisorio expreso debe quedar sujeto a la autonomía de la voluntad, salvo en los contratos predispuestos, en los cuales está controlado por la teoría de las cláusulas abusivas, corresponde, sin embargo, diseñar algunas normas supletorias, adecuadas a la realidad negocial moderna. Me permito sugerir algunas.

La operatividad de la resolución por la sola declaración, sin necesidad de acción judicial. La exigencia de que el incumplimiento sea significativo y, en caso de ser parcial, prive sustancialmente a la parte de lo que razonablemente tenía derecho a esperar en virtud del contrato (Código Civil portugués de 1967 [art. 436], Código Civil de Louisiana de 1984 [art. 2014], Código Civil holandés de 1992 [arts. 6.265 y 6.279], Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 [art. 73.1]). El reconocimiento a la parte incumplidora del derecho de oponerse a la resolución cuando quien la declara no ha realizado, o no está en situación de realizar, la prestación que hubiera debido efectuar para poder ejercer la facultad extintiva, o no está en condiciones de efectuar las restituciones que correspondan, salvo que este impedimento resulte de causas ajenas a su responsabilidad, o del consumo o la enajenación de los bienes correspondientes conforme a la índole del contrato o a los usos y costumbres (Código Civil portugués de 1967 [art. 432], Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 [art. 82.1.c]).

En cuanto a las contraprestaciones, propongo atribuir a la parte no incumplidora el derecho de recibir igualmente la que le corresponde, tomando en cuenta, para estimar su valor, las ventajas que resulten, o puedan resultar, de no haber efectuado la

propia prestación (Código Civil alemán [§ 324 y 649]); y si la extinción es parcial, prever la reducción proporcional de las contraprestaciones que han sido pagadas, o que debían ser pagadas (Código Civil holandés de 1992 [art. 6.270]).

Para clarificar la relación negocial, cuando una parte está en situación de declarar la resolución del contrato, y no lo hace, la otra debiera tener derecho a intimarla para que, dentro de cierto plazo, decida si va a plantearla y, a su vencimiento, tener por extinguida la facultad de resolverlo por causas anteriores a la intimación (Código Civil alemán [§ 355, 466]).

La cláusula resolutoria implícita, a su vez, debe ser operativa sin necesidad de requerimiento alguno cuando ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento, la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir, o el cumplimiento o la interpelación resultan imposibles (Código Civil alemán [§ 361], Código Civil de Louisiana de 1984 [art. 2016]).

16. EXCEPCIONES AL CUMPLIMIENTO.

En el moderno Derecho de los contratos se reconoce a una parte el derecho de suspender su propio cumplimiento, no sólo cuando la otra parte no cumple la contraprestación a su cargo (Exceptio inadimpliti contractus) -a no ser que ella misma esté obligada a cumplir anticipadamente-, sino también cuando la otra parte:

- a) se encuentra en imposibilidad temporaria de cumplir, aunque sea por causas ajenas;
- b) cuando es previsible que no cumpla, por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia (Código Civil alemán [§ 321], Código suizo de las obligaciones [art. 83], Código Civil de Louisiana de 1984 [art. 2023], Código Civil holandés de 1992 [art. 6.263], Uniform Commercial Code [secs. 2-609 y 2-610], Restatement of Contracts 2nd. [§ 251], Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 [arts. 71 y 73.2], Proyecto argentino de Código Unico de 1987 [art. 1204, última parte, inc. 2º] y Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 [art. 901]); y
- c) cuando tiene un impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas (Restatement of Contracts 2nd. [§ 269]).

17. ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO.

Propongo también la regulación del contrato que contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario conforme a estos criterios:

- a) la atribución al promitente de la facultad de revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación útil del tercero beneficiario, salvo cuando el estipulante tiene interés en que ella sea mantenida;
- b) la asignación directa al tercero aceptante de los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor (Código Civil alemán [§ 328, 33], Código Civil italiano de 1942 [art. 1411], Proyecto franco-italiano de 1927 [art. 45], Código Civil peruano de 1984 [art. 1458], Código Civil de Louisiana de 1984 [art. 1979], Código Civil quebequés de 1991 [arts. 1444, 1445, 1447], Código Civil holandés de 1992 [art. 6.253 y 254], Proyecto argentino del Poder Ejecutivo de 1993 [art. 900]):

18. CONTRATOS PRELIMINARES Y DE PRELACIÓN.

La categoría de los contratos preliminares, que abarca la promesa de contratar y el contrato de opción, es de uso frecuente en la práctica de los negocios.

A mi juicio, debe ser establecido, en términos generales, que los contratos preliminares generan obligaciones de hacer, y han de contener el acuerdo sobre el objeto, la causa y los elementos esenciales particulares de un futuro contrato (Código Civil chileno [art. 1554, inc. 4º], Proyecto franco-italiano de 1927 [art. 25], Código Civil peruano de 1984 [art. 1418]).

Que, dentro de ellos, la promesa de contratar obliga a las partes a celebrar el futuro contrato (Código Civil del Distrito Federal mejicano [art. 2243], Código Civil peruano de 1984 [art. 1414]).

Que, a su vez, el contrato de opción otorga a una parte, o a ambas recíprocamente, la facultad de requerir, a su arbitrio, la conclusión de un futuro contrato; y que el requerimiento produce los efectos de la aceptación (Código Civil italiano de 1942 [art. 1331], Código Civil peruano de 1984 [arts. 1419, 1420]).

El contrato de prelación también es concebible como generador de una obligación de hacer, en virtud de la cual una parte (otorgante) debe concluirlo con la otra (beneficiaria) si decide celebrar un futuro contrato. En tal caso, la otorgante de la prelación queda obligada a dirigir a la beneficiaria una declaración, con los requisitos de la oferta, comunicándole su decisión de celebrar el nuevo contrato, el cual queda concluido si ésta acepta. En Argentina, esta línea de ideas resulta de soluciones particulares referidas al pacto de preferencia en la compraventa (arts. 1368 y 1392 del Código Civil), y parece adecuado generalizarla.