

ATILIO A. ALTERINI



BJA

Biblioteca Jurídica Argentina

Copia Privada para uso Didáctico y Científico.

PROHIBIDA su Venta, Impresión o Distribución

COMO REDACTAR UN CONTRATO



ABELEDOPERROT

ATILIO ANÍBAL ALTERINI

Profesor titular, miembro del Consejo Directivo y ex director del Departamento de Derecho Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano. Director de los Institutos de Derecho Civil de la Universidad Notarial Argentina y del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Único Civil y Comercial de 1987. Miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Único Civil y Comercial (dec. P.E. 685/95). Miembro honorario del Instituto Argentino de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Árbitro argentino en el MERCOSUR y en el Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande. Ex juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal.

ATILIO A. ALTERINI

COMO REDACTAR UN CONTRATO

REIMPRESION



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

PROLOGO

ABELEDOPERROT, mis editores y amigos desde hace más de veinte años, me solicitaron este trabajo, para continuar la serie iniciada por los del profesor Genaro R. CARRIO (*Cómo estudiar y cómo argumentar un caso y Cómo fundar un recurso*), y los del profesor Enrique M. FALCON (*Cómo hacer una demanda y Cómo contestar una demanda*). Acepté, complacido, por la muy prestigiosa compañía, y por la novedad del empeño.

Cuando el profesor Fernando LOPEZ DE ZAVALLA (*Teoría de los contratos – Parte general*, Buenos Aires, 1975, parág. 21) trata del contenido contractual, esto es, de “lo que se dice en el contrato”, expresa haber leído, años atrás, un interesante estudio sobre la redacción de los contratos que, cree recordar, emanó de la pluma del profesor Luis María REZZONICO; pero agrega que, lamentablemente, extravió el ejemplar de la revista que lo contenía. Busqué ese trabajo en los ficheros de varias

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT S.A E. e I.
Lavalle 1280 -- 1048 - Buenos Aires -- Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-0606-2

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente, nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2º, 9º, 10, 71, 72, ley 11.723).

1a. edición	1991
1a. edición, 1a. reimpresión	1993
1a. edición, 2a. reimpresión	1998

IMPRESO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

ATILIO ANIBAL ALTERINI

bibliotecas, y cuando creí haberlo hallado en la que tiene la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, y lo requerí, se me informó que el número de la revista solicitado había sido dado de baja, por haberlo destruido una inundación. No encontré otro sobre el tema que, sin embargo, ha sido tan bien trabajado por los notarialistas.*

Transito, pues, un camino que –hasta donde sé– no ha sido hollado con frecuencia. Hay entre nosotros, es cierto, varios libros, excelentes y sumamente completos, que contienen modelos de contratos, pero este ensayo obedece a una propuesta distinta. Al buscar las claves de cómo redactar un contrato no procuro dar un molde, sino un plano; intento brindar bases útiles para el ejercicio de la ingeniería jurídica (RODRIGUEZ AGUILERA, Cesáreo, *El lenguaje jurídico*, Barcelona, 1969, pág. 7)

* Entre otros, LARRAUD, Rufino, *Curso de Derecho Notarial*, Buenos Aires, 1966; GONZALEZ, Carlos Emérito, *Derecho Notarial*, Buenos Aires, 1971; PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, Buenos Aires, 1980; ORELLE, José María, en BELLUSCIO - ZANNONI, *Código Civil Anotado*, t. IV, Buenos Aires, 1982; ZINNY, Mario Antonio, *Casos notariales*, Buenos Aires, 1983; GATTARI, Carlos N., *Manual de Derecho Notarial*, Buenos Aires, 1988.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

que significa poner por escrito lo que acuerdan las partes.

En ese cometido no me propuse, ciertamente, desarrollar la teoría general del contrato. Pero no he podido encarar un análisis didáctico de los mecanismos para su redacción sin incursionar permanentemente en lo teórico, porque los fundamentos del sistema, las reglas que resultan condicionantes insoslayables, son propios de la teoría.

Doy por supuesto que la consigna del lector es redactar con excelencia. Si considera que, para hacerlo, es sumamente valiosa la práctica, lo acepto. Pero le sugiero atender también a esta secular reflexión del filólogo inglés Roger ASCHAM: “el estudio enseña más en un año que la experiencia en veinte”.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

CAPITULO I

APRESTANDOSE A REDACTAR UN CONTRATO

1. – PRENOCIONES

1. Qué es redactar. Conforme al *Diccionario de la Real Academia*, redactar (del latín *redigere*: compilar, ordenar) es “poner por escrito cosas sucedidas, acordadas o pensadas con anterioridad”. Acordar, a su vez, significa “resolver de común acuerdo”, esto es, llegar a “componer los ánimos de los que estaban opuestos entre sí”, y “conciliar, componer”, o sea “ordenar, concertar”, “formar de varias cosas una, juntándolas y colocándolas con cierto modo y orden”.

Redactar, pues, es escribir. Pero no sólo escribir, sino hacerlo con un propósito, de cierta manera, con cierto contenido, con adecuación a determinada técnica. Precisamente, en el área del De-

ATILIO ANIBAL ALTERINI

recho, “el ejercicio de la abogacía es una actividad técnica”, y “mejor abogado es aquel que maneja con mayor soltura o maestría ciertas reglas técnicas relativas al uso de reglas jurídicas”¹.

2. Qué es contrato. Toda vez que la propuesta es precisar criterios acerca de cómo se redacta un contrato, resulta oportuno delinear su ámbito.

Pero la cuestión no es nada sencilla, pues las distintas concepciones del contrato transitan del ámbito más amplio, que lo identifica con el de cualquier convención jurídica, al más estrecho, que lo confina a la creación de obligaciones; con caracterizaciones intermedias que incluyen en la noción de contrato al acto jurídico bilateral que modifica, transfiere o extingue obligaciones, o al que constituye o transmite derechos reales o intelectuales, o –genéricamente– al que tiene índole patrimonial².

Como se verá (*infra*, Nº 9), este análisis queda centrado básicamente en el acto jurídico bilateral generador de obligaciones, sin perjuicio de que su estructura pueda ser aplicable a cualquier acto jurídico bilateral y patrimonial.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

2. – *COMO REDACTAR*

3. Libertad de formas. “Para los actos bajo firma (forma) privada no hay forma alguna especial. Las partes pueden formarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes” (art. 1020, Cód. Civ.). Se trata de la vigencia del principio de libertad de formas (art. 974).

Esta libertad de formas deriva en varias consecuencias. Entre otras, significa que el contrato puede ser redactado:

- a) En cualquier idioma o dialecto.
- b) Con escritura manuscrita –de las partes o de un tercero–, a máquina, o impresa.
- c) En papel de cualquier clase o tamaño.
- d) Sin expresar el lugar de suscripción, ni la fecha, ni los nombres de las partes, ni su domicilio.
- e) Sin transcribir, ni siquiera relacionar, los documentos habilitantes de quienes actúan por poder.
- f) Con las cantidades expresadas en números o en letras.
- g) Sin salvar interlineaciones, borraduras o enmendaduras –siempre que no afecten a cláusulas esenciales³–, a menos que se trate de contratos mercantiles (art. 211, Cód. Comercio).

ATILIO ANIBAL ALTERINI

A la vez, las partes están autorizadas para introducir solemnidades sobreabundantes como, verbigracia, la presencia de testigos.

Sobre la firma, la fecha, y la pluralidad de ejemplares (v. *infra*, Nros. siges.).

4. La firma. Conforme al artículo 1012 del Código Civil “la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada”.

En cuanto respecta a ella, en la redacción de un contrato es menester tomar en consideración estas particularidades:

a) Si bien, en los términos del citado artículo 1012, “no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos”, el artículo 3633 del Código Civil –extensivo a los contratos– establece que “la firma irregular o incompleta se considerará suficiente cuando la persona estuviese acostumbrada a firmar de esa manera”, o sea, sin “todas las letras alfabéticas que componen su nombre y apellido”. Además, los signos y las iniciales reconocidos voluntariamente tienen la eficacia de la firma (art. 1014, Cód. Civ.).

b) La ubicación de la firma no está reglada, pero es menester que pueda ser referida a cierto

COMO REDACTAR UN CONTRATO

texto (el “cuerpo del instrumento”: art. 1028, Cód. Civ.). Por ello, en principio, debe ser estampada al final del documento, pero cabría hacerlo en su margen si la escritura ocupara todo el papel y no dejara lugar al pie. Asimismo, cuando el contrato insume varias hojas, es de estilo firmar (inicialar) todas ellas –salvo la última– en el margen.

Son inválidas las adiciones ulteriores a la firma, así como las anotaciones hechas al margen o al dorso (doc. art. 1030, Cód. Civ.)⁴.

c) Cuando hay pluralidad de ejemplares, basta con que el que se halla en poder de una de las partes lleve la firma de la otra u otras (art. 1013, Cód. Civ.).

d) La firma puede ser dada en blanco, o sea, con anterioridad a la escritura del contrato (art. 1016, Cód. Civ.). Pero el empleo de un instrumento suscripto en blanco es desaconsejable: el firmante tiene derecho a cuestionarlo arguyendo haber sido víctima de abuso (art. 1017, Cód. Civ.) y, si demuestra la sustracción del documento, la invalidez afecta también al cocontratante de buena fe (art. 1019, Cód. Civ.).

e) Las severas desinteligencias interpretativas⁵ hacen prudente –en materia civil– no usar de la firma a ruego, y no emplear la impresión digital

ATILIO ANIBAL ALTERINI

como substitutiva de la firma. Quien no sabe o no puede firmar está legalmente habilitado para celebrar actos por escritura pública (art. 1001, Cód. Civ.), y mediante ella también es dable el otorgamiento de poder (art. 1873, Cód. Civ.).

La firma a ruego es considerada idónea en materia mercantil (art. 208, inc. 3º, Cód. Comercio) y laboral (art. 59, ley 20.744, t.o. dec. 390/76).

5. La fecha. Los contratos pueden ser celebrados en cualquier día, hábil, feriado o no laborable (art. 1015, Cód. Civ., y ley 21.329).

Por el principio de libertad de formas (*supra*, Nº 3) no es menester que en el contrato conste la fecha de suscripción. Si consta, y aunque el documento sea reconocido, la verdad de esa fecha no es oponible a los terceros ni a los sucesores a título singular (art. 1034).

De allí que sea conveniente asignarle fecha cierta, a cuyo fin hay que tener presente que los enunciados del artículo 1035 del Código Civil han sido ampliados por la jurisprudencia: por ejemplo, en casos de obliteración del sellado fiscal⁶.

6. Pluralidad de ejemplares. Si el contrato es plurilateral (v. *infra*, Nº 31) debe ser redactado “en

COMO REDACTAR UN CONTRATO

tantos originales como partes haya con un interés distinto” (art. 1021, Cód. Civ.); se trata de partes (centros de interés) y no de personas, varias de las cuales pueden integrar una sola parte: verbigracia, si venden cinco condóminos, ellos constituyen una sola parte, la vendedora.

Pero la redacción del contrato en pluralidad de ejemplares no es necesaria: a) cuando todas las partes –no sólo alguna de ellas– depositan el ejemplar único en manos de un tercero, que puede ser un escribano (art. 1025, Cód. Civ.); b) cuando una de las partes, “antes de la redacción del acto, o en el momento de la redacción, llenare completamente las obligaciones que el acto le impusiere” (art. 1022, Cód. Civ.), como –por ejemplo– si al ser suscripto un boleto de compraventa inmobiliaria el comprador paga la totalidad del precio, caso en el cual basta con un único ejemplar para éste. (Queda aparte el supuesto previsto en el art. 1024 del Código Civil, que atañe a actitudes de cumplimiento ulteriores a la celebración del contrato).

La omisión de la pluralidad de ejemplares, en los casos en que la impone la ley, genera una seria dificultad: el instrumento es nulo. Es cierto que, de todos modos, el acto en sí puede resultar válido, pero para ello es menester producir “otras prue-

ATILIO ANIBAL ALTERINI

bas" distintas del contrato redactado (art. 1023, Cód. Civ.) que, como tal, se arruina.

Es, así, particularmente recomendable atender esta exigencia, aunque se trate de un contrato comercial, para soslayar las controversias que existen al respecto en esa área⁷. Y es a todas luces conveniente hacer constar, cuando se redacta el contrato, la cantidad de ejemplares que han sido suscriptos, y tomar asimismo ciertos recaudos en cuanto al impuesto de sellos (v. *infra*, Nº 20).

Cabe advertir que la exigencia legal de un ejemplar extra del contrato en ciertas negociaciones (p. ej. las realizadas con intervención de corredor: art. 103, Cód. Comercio; o de martillero: art. 18, ley 20.266) tiene un sentido distinto del aquí examinado.

7. Modo de expresión. Hemos recorrido el marco jurídico de la forma –en el sentido del “hecho exterior por el cual la voluntad se manifiesta”, art. 913, Cód. Civ.– atinente a la redacción contractual, con el principio de libertad, y sus limitaciones.

Veamos ahora otro aspecto del tema, que atañe al modo idóneo de expresión al redactar el contrato:

COMO REDACTAR UN CONTRATO

“El abogado usa de su oficio, como se dice en las Partidas, con voces y con palabras” y, en materia contractual, “negocia, parlamentando”⁸. Y así como “las palabras de la ley deben ser pesadas como diamantes”⁹, las palabras con las que se redacta un contrato han de ser ponderadas minuciosamente.

Los términos técnicos del lenguaje jurídico deben ser empleados en el sentido en que se pretende usarlos. El Derecho es una ciencia, y “toda ciencia tiene necesidad de un vocabulario para designar brevemente nociones que, sin ello, necesitarían varias frases para ser definidas”¹⁰. Conocemos el significado de los términos jurídicos, pero hemos de ser cuidadosos cuando los empleamos en un contrato: por ejemplo, *caso fortuito* puede significar lo imposible en sentido absoluto, o sólo lo imposible para el contratante en las circunstancias de lo que está obligado conforme al pacto¹¹, de manera que escribir “caso fortuito” puede no significar, en definitiva, nada certero (v. *infra*, Nº 113).

Por lo demás, buena parte de las palabras que son empleadas al redactar un contrato pertenecen al denominado lenguaje natural, que frecuentemente adolece de ambigüedad y de vaguedad¹², porque es imposible que exista un fonema para designar individualmente a cada cosa, o a cada hecho,

ATILIO ANIBAL ALTERINI

como pretendía el personaje del muy famoso cuento de Borges al desconocer las categorías¹³.

El eje de compromiso en la redacción contractual es, de tal modo, la claridad; aconsejaba Quintiliano: "Al escribir proponte, no que alguien te pueda llegar a entender, sino que nadie te pueda dejar de entender"¹⁴. El Derecho no ampara al redactor ambiguo (*infra*, Nº 8-a), y la expresión precisa designa con exactitud la voluntad real de las partes, lo que se quiso convenir, y evita discrepancias ulteriores porque, en principio, los tribunales se atienen a la literalidad del contrato¹⁵. A tal fin es de suma utilidad insertar en él un catálogo de definiciones (*infra*, Nº 58).

La redacción clara puede resultar de textos con estilo correcto o incorrecto; dotados de concisión, de sencillez, de fluidez, de vigor, o carentes de alguna de esas calidades, de varias, o de todas ellas. Va de suyo que son preferibles los primeros¹⁶. Aunque no debe ser perdido de vista que el objetivo primordial es que los textos contractuales sean perfectamente inteligibles¹⁷, y que "la estética jurídica ha de consistir, esencialmente, en una estética funcional", porque "la armonía de una estructura, su grandeza, son deseables pues algo añaden y en-

COMO REDACTAR UN CONTRATO

riquecen, pero tienen carácter subsidiario; así ocurre con todo lo que es ornamento”¹⁸.

3. – *CELEBRACION DE BUENA FE*

8. Aplicaciones. Un compromiso primordial de la redacción contractual es atenerse a la exigencia de buena fe en la celebración (art. 1198, 1a. parte, Cód. Civ., según ley 17.711), es decir, al comportamiento leal y honesto de la gente correcta¹⁹. Tan enérgico es este requerimiento que, aun cuando las partes, o alguna de ellas, hubiera procedido de mala fe al contratar, la interpretación debe ser hecha conforme al parámetro de buena fe²⁰.

He aquí algunos aspectos de esta cuestión:

a) La ambigüedad puede ser un recurso de mala fe, destinado a abrir la posibilidad de discusiones ulteriores. Pero ante ella el sistema jurídico reacciona con distintos mecanismos: privilegia la validez del acto (art. 218, inc. 3º, Cód. Comercio); considera la intención común de las partes antes bien que la literalidad de las palabras (art. 218, inc. 1º, Cód. Comercio); se atiene a los términos claros y precisos que también hayan sido empleados (art. 218, inc. 2º, Cód. Comercio); interpreta en sentido

ATILIO ANIBAL ALTERINI

contrario a los intereses del redactor del contrato²¹; presume la liberación del deudor²².

b) La mentira, o la reticencia, cuando tienen entidad suficiente, son causal de anulación del contrato (arts. 931 y 933, Cód. Civ.).

Tradicionalmente han sido admitidas ciertas mendacidades (*dolus bonus*), como –verbigracia– la exageración de calidades de la mercadería vendida²³. Pero, en la actualidad, se pone el acento en el deber de información veraz, en razón de la especie de contrato de que se trate (p. ej. mandato, sociedad de personas), o de la confianza que genera la calidad de las partes (p. ej. contratación de un profesional con un profano)²⁴; de alguna manera ello viene implicado por el artículo 909 del Código Civil.

c) Frecuentemente las partes exteriorizan sólo un aspecto de su voluntad: el atinente al sector en el cual puede haber desinteligencias con el otro contratante. Tratan de ser claras en eso, pero hay cuestiones que son los presupuestos de su voluntad jurídica²⁵, que constituyen las bases de la celebración del negocio, no obstante lo cual no resultan de la redacción del contrato.

Pongamos por caso, la equivalencia de las prestaciones (*sinalagma funcional*) es la base nego-

COMO REDACTAR UN CONTRATO

cial en un contrato bilateral. Es cierto que la ruptura del sinalagma funcional, conforme a la regla de buena fe, debe permitir al contratante afectado desligarse de los términos del contrato, como lo autoriza la teoría de la imprevisión (art. 1198, 2a. parte, Cód. Civ., según ley 17.711)²⁶. Pero esta teoría abre una ventana pequeña, a través de la exigencia de requisitos de aplicación muy puntuales, lo cual genera el riesgo de que, no obstante haber sido quebrada la esencia de la voluntad negocial, el contrato permanezca en pie.

Es prudente, por ello, que en su redacción sean incluidos los denominados considerandos, para expresar esas circunstancias que han determinado la concertación (*infra*, Nº 57); la correlativa estipulación contractual de que, en caso de que tales bases negociales desaparezcan, el contrato sea rescindible o reajutable, adecua al criterio de buena fe²⁷.

4. - INCUMBENCIA DE ESTE TRABAJO

9. Supuestos comprendidos y excluidos. Está dicho (*supra*, Nº 2) que nos ocupamos especialmente del contrato como generador de obligacio-

ATILIO ANIBAL ALTERINI

nes. No obstante, el análisis no abarca a todos los contratos en ese sentido.

Por lo pronto, aquí se trata de la redacción del contrato, lo cual excluye las relaciones jurídicas celebradas del modo tradicional en las que no se extiende instrumento escrito, así como las que resultan de la nueva realidad negocial: relaciones contractuales de hecho, funcionamiento de máquinas expendedoras, tráfico de ventanillas, etcétera²⁸.

Además es posible agrupar los contratos – en lo que ahora interesa – en tres sectores diversos: uno de ellos pertenece a los denominados contratos de consumo, que vinculan a proveedores profesionales de productos o de servicios con los consumidores, respecto de los cuales han tenido especial desarrollo las teorías de la oferta de contenido pre-dispuesto –muchas veces con inclusión de condiciones generales–, y de la aceptación por adhesión, y que están fuertemente influidos por normas imperativas de orden público económico (v. *infra*, N° 17-b)²⁹.

Este trabajo no concierne a esos contratos de consumo, sino a los emplazados en los otros dos ámbitos, que –en general– vinculan a sujetos en situación de igualdad jurídica: los designados como contratos entre empresas (muchas veces macrocon-

COMO REDACTAR UN CONTRATO

tratos o megacontratos), y los contratos convenidos por no empresarios, entre sí o con empresas.

Los contratos de la primera categoría suelen ser de gran extensión y detallismo, no sólo por las dificultades técnicas que habitualmente encierran, sino por influencia de la práctica anglosajona: en el sistema jurídico anglosajón, en la medida en que no se cuenta con normas legales supletorias, es menester que las partes pormenoricen los términos de su relación obligacional, y prevean los menores detalles. Muchas veces, por su carácter internacional, deben contemplar también lo relativo al Derecho aplicable y al tribunal competente³⁰.

Los del segundo grupo son –diría– los contratos comunes, los de todos los días.

10. El desafío del “*numerus apertus*”. A diferencia de los derechos reales, sujetos a un *numerus clausus* (art. 2502, Cód. Civ.), la autonomía de la voluntad (art. 1197, Cód. Civ.) permite un *numerus apertus* de categorías contractuales.

Esto constituye un desafío para el operador jurídico. Por la energía jurídica del pacto, y con el solo límite de las normas imperativas –y, claro está, de la naturaleza de las cosas–, tiene la posibilidad de satisfacer los intereses que han determi-

ATILIO ANIBAL ALTERINI

nado a las partes a contratar, delineando las obligaciones (con sus créditos y sus deudas, art. 496, Cód. Civ.) mediante las cuales una de ellas procurará a la otra, o ambas se procurarán entre sí, cosas, hechos, o abstenciones (art. 495, Cód. Civ.); o lo hará un tercero; o se otorgará un beneficio a un tercero; etcétera.

11. El contrato atípico. Frente al contrato “químicamente puro”³¹, es frecuente que el proyectado no tenga regulación legal (*contrato atípico puro*), o incluya componentes que pertenecen a una o a otra figura contractual típica o nominada (*atípico mixto*).

De manera que al redactor se le plantea una alternativa que exige una decisión de graves consecuencias: al elaborar un contrato que no encaja en los moldes descriptos por la ley, ¿da por aplicables las normas supletorias existentes en el sistema, o regula pormenorizadamente la relación jurídica de las partes, prescindiendo de la eventual virtualidad de esas normas?

Al tomar esa decisión no puede pasar por alto los desencuentros que existen en el tema en cuanto a las reglas aplicables. Porque es problemático si, para los contratos atípicos puros, corresponde dis-

COMO REDACTAR UN CONTRATO

tinguir entre los que tienen tipicidad social y los que no la tienen, y si para aquéllos hay que atenerse ante todo a los usos; si, para los atípicos mixtos, corresponde privilegiar el elemento principal del contrato, o las normas del tipo más semejante, o la combinación de las correspondientes a los tipos involucrados; si es prioritaria la aplicación de las normas generales de las obligaciones o de los contratos; etcétera³².

No es dudoso que, ante esas desinteligencias, sea de toda prudencia elaborar una regulación detallada de las obligaciones de las partes en los contratos atípicos. De lo contrario, caerá la mayor incertidumbre sobre los alcances de aquéllas, frustrando la certeza pretendida al redactar el contrato.

Tampoco se puede perder de vista que, a veces, se producen las denominadas *uniones de contratos*, como cuando varios son celebrados simultáneamente, o la voluntad negocial única se manifiesta mediante distintos contratos típicos. Pero en estos casos no hay atipicidad en el sentido antes expuesto, no obstante lo cual, si la finalidad perseguida es unitaria, conviene señalarlo expresamente (v. *infra*, N° 56).

ATILIO ANIBAL ALTERINI

12. La excelencia en la redacción. Pues bien. Ya se puede advertir –y se lo verá más nítidamente no bien se avance en la lectura de este trabajo– que la excelencia en la redacción del contrato exige conocimientos jurídicos adecuados. No se trata de sentarse a escribir un texto, cualquier texto, sino de saber lo suficiente sobre la cuestión; de estudiar, con detalle, las circunstancias jurídicas que conciernen a la negociación que pretenden las partes³³.

Ejemplificando. Una de las cuestiones previas a establecer es si el caso está regido por la legislación civil o la comercial. Para ello hay que determinar si se trata de un acto de comercio, en los términos del artículo 8 del Código de Comercio o si, por ser una de las partes comerciante (art. 1, Cód. cit.), se aplica igualmente la legislación mercantil (art. 7, Cód. cit.). Esa subsunción determina, verbigracia, que la seña sea confirmatoria si se trata de un acto de comercio (art. 475, Cód. Comercio), o penitencial si se trata de un acto civil (art. 1202, Cód. Civ.).

Otra hipótesis. Alguien encarga la redacción de un contrato de locación de servicios. Corresponde preguntarse: ¿subsiste esa figura del Código Civil con entidad propia luego de la sanción de la ley 20.744, o está subsumida en las disposiciones estatutarias de esta ley?³⁴. Va de suyo que hay que

COMO REDACTAR UN CONTRATO

adoptar una decisión jurídica sobre el punto debidamente fundada antes de elaborar contrato alguno.

Frente a una transferencia de fondo de comercio, el redactor del contrato no puede confinar su texto a las previsiones de la ley 11.867, puesto que la inciden normas previsionales y fiscales; éstas modifican asimismo el régimen de oposiciones (art. 18, ley 11.683, t.o.).

Y así sucesivamente. No obstante lo cual corresponde tener presente este pensamiento de CARRIO: “La verdad es que para ser buen abogado es necesario conocer Derecho”, aunque “no es suficiente conocerlo”³⁵. Porque la calidad técnica del redactor supone que sea experto en lo jurídico, pero exige además que sepa interpretar qué quiere el contratante, y expresarlo de la manera más precisa que sea posible.

CAPITULO II

EMPLAZAMIENTO LEGAL DEL CONTRATO

13. Importancia de su determinación. La autonomía de la voluntad, en cuanto sustenta la eficacia jurídica de las convenciones, no obsta a la incidencia de normas legales en el contexto de la relación jurídica concertada.

Al celebrar un contrato es de primordial importancia tenerlo en cuenta, porque esas normas legales –según los casos– se imponen sobre lo convenido, o rigen en ciertos aspectos no contemplados en el pacto.

14. Normas imperativas. Es sabido que las normas imperativas predominan por sobre la voluntad de las partes, quienes no pueden soslayar sus preceptos¹.

Tales son, por ejemplo, las disposiciones atinentes al objeto de los actos jurídicos (arts. 953 y 1167, Cód. Civ.), o a las condiciones prohibidas (arts. 530 y 531, Cód. Civ.), etcétera.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

15. Normas supletorias. Las normas supletorias, en cambio, rigen en subsidio de lo convenido, porque sólo proveen “un modelo ofrecido, no impuesto, a los particulares”². Así, verbigracia, por revestir dicho carácter las reglas legales atinentes al lugar de pago (arts. 618, 747, 748, 749, 1212, 1213, 1410, 1411, 1424, 2216, Cód. Civ.; art. 461, Cód. Comercio), los contratantes tienen derecho a apartarse de ellas y establecer que el cumplimiento será realizado en un sitio distinto del fijado por la ley; el límite, claro está, resulta sólo de la naturaleza de las cosas, por lo cual no se podría pactar útilmente que la entrega efectiva de un inmueble fuera realizada en otro lugar que el de su emplazamiento.

Pero hay que considerar cuidadosamente que, a falta de convención en contrario, el contrato está sujeto al cortejo de normas supletorias vigentes al tiempo de su celebración³. Por ello, al celebrarlo, se le trasvasa la totalidad del sistema imperante en ese momento.

16. Normas interpretativas. Usos y costumbres. La convención, como se ha visto, prevalece frente a las normas supletorias, inclusive las posteriores a su celebración.

También se impone a las normas interpretativas⁴ y a los usos y costumbres (art. 17, Cód. Civ.)⁵,

COMO REDACTAR UN CONTRATO

naturalmente, en los aspectos del contrato en los que ha sido prevista por las partes una regulación diversa.

Ejemplificando: si, en una locación de cosas, se quiere que el inmueble sea entregado en buen estado de conservación, es menester establecerlo expresamente, para que no rija la presunción del artículo 1514 del Código Civil (conc. art. 1616) en el sentido de que la cosa sea dada “en el estado en que se halle”. Si se pretende que, en la comisión o el depósito mercantil, el comisionista o el depositario no perciban la comisión “determinada por el uso comercial del lugar” de ejecución (arts. 274 y 573, Cód. Comercio), es preciso convenir su monto. Y así sucesivamente.

17. El orden público. La noción de orden público –cuya definición es, de por sí, harto problemática⁶– plantea cuestiones de interés, que inciden en materia contractual: su relación con la teoría de las normas imperativas, y el actual protagonismo del concepto de orden público económico.

a) Es de principio que las convenciones particulares “no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres” (art. 21, Cód. Civ.). De tal

ATILIO ANIBAL ALTERINI

modo, si el legislador calla respecto del carácter de una norma, ésta debe ser considerada imperativa (v. *supra*, Nº 16) cuando concierne al orden público⁷.

b) Modernamente ha tomado expansión el concepto de *orden público económico* que, a diferencia de la concepción clásica, no tiene solamente la virtualidad de determinar la invalidez de los actos transgresores, sino que suele imponer ciertas conductas, positivas o negativas⁸; esto resulta claro del Proyecto de ley del consumidor, actualmente en trámite legislativo⁹.

Es fácil advertir, pues, que, como se dijo *supra*, Nº 12, el prolijo análisis previo es imprescindible para saber qué código o ley incorporada, o qué estatuto particular, rige la relación jurídica que se quiere celebrar. Porque ello determina qué es imposible pactar, qué es necesario o conveniente convenir, y sobre qué aspectos se puede guardar silencio, sometiéndolos de ese modo a la operatividad general del sistema.

18. Las normas locales y el Derecho de fondo.

Otra cuestión relevante atañe al eventual conflicto entre leyes nacionales y leyes locales.

La solución resulta claramente de los artículos 67, inciso 11, y 104 de la Constitución Nacional: las

COMO REDACTAR UN CONTRATO

áreas de los Derechos Civil y Comercial conciernen a la legislatura federal, y son ajenas a la competencia de las provincias. Pero es frecuente que las Legislaturas provinciales, exorbitando sus atribuciones, incursionen indebidamente en el Derecho de fondo¹⁰.

Quien redacta un contrato en alguna jurisdicción sometida a este tipo de leyes locales debe evaluar cuidadosamente el panorama normativo, y evitar incurrir en errores de apreciación que merecerían la obra.

19. Ley aplicable a las formas. Es menester tomar en consideración que las formas de los actos jurídicos están sujetas al principio *locus regit actum* (arts. 12 y 950, Cód. Civ.). En materia contractual ese principio rige a los contratos entre presentes (art. 1180, Cód. Civ.); en los contratos entre ausentes, el principio de *favor negotii* determina la aplicación de “las leyes que sean más favorables a la validez” del acto (arts. 1181 y 14, inc. 4º, Cód. Civ.), sean las del país del que provino la oferta o la aceptación, o en el cual haya de ser cumplido el contrato.

También deben ser tenidas presente las particularidades resultantes de los artículos 10 y 1211

ATILIO ANIBAL ALTERINI

del Código Civil, para los contratos celebrados en el extranjero con relación a derechos reales sobre inmuebles sitos en la República.

20. Impuesto de sellos. La legislación tributaria tiene carácter imperativo y, por ejemplo, en materia de sellos, establece la solidaridad de los otorgantes del acto y de los representados (arts. 59 a 61, ley 22.364, t.o.); grava –en términos generales– a los contratos escritos que recaen sobre bienes sitos en la Capital Federal o que tienen efectos en esa jurisdicción (arts. 1, 3, 4, 6, 20, ley cit.), por el solo hecho de la instrumentación (art. 7 y sigs., ley cit.); y establece asimismo que las copias deben llevar la constancia del pago de ese impuesto (art. 53, inc. c, ley cit.).

21. Deberes secundarios. Finalmente es preciso advertir que la regla de buena fe impuesta por la ley (*supra*, Nº 8) determina que los deberes contractuales puedan llegar a ser más amplios que los expresamente mencionados¹¹, comprendiéndose de tal modo los deberes secundarios tendientes a la obtención de su finalidad¹². (Ver *infra*, Nº 102).

CAPITULO III

PRESUPUESTOS, ELEMENTOS Y CIRCUNSTANCIAS DEL CONTRATO

22. Relectura del sistema. La enseñanza tradicional enunció diversos elementos componentes del contrato, ubicándolos en tres niveles: elementos *esenciales, naturales y accidentales*¹.

Consideró elementos esenciales a los imprescindibles para la existencia del contrato. Agregó que los elementos esenciales pueden ser generales y particulares: los generales condicionan la existencia del contrato (capacidad, consentimiento, objeto, forma, quizá causa-fin); los esenciales particulares, la de cierta categoría de contrato (p. ej. la cosa y el precio en la compraventa).

Estimó que los elementos naturales, a su vez, son los que existen en el contrato por ministerio de la ley supletoria, pero que las partes pueden dejar

ATILIO ANIBAL ALTERINI

de lado (v. gr. la garantía por vicios redhibitorios en los contratos a título oneroso).

Y que, por fin, elementos accidentales son los que normalmente no aparecen en el contrato, pero que pueden ser introducidos por las partes (p. ej. las modalidades: condición, plazo, cargo).

Modernamente han sido propuestas otras nociones de reemplazo: las de *presupuestos, elementos y circunstancias* del contrato².

23. Presupuestos del contrato. Se considera tales los requisitos anteriores y extrínsecos al contrato, que tienen independencia con la celebración de un acto dado: la capacidad del sujeto, su legitimación, la idoneidad del objeto.

Es claro, por ejemplo, que un sujeto es capaz sin que esa aptitud de obrar deba estar referida a la realización de cierto acto. Es capaz, o no lo es, antes de celebrar determinado contrato, sin perjuicio de que, para llevarlo a cabo, deba estar dotado de la capacidad necesaria. Asimismo, la capacidad del contratante resulta ajena al contrato en sí, porque se predica de aquél, y no de éste.

Para que el contrato a redactar sea válido y eficaz es menester que se configuren tales presupuestos, en los sujetos, y en el objeto.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

24. Elementos del contrato. Se entiende por elementos del contrato a sus cláusulas, de manera que son intrínsecos, en cuanto lo constituyen como tal.

Los elementos (*cláusulas*) pueden ser esenciales, naturales y accidentales:

Las cláusulas *esenciales* determinan que el acto sea un contrato (p. ej. porque tenga contenido patrimonial), o que constituya cierta categoría de contrato (p. ej. las cláusulas que se refieren a la cosa y al precio, esenciales en la compraventa)³.

Las cláusulas *naturales* están implícitas en virtud de normas legales supletorias y, por lo tanto, las partes pueden prescindir de ellas (v. *supra*, N° 15).

Las cláusulas *accidentales* son introducidas a su arbitrio por los contratantes.

25. Circunstancias del contrato. Contraprestación no dineraria pendiente. Son concomitantes o ulteriores, y extrínsecas al contrato. Es el caso de las circunstancias económicas, que tienen aptitud para determinar un criterio de interpretación⁴, o la invocabilidad de la teoría de la imprevisión (art. 1198, 2a. parte, Cód. Civ.).

26. Importancia de la cuestión. Al redactar un contrato es preciso analizar, antes que todo, si se

ATILIO ANIBAL ALTERINI

dan los presupuestos de su celebración, en el sujeto, en el objeto, y en la relación entre ambos.

Dados los presupuestos generales del contrato, hay que atender a las cláusulas generales esenciales que lo configuran como tal, y a las cláusulas esenciales especiales que definen la figura elegida.

Luego, se está en situación de decidir si se mantienen, o no, las cláusulas naturales provistas por la norma legal supletoria; y de convenir –y redactar– las cláusulas accidentales que lo integran, en uso de la autonomía de la voluntad (art. 1197, Cód. Civ.).

Pero esta facultad no es absoluta, pues tiene cortapisas en las normas generales atinentes al orden público y a la moral y buenas costumbres (art. 21, Cód. Civ.), y en otras particulares que, verbigracia, protegen a la persona y su libertad (art. 15, Const. Nacional; art. 531, Cód. Civ.; art. 240, ley 20.744, t.o. dec. 390/76), imponen ciertas formas solemnes absolutas (arts. 916, 1810, 2071, Cód. Civ.), prohíben algunas cláusulas (inalienabilidad: art. 1364, Cód. Civ.); etcétera⁵.

CAPITULO IV

ESPECIES DE CONTRATOS

27. Importancia de su determinación. Los contratos son clasificados de acuerdo con diversos criterios, algunos de los cuales vienen provistos por la propia ley.

Esa clasificación es asumida aquí únicamente en la medida en que incide en cuestiones que deben ser tenidas en cuenta al encarar la tarea de redacción.

28. Típicos y atípicos. Remisión. La cuestión ha sido expuesta *supra*, Nº 11.

29. Formales solemnes: absolutos y relativos. Ciertos contratos (*solemnes absolutos*) están sujetos a una forma predeterminada e insoslayable (arts. 973, 1182, Cód. Civ.; art. 210, Cód. Comercio): la donación de inmuebles y de prestaciones periódicas

ATILIO ANIBAL ALTERINI

o vitalicias (art. 1810, Cód. Civ., según ley 17.711), y la constitución de renta vitalicia (art. 2071, Cód. Civ.), deben ser celebradas por escritura pública; la sociedad comercial regular exige forma escrita (art. 4, ley 19.550); etcétera.

En otros contratos (*solemnes relativos*), no obstante que el acto bajo forma privada es obligatorio, resulta menester el otorgamiento ulterior de la escritura pública (arts. 1185 y 1187, Cód. Civ.). Es el caso del denominado boleto de compraventa inmobiliaria (v. *infra*, N° 51).

30. Reales. Los contratos reales sólo “quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa sobre que versare el contrato” (art. 1141, Cód. Civ.), vale decir, no es suficiente el solo consentimiento (comp. art. 1140, Cód. Civ.) expresado al suscribir el contrato¹.

Pertenecen a esta categoría los contratos de mutuo, comodato, constitución de prenda y de anticresis (art. 1142, Cód. Civ.), y oneroso de renta vitalicia (art. 2071, Cód. Civ.).

31. Bilaterales. Los contratos bilaterales, en los que “las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra” (art. 1138, Cód. Civ.), están su-

COMO REDACTAR UN CONTRATO

jeto al requisito de pluralidad de ejemplares (*supra*, N° 6).

A fin de adoptar las pertinentes decisiones en cuanto al texto a redactar, también es menester advertir que en ellos rigen el pacto comisorio tácito (art. 1204, Cód. Civ., según ley 17.711), y las teorías de la imprevisión (art. 1198, 2a. parte, Cód. Civ., según ley 17.711) y de la mora recíproca (art. 510, Cód. Civ.), y que asimismo es aplicable el artículo 895 del Código Civil respecto de las restituciones en caso de imposibilidad de pago.

Hay también contratos plurilaterales – más de dos partes con intereses distintos –, que también están sujetos a esos criterios.

32. Onerosos y gratuitos. Conmutativos y aleatorios. El sistema jurídico concede mayor virtualidad a los contratos a título oneroso (“cuando las ventajas que procuran a una de las partes no le es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle” a la otra, art. 1139, Cód. Civ.) que a los celebrados a título gratuito.

Se debe tener presente que en los contratos onerosos son cláusulas naturales las de garantías por evicción y por vicios redhibitorios (arts. 2089 y

ATILIO ANIBAL ALTERINI

2165, Cód. Civ.); que, con relación a ellos, la acción revocatoria civil está sujeta a requisitos especiales (*consciuis* y *concilium fraudis*: art. 968, Cód. Civ.), y la ineficacia concursal exige la acreditación de la mala fe consistente en el conocimiento de la cesación de pagos (arts. 122, inc. 1º, y 123, ley 19.551); que, en materia de inmuebles, en principio no procede la acción reivindicatoria contra el adquirente (arts. 1051, 2777, 2778, Cód. Civ.), y es válida la adquisición hecha de un heredero aparente (art. 3430, Cód. Civ.), con tal de que exista buena fe.

Los contratos onerosos pueden ser conmutativos o aleatorios. En los primeros –vale decir, en los que las ventajas o pérdidas no dependen de un acontecimiento incierto o álea (doc. art. 2051, Cód. Civ.)–, rige la doctrina de la imprevisión que, en los segundos, sólo es invocable cuando la excesiva onerosidad sobreviniente resulta extraña al álea propia del contrato (art. 1198, 2a. parte, Código Civil, según ley 17.711).

33. De disposición y de administración. Conforme a la difundida enseñanza de Orgaz, “acto de administración es aquel que, importando o no una enajenación, además de conservar los capitales, tiene por fin hacerles producir los beneficios que

COMO REDACTAR UN CONTRATO

normalmente pueden ellos suministrar al propietario, de acuerdo con su naturaleza o destino"; y "acto de disposición es aquel que, importando o no una enajenación, altera o modifica sustancialmente los elementos que forman el capital, o bien compromete su porvenir por largo tiempo"².

Desde que, tanto el acto de administración como el de disposición pueden consistir en enajenaciones, es menester un análisis más profundo de su significación en el caso, para enrolarlo en una o en otra categoría. Ese estudio se justifica, porque atañe a la capacidad y a la legitimación de los sujetos del contrato (*infra*, N^o 71 y sigs.), aparte de que los actos de administración gozan de una estabilidad mayor (v., p. ej., art. 2670, Cód. Civ., para el caso de revocación del dominio inmobiliario).

34. El tiempo: ejecución diferida y ejecución permanente. En algunos contratos el tiempo actúa como distancia; en otros, como *duración*³. Lo primero ocurre en los contratos de ejecución diferida, esto es, postergada en el tiempo, sea por un plazo inicial, sea por una condición suspensiva. Lo segundo, en los de ejecución permanente (o de duración), en los cuales la prestación perdura, de manera continuada o periódica.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

Tanto en una como en otra categoría es aplicable la doctrina de la imprevisión (art. 1198, 2a. parte, Cód. Civ., según ley 17.711). Por lo contrario, ella queda descartada en los contratos de ejecución inmediata y en los de ejecución instantánea o única; tal es el caso de una venta al contado, en la cual la cosa y el precio son entregados al celebrar el acto.

35. Causados y abstractos. La teoría de la causa plantea severos interrogantes, no sólo en cuanto a su virtualidad, sino también respecto del alcance que corresponde asignarle (fuente, fin, objeto)⁴. A nuestro juicio, el sistema del Código Civil presume la existencia de finalidad en el contrato (art. 500), su licitud (art. 502), y la verdad que ha sido expresada (art. 501). El contrato es nulo cuando falta la finalidad (doc. arts. 944 y 1045), o ella es errónea (art. 926), o ilícita (art. 502), o contraria a la moral y las buenas costumbres (doc. arts. 21, 953, 1167 y conc.)⁵.

Por lo tanto, y no obstante la existencia de esas presunciones, es conveniente expresar la finalidad de las partes, como uno de los considerandos del contrato (v. *infra*, Nº 56).

COMO REDACTAR UN CONTRATO

La cuestión es distinta si se trata de actos abstractos –que también existen en ámbito civil–, porque en ellos la causa-fin no juega ningún papel cuando el acreedor reclama el cumplimiento, sin perjuicio de que pueda tener relevancia con ulterioridad a los fines de la repetición. Es el caso de la fianza, en el cual resulta irrelevante la finalidad del fiador al haberse obligado por el deudor principal (doc. arts. 2021, 2023, 2025 y sigs., Cód. Civ.)⁶.

36. La accesoriedad. El artículo 525 del Código Civil consagra la regla según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Pero ella admite excepciones, que deben ser tenidas presentes al redactar el contrato. Por ejemplo: la cláusula penal que accede a una obligación natural es exigible (arts. 518 y 666, Cód. Civ.); la fianza constriñe al fiador aunque la obligación principal sea nula por razón de una incapacidad relativa al deudor (art. 1994, Cód. Civ); el cargo imposible, ilícito, o inmoral, invalida la obligación en la que fue impuesto (art. 564, Cód. Civ.); la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación está regida por la naturaleza de la prestación que se cumple, sea la principal, sea la accesorio (arts. 661 y 662, Cód. Civ.); etcétera.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

37. El “intuitus personae”. Ciertos contratos son *intuitus personae*, sea por la infungibilidad de la prestación de hacer (art. 626, Cód. Civ.), sea porque ello resulta de la ley o de lo convenido (doc. art. 1195, Cód. Civ.).

Así, verbigracia, debe ser tomado en consideración que el pacto de preferencia en la compraventa no puede ser cedido, ni pasa a los herederos del vendedor (art. 1396, Cód. Civ.); que el mandato concluye con la muerte del mandante o del mandatario (art. 1963, inc. 3º, Cód. Civ.); que en una locación de obra en la cual el *opus* exige “cualidades especiales” en el empresario, éste no puede pretender que otro lo sustituya en la ejecución del contrato (art. 730, Cód. Civ.), ni sus sucesores universales tienen derecho a continuar la obra (arts. 1640 y 1641, Cód. Civ.); etcétera.

La transmisión por acto entre vivos puede ser prohibida expresamente (art. 1444, Cód. Civ.).

CAPITULO V

LA FORMACION CONTINUADA DEL CONTRATO

38. El consentimiento. El contrato supone el consentimiento (arts. 1137 y 1144, Cód. Civ.) y, por lo tanto, exige la conjunción “unánime” de la voluntad de dos o más partes, sin que baste para configurarlo “la voluntad de una sola persona” (art. 946, Cód. Civ.).

Pero, obviamente, no siempre se llega al consentimiento en un solo acto. Si bien en ciertos casos su formación es instantánea, en otros es continuada, porque deriva de avances que se llevan a cabo paso a paso, hasta culminar en el acuerdo definitivo. Esta formación continuada del contrato –que tiene gran vigencia en el mundo negocial moderno– presenta matices muy sutiles, de difícil precisión, y de eficacia jurídica controvertida, que exigen un análisis profundo y cauteloso de cada situa-

ATILIO ANIBAL ALTERINI

ción. Un aspecto básico atañe a determinar cuándo, o en qué cuestiones, se ha llegado a un punto sin retorno, por lo cual existe obligación contractual de la que no es dable desligarse unilateralmente.

Nos proponemos destacar algunos perfiles del tema, naturalmente en cuanto atañen al objeto de este trabajo.

39. Tratativas preliminares. La negociación es continuada, por ejemplo, cuando se inicia con las tratativas preliminares, esto es, las que por sí solas no tienen idoneidad para formar un contrato pero, sin embargo, son realizadas para llevarlo a cabo¹.

Las virtualidades de estas tratativas son problemáticas, tanto por razones fácticas como jurídicas, por lo cual es a todas luces conveniente que, con anterioridad a su desarrollo, se redacten instrumentos en los cuales se establezca con claridad el procedimiento de negociación, la medida en que las tratativas obligan, la eficacia que será asignada a los documentos precontractuales para interpretar el contrato definitivo, etcétera. Porque es frecuente que –interviniendo en ellas técnicos no jurídicos– produzcan actos tendientes a no obligarse pero, correlativamente, a obligar lo más posible a la otra parte². (Ver también *infra*, Nº 43 y sigs.).

COMO REDACTAR UN CONTRATO

40. La oferta. En cuanto a la oferta, importa recordar:

a) Que debe tener como finalidad la formación de un contrato. Por consiguiente, en razón de carecer de esa *intentio juris*, no es vinculante la he-cha *sin compromiso*, o la *sujeta a confirmación*³.

b) Que debe ser completa y autosuficiente (art. 1148, Cód. Civ.). No obstante, en ciertas oca-siones la ley provee componentes faltantes; por ejemplo, en la compraventa sin determinación del precio, cuando la cosa ha sido entregada al compra-dor, rige el corriente en el lugar de entrega de ella (arts. 1354, Cód. Civ., y 458, Cód. Comercio).

c) Que, conforme al artículo 1150 del Código Civil, la oferta puede ser simple, a término, o irre-vocable⁴.

d) Que el oferente tiene derecho a establecer que la aceptación deba ser expresada mediante de-terminada forma. Una aceptación que no reviste esa forma prevista es irrelevante (doc. arts. 975 y 1182, Cód. Civ.)⁵.

e) Que, entre *ausentes*, rige el sistema de la expedición (art. 1154, Cód. Civ.; arts. 213 y 215, Cód. Comercio) en cuanto al momento de perfec-cionamiento del contrato – que a partir de entonces no es afectado por la muerte o la incapacidad del

ATILIO ANIBAL ALTERINI

aceptante, ni por la retractación del oferente, arts. 1149 y 1150, Cód. Civ. – , con ciertas concesiones al sistema de la información (arts. 1149 y 1155, Cód. Civ.).

41. La invitación a ofertar. Se sabe que, en cambio, la invitación a ofertar no es vinculante, porque no consiste en una propuesta contractual sino en la solicitud dirigida a una persona, o a varias, para que se constituyan en oferentes.

42. La promesa unilateral. Conforme a los artículos 1148 del Código Civil, y 454 del Código de Comercio, la oferta debe ser hecha a un destinatario determinado.

Sin embargo, la promesa unilateral –distinta de la oferta, o mera propuesta–, sería vinculante aunque fuera dirigida al público: “quien promete algo se obliga desde ya, por el mero hecho de su promesa, y con independencia de la aceptación de cualquier interesado, tan pronto como la hace pública”⁶.

43. El acuerdo de principio. Ciertas negociaciones llegan a un punto en el cual, a pesar de no haberse consumado el consentimiento formativo

COMO REDACTAR UN CONTRATO

del contrato, se redacta un acuerdo en el que se conviene llevar adelante la negociación. Se trata del denominado acuerdo de principio, minuta, borrador, *punktation*, o puntualización.

En la medida en que genera la obligación de seguir negociando, de buena fe⁷, enrola en la categoría de las tratativas preliminares (v. *supra*, Nº 39); es el caso de la *carta de intención*, cuando se limita a ese propósito.

44. Los acuerdos parciales. A veces se va más allá, acordándose sobre aspectos parciales del contrato, y dejando a otros pendientes de negociación.

La solución es diversa según cuáles sean los aspectos acordados. En líneas generales es menester tener presente que:

a) Si fueron convenidos los elementos esenciales del contrato (v. *supra*, Nº 24), es factible que se lo tenga por integrado con normas supletorias (v. gr. ajuste del precio en la locación de obra, art. 1627, Cód. Civ.) o con lo que es usual en el tráfico (arg. arts. 17, Cód. Civ., y 219, Cód. Comercio). Se trata de evitar que una parte, rehusando el consentimiento sobre un punto secundario, se desligue unilateralmente de un acuerdo que ha dejado de interesarle⁸.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

b) Si, por lo contrario, solamente han sido concertados aspectos secundarios o accidentales, el acuerdo parcial no tiene efecto vinculante.

Pero estos lineamientos dependen, fundamentalmente, de las circunstancias del caso. Lo relevante es la interpretación de la voluntad de las partes, de manera que –por ejemplo– no cabría la integración de un contrato en un aspecto determinado, si ha sido previsto que ese aspecto sería objeto de un acuerdo especial.

45. El boleto provisional. En el caso del denominado boleto provisional son determinantes las circunstancias particulares de cada caso⁹, por lo cual el redactor debe ser particularmente preciso para fijar exactamente los alcances asignados a la relación jurídica enrolada con ese equívoco calificativo.

A tal fin no debe pasar por alto que esta figura da lugar a las mayores incertidumbres, puesto que se discute si confiere derecho a reclamar directamente la escrituración; si, por lo contrario, únicamente se trata de un proyecto de contrato; etcétera.

46. El contrato marco. El contrato marco establece bases negociales, y contiene las principa-

COMO REDACTAR UN CONTRATO

les reglas a las que serán sometidos los futuros contratos de ejecución, cuyas modalidades de detalle son ajenas a la incumbencia de aquél.

Estos contratos de ejecución forman un todo indivisible con el contrato marco, que define la finalidad global de las partes¹⁰.

47. El contrato preliminar. Sabemos que es un contrato que obliga a celebrar otro ulterior, y que se reconocen estas especies:

a) *Promesa de contrato.* Mediante un contrato preliminar las partes contraen una obligación de hacer, consistente en desarrollar, en otro contrato definitivo, las bases negociales establecidas en aquél.

La promesa de contrato es ineficaz con relación a contratos solemnes absolutos y a contratos reales (v. *supra*, Nros. 29 y 30).

b) *Contrato de opción.* Se trata de un contrato definitivo que, sin embargo, tiene carácter preliminar respecto de la celebración de otro contrato. Es el caso de los pactos de reventa y de retroventa que –respectivamente– obligan al comprador a revender, y al vendedor a recomprar (arts. 1366 y 1367, Cód. Civ.).

ATILIO ANIBAL ALTERINI

El beneficiario de la opción tiene derecho, obviamente, a exigir la celebración del contrato ulterior.

48. El contrato de prelación. Mediante el contrato de prelación una parte otorga preferencia a la otra para la hipótesis de que resuelva celebrar un nuevo contrato. Por ejemplo, en la situación prevista en el artículo 1368 del Código Civil, “en caso de querer el comprador” vender la cosa, el vendedor tiene derecho para “recuperar la cosa vendida”, con preferencia a cualquier otro.

49. El contrato preparatorio. El contrato preparatorio no obliga a celebrar futuros contratos, pero suministra la plantilla a la que éstos serán sometidos en caso de decidir concertarlos.

Este sector abarca al denominado *contrato de líneas rectoras*, cuya conclusión resulta de simples hechos de ejecución¹¹. Asimismo, a los designados como contratos uniformes o tipo –propios del Derecho del consumo–, y a los contratos normativos –como el contrato colectivo de trabajo–, que son ajenos a la incumbencia de este análisis (*supra*, Nº 9).

COMO REDACTAR UN CONTRATO

50. El contrato “ad referendum”. En el contrato *ad referendum* el consentimiento es dado bajo la *conditio juris* de producirse un hecho externo que lo haga eficaz: por ejemplo, la autorización judicial, cuando es necesaria.

La estructura del acto responde, en general, a la del sometido a condición.

51. Otorgamiento de la forma pendiente. Por fin, es menester detenerse en los casos en que la redacción del contrato en instrumento privado no es suficiente para otorgarle los efectos vinculantes pretendidos.

Corresponde distinguir estas situaciones:

a) *Forma impuesta por las partes.* Conforme al artículo 1186 del Código Civil las partes tienen derecho a establecer que “el contrato no valdría sin la escritura pública”. El instrumento privado resulta, de tal modo, un simple proyecto, y no alcanza siquiera el nivel de un precontrato¹².

b) *Forma impuesta por la ley.* Cuando la ley asigna a un contrato el carácter de formal solemne absoluto, el instrumento privado carece de toda eficacia (v. *supra*, Nº 29).

En otros casos –contratos solemnes relativos– rige la teoría de la conversión del negocio ju-

ATILIO ANIBAL ALTERINI

rídico (art. 1185, Cód. Civ.), en virtud de la cual el contrato celebrado por instrumento privado da derecho para exigir el otorgamiento de la escritura pública¹³, como obligación de hacer (art. 1187, Cód. Civ.). El contrato redactado bajo forma privada es título para requerir la suscripción de dicha escritura pública en los supuestos previstos por el artículo 1184 del Código Civil, con excepción –claro está, y según se ha visto– de aquellos en los cuales las partes han impuesto determinada forma, o la ley exige la escritura pública como forma solemne absoluta.

CAPITULO VI

COMPONENTES INTEGRATIVOS DEL CONTRATO ESCRITO

52. Consideración previa. El principio de libertad de formas (*supra*, Nº 3) hace posible redactar el contrato de cualquier manera. Las exigencias técnicas (*supra*, Nº 12), en cambio, aconsejan hacerlo conforme a criterios racionales.

La decisión del redactor acerca del modo en que organizará el texto depende, naturalmente, de las particulares circunstancias de cada contrato.

Pero, como regla general, es menester distinguir el cuerpo de los anexos:

El *cuerpo* contiene las estipulaciones de las partes y, sustancialmente, versa sobre el aspecto jurídico de la negociación. Es divisible en: a) el encabezamiento, b) los considerandos, c) el articulado, y d) el cierre.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

Los *anexos* incluyen de ordinario especificaciones técnicas.

1. EL ENCABEZAMIENTO

53. Contenido. En el encabezamiento son presentados los sujetos del contrato.

Las menciones que comúnmente se incluyen en él son:

a) *Los nombres de las partes contratantes.* Esto es, el nombre y el apellido de las personas físicas (art. 79, Cód. Civ.), y la denominación o designación de las personas jurídicas (art. 20, inc. a-3, ley 19.550; art. 3, inc. b, ley 19.836; art. 10, ley 22.315).

b) *Los documentos de identidad.* La indicación del documento de identidad es un recaudo útil para tener certeza acerca de quién ha comparecido.

Conforme a la ley 17.671 el documento nacional de identidad es idóneo para “probar la identidad de las personas” (art. 13), sin perjuicio de la libreta de enrolamiento y de la libreta cívica para los mayores de dieciocho años (art. 57).

c) *Los domicilios.* Se trata del domicilio real de las personas físicas (art. 89, Cód. Civ.), y del le-

COMO REDACTAR UN CONTRATO

gal de las personas jurídicas (art. 90, inc. 3º, Cód. Civ.). Su mención contribuye a la individualización de los otorgantes y, asimismo, concierne a la ley aplicable a la capacidad (arts. 6 y 7, Cód. Civ.) y a las cosas muebles sin situación permanente sobre las cuales se contrata (art. 11, Cód. Civ.).

d) *Las representaciones.* Los otorgantes pueden actuar por su derecho o en representación de la parte contratante, vale decir, aquella que es titular de la correspondiente prerrogativa jurídica¹. En este último caso corresponde hacer constar la representación que es ejercida y, para mejor individualización, referir el documento habilitante. Por ejemplo, “Mengano de Tal, en representación de Zutano, según poder otorgado ...”, etcétera. Ver *infra*, N° 69.

e) *La designación futura de las partes.* Por razones prácticas, para evitar la repetición de los nombres de las partes, es de estilo emplear un sustantivo que las designa en el resto del contrato. Por ejemplo, “Fulano de Tal, en adelante denominado ‘el comprador’ ”.

54. Quid de la denominación del contrato. Frecuentemente el encabezamiento contiene una

ATILIO ANIBAL ALTERINI

frase en la cual se expresa que “las partes celebran este contrato de ...”, indicando entonces el tipo contractual elegido.

La utilidad de esta mención es limitada. El Derecho vigente no exige “la designación del contrato” (nota al art. 1629, Cód. Civ.), y la que le es atribuida por las partes, por sí sola, resulta irrelevante².

Ello no obsta a que –según se ha visto *supra*, Nº 15– la elección de un tipo contractual determine la aplicación de las normas supletorias que lo rigen.

2. LOS CONSIDERANDOS

55. Utilidad. En la *praxis* local es infrecuente que las partes redacten considerandos, que están destinados a consignar los antecedentes relativos al contrato.

Sin embargo su inclusión resulta útil para establecer la finalidad perseguida, así como ciertos presupuestos o bases negociales declarados por ellas.

56. La finalidad. Los tribunales asignan relevancia a la voluntad real de los contratantes³, a

COMO REDACTAR UN CONTRATO

cuyo fin consideran significativas su intención y su finalidad⁴.

De ello se sigue la conveniencia de expresar cuáles son las finalidades prácticas efectivamente perseguidas por las partes al celebrar el contrato. Verbigracia, que el locatario de obra pretende la construcción de un molino harinero de tales o cuales características, a fin de incorporar la producción al circuito de elaboración de fideos al que se dedica su empresa.

En trance de inejecución, cabe señalarlo, esta finalidad define a las consecuencias inmediatas y necesarias de las cuales responde el incumplidor, en los términos del artículo 520 del Código Civil⁵.

57. Las bases de la voluntad negocial. El contratante no brinda su consentimiento en el vacío, desinteresado de las circunstancias que rodean a la convención. Estas constituyen base del negocio jurídico (v. *supra*, Nº 8-c), y su modificación o desaparición tiene aptitud –inclusive– para obtener la resolución del contrato⁶.

El contrato, o su ecuación económica, pueden quedar desbaratados por diversos acontecimientos ulteriores a su celebración, sean de índole económica, tecnológica o política. Basta pensar, por

ATILIO ANIBAL ALTERINI

ejemplo, en los casos en que, durante la ejecución del contrato, la tecnología determina nuevas preferencias de los consumidores, o la aparición de productos de alternativa fabricables a menor costo; una coyuntura provoca el incremento desmesurado del costo de ciertos insumos; etcétera.

Conviene, en consecuencia, incluir en los considerandos declaraciones que demuestren las circunstancias determinantes de la celebración del contrato. (Sobre las circunstancias de éste, v. *supra*, Nº 25).

A) *Declaraciones sobre la existencia de ciertas circunstancias atinentes a alguna de las partes.* En muchos casos una de las partes no está en condiciones para comprobar ciertas circunstancias afirmadas por la otra en las tratativas, no obstante que ellas determinaron su decisión de celebrar el contrato. Así, por ejemplo, una parte puede haber manifestado que contaba con cierta situación económico-financiera, o que le fueron otorgados autorizaciones o permisos de terceros, necesarios para la contratación.

Estas declaraciones suelen tener incidencia en la caracterización de la mala fe del incumplidor.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

B) *Pactos sobre el mantenimiento de ciertas situaciones.* Por lo demás, el mantenimiento de ciertas situaciones puede ser esencial para la celebración del contrato, sobre todo si éste es de duración.

Es el caso, verbigracia, del contratante que se compromete a la subsistencia de cierta relación entre su activo y su pasivo patrimonial, o a no gravar bienes integrantes del activo.

3. OTRAS MANIFESTACIONES

58. Las definiciones. Una redacción precisa suele ser auxiliada por un catálogo de definiciones, en el cual las partes expresan qué sentido concreto habrá de ser asignado a las palabras que son empleadas en el contrato.

Las definiciones resultan de máxima utilidad cuando son utilizados términos técnicos: por ejemplo, "*Onda portadora*: onda que soporta las señales que constituyen la información".

Según los casos, integran el articulado como primera cláusula, o son incluidas en un anexo especial.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

59. El redactor. El asesoramiento. Sabemos que la interpretación del contrato se hace en sentido adverso a quien lo redactó (*supra*, Nº 8-a). Importa, pues, hacer constar expresamente la medida en que han intervenido cada una de las partes en la confección del contrato, o la de todas ellas cuando tal ha sucedido.

Por lo demás, la interpretación se adecua a las calidades de las partes, por ejemplo, si éstos son hombres de negocios⁷, o letrados⁸. De allí que, si alguna de las partes, o todas ellas, contaron con asesoramiento letrado, técnico, etcétera, es conveniente manifestarlo en la redacción del contrato.

4. EL ARTICULADO

60. Remisión. La cuestión será examinada con detalle en el capítulo X, Nº 96 y siguientes, a donde, en lo pertinente, remitimos al lector.

5. EL CIERRE

61. Contenido. En el cierre del contrato es de estilo incluir estas estipulaciones:

COMO REDACTAR UN CONTRATO

a) *La constitución de domicilio.* Puede ser el mismo indicado para las partes en el encabezamiento, u otro distinto. Ver *infra*, Nº 124.

b) *El número de ejemplares.* Sobre esto, ver *supra*, Nº 6.

c) *El lugar de celebración.* Ese lugar determina, según se ha visto *supra*, Nros. 19 y 20, la ley aplicable a las formas del contrato, y el régimen tributario de sellos.

d) *La fecha.* Sobre esto, ver *supra*, Nº 5.

e) *Las salvaduras.* En caso de testadura o enmienda, corresponde hacer constar qué palabras o expresiones han sido testadas, y cuáles han sido enmendadas. Ver *supra*, Nº 3-g.

6. ANEXOS. OTROS ELEMENTOS

62. Contenido de los anexos. Para que el cuerpo del contrato quede sustancialmente referido a los aspectos negociales de índole jurídica, y para que su redacción no pierda hilación y armonía, las cuestiones técnicas concernientes deben ser desarrolladas en anexos. Por ejemplo, en una locación de obra, cabe incluir anexos que contengan el detalle de construcción y la documentación respectiva,

ATILIO ANIBAL ALTERINI

el cronograma de obra, el mecanismo para la determinación del precio y su devengamiento, etcétera.

Los anexos integran el contrato siempre que ambas partes estén contestes en su existencia, y tengan conciencia de su contenido⁹, por lo cual es menester que los suscriban.

Las definiciones, como se ha visto (*supra*, Nº 58), también suelen estar contenidas en un anexo especial.

63. Las normas técnicas de referencia. Ciertas actividades están sujetas a determinadas normas técnicas generalmente aceptadas como, verbigracia, las emanadas de cámaras empresarias.

Cuando ambos contratantes se desenvuelven en el ramo de la actividad regido por esas normas, y el convenio se remite expresamente a ellas, su aplicabilidad no resulta dudosa.

Pero la cuestión es problemática cuando no han sido mencionadas, o cuando se las invoca en el contrato de un profesional con un profano¹⁰. Entre profesionales, en cambio, es dable entender que dichas normas técnicas actúan en paralelo con los usos jurídicos, en cuanto denotan una voluntad presunta de atenerse a prácticas comúnmente seguidas en otros negocios semejantes¹¹.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

En todo caso, al redactar el contrato, y a fin de prevenir dificultades, es menester convenir expresamente la aplicabilidad de dichas normas técnicas y, cuando el cocontratante no es profesional vinculado al ramo, procurar que tenga la necesaria cognoscibilidad de sus alcances.

64. Los documentos publicitarios. Los documentos publicitarios, conforme al criterio actualmente dominante, integran el plexo obligatorio contractual, con carácter de oferta permanente¹²; y tienen esa virtualidad aunque la aceptación no haya sido dada por adhesión¹³.

Nuestra jurisprudencia resuelve que integran la oferta elementos como la fotografía, el folleto, y el pliego de especificaciones, suministrados por una de las partes¹⁴, y toma en cuenta a la propaganda previa como factor generador de confianza determinante de la contratación¹⁵.

Va de suyo que es preciso tener presente esas directivas al tiempo de redactar el contrato y, si se quiere que la propaganda previa no sea jurídicamente vinculante, establecer expresamente que ella carece de virtualidad.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

6. ADICIONALES, AGREGADOS, ACLARACIONES

65. Criterio de aplicación. Es frecuente que, en los contratos de negociación complicada, una vez terminada la redacción todavía haya que formular adiciones de cláusulas, o agregados a las que ya fueron escritas, para precisar los alcances de la voluntad de las partes. En tal situación se incluyen cláusulas adicionales (p. ej., “Cláusula adicional Nº ...”), o se realizan agregados (p. ej., “Agregado a la cláusula ...”).

También suele suceder que las partes quieran aclarar el sentido de la redacción de alguna cláusula, que no les resulta transparente. Para ello, en la práctica se emplea la fórmula “Aclaración a la cláusula ...”.

7. DOCUMENTOS POSTCONTRACTUALES

66. Virtualidad. Las partes, claro está, tienen derecho a revisar de común acuerdo lo pactado, o a completar ulteriormente sus disposiciones, como –por ejemplo– en el caso de la cláusula *precio a fijar* en la venta de mercadería¹⁶. Con relación al

COMO REDACTAR UN CONTRATO

convenio anterior, la redacción del nuevo acuerdo resulta postcontractual.

Desde otro punto de vista, en virtud del contrato ciertos documentos unilaterales de alguna de las partes pueden tener eficacia. Es el caso de la *carta de confirmación*, cuando se ha previsto que el contrato sólo será eficaz una vez que ella sea dirigida a la otra parte; o el de la *factura*, cuya recepción denota aceptación de la cosa enviada, y del precio indicado. Estos documentos, naturalmente, son irrelevantes en cuanto con ellos se pretenda modificar los términos del acuerdo.

8. IDEA SOBRE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

67. Disposiciones habituales. En los contratos internacionales¹⁷ también aparecen el encabezamiento, los considerandos y el articulado.

En el encabezamiento es de rigor expresar bajo qué leyes fueron constituidas las personas jurídicas contratantes, a fin de determinar precisamente su capacidad; y la mención del domicilio de las partes suele ser reemplazada por la de oficinas

ATILIO ANIBAL ALTERINI

principales, habida cuenta de la equivocidad de aquel concepto en la legislación comparada.

En los considerandos se incluyen las declaraciones sobre la existencia de ciertas circunstancias (*representations*) y los pactos sobre el mantenimiento de algunas situaciones (*covenants*); de estos últimos, los más comunes son *financial covenants* (pactos financieros) acerca de la situación patrimonial del contratante, y *negative pledges* (prendas negativas) que contienen el compromiso de no gravar bienes del activo (v. *supra*, Nº 57).

Las cláusulas del articulado por lo general son de gran detalle regulatorio (v. *supra*, Nº 9), y la primera de ellas suele contener las definiciones.

Habida cuenta de la pluralidad de legislaciones de posible aplicación (*lex domicilii, loci celebrationis, loci executionis*), y de las complejidades que existen para precisar los distintos supuestos de vigencia, es de estilo establecer expresamente qué Derecho rige al contrato (v. *infra*, Nº 126).

También lo es la cláusula arbitral (v. *infra*, Nº 129).

CAPITULO VII

LOS SUJETOS DEL CONTRATO

68. El otorgante. Otorgante del contrato es quien participa de su celebración¹. En el acto puede ejercer una prerrogativa propia (actuación por derecho propio) o ajena (actuación por representación).

69. Representación. Cuando el otorgante actúa en nombre y en interés ajeno se da el fenómeno de la representación². El acto del representante (negocio representativo) vincula al representado con la otra parte; según el caso, los derechos emergentes son de la titularidad del representado, o las obligaciones pactadas lo comprometen³, desde la celebración del contrato (art. 215, Cód. Comercio).

En tal situación, el redactor del contrato debe examinar, por lo pronto, si existe poder sufi-

ATILIO ANIBAL ALTERINI

ciente, que habilite al otorgante para actuar en la representación que invoca (arts. 1930 y 1946, Cód. Civ.).

Este poder –en cuanto faculta a obrar en nombre e interés de otro– puede resultar: a) de una representación legal (p. ej. el padre en cuanto es representante del hijo, art. 57, Cód. Civ.); b) de una representación voluntaria que, en la práctica, es conferida bajo el rótulo de mandato (art. 1869 y sigs., Cód. Civ.), mediante instrumento público o privado, inclusive cartas (art. 1873)⁴, aunque es de recordar que los documentos privados no tienen por sí solos autenticidad. También puede obligar a una persona jurídica quien obra como órgano en actuación externa⁵, por ejemplo, el presidente del directorio de la sociedad anónima (art. 268, ley 19.550).

Asimismo el redactor debe analizar cuidadosamente diversas circunstancias, por ejemplo:

Si el poder ha sido otorgado mediante la forma exigida, aunque el requerimiento de escritura pública para la venta de inmuebles (arts. 1184, inc. 7º; 1211, Cód. Civ.) no abarca el caso en que es suscripto un boleto.

Si la celebración del contrato de que se trata requiere que el poder contenga facultades expresas

COMO REDACTAR UN CONTRATO

para el apoderado⁶, como en los casos que contempla la larga enunciación del artículo 1881 del Código Civil.

Si el representante legal ha cumplido trámites previos impuestos por la ley, como la autorización judicial que exigen, para los padres, los artículos 297, 2a. parte, y 298 del Código Civil (según ley 23.264) y, para los tutores y curadores, los artículos 426, 441, 442, 443, 446 y 475 del Código citado.

Si, tratándose de una persona jurídica, el apoderado ha sido investido por resolución del órgano competente, adoptada con arreglo a las formalidades necesarias (para una sociedad anónima, reunión de directorio reflejada en un acta debidamente suscripta: arts. 255 y 73, ley 19.550)⁷; etcétera.

También debe tener en cuenta que, cuando el poder ha sido otorgado por un escribano de otra jurisdicción del país, es menester su legalización por el Colegio de Escribanos; y que, cuando proviene del extranjero, las formas están regidas por la ley del lugar de otorgamiento (arts. 12 y 950, Cód. Civ.), pero el instrumento debe ser legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo en los casos especiales de algunos convenios internacionales.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

Por otra parte, el apoderado ha de ser capaz (art. 1896, Cód. Civ.), aunque si ha sido investido como tal un incapaz, el representado queda igualmente obligado frente al co-contratante (art. 1897, Cód. Civ.).

70. Contrato consigo mismo. Cabe señalar, finalmente, la particular situación denominada contrato consigo mismo, en la cual el otorgante invoca un doble título: actúa por derecho propio y en representación de otro; o actúa en ejercicio de una doble representación.

En ella corresponde, como en las antes analizadas, el cuidadoso examen del poder o de los poderes invocados.

71. Capacidad para contratar. La aptitud del sujeto, en su calidad de presupuesto del contrato (*supra*, Nº 23), es un *prius* insoslayable de su eficacia.

El redactor está precisado, en consecuencia, a determinar previamente la capacidad para celebrar el contrato, del representante (cuando lo hace por su derecho) o del representado (cuando actúa un representante), lo cual determina que, en términos generales, haya de atenerse a lo dispuesto por el

COMO REDACTAR UN CONTRATO

artículo 1160 del Código Civil en cuanto a quiénes “no pueden contratar”, y ajustarse a directivas básicas como éstas:

a) El sujeto mayor de edad es capaz (arts. 1040 y 1160, Cód. Civ.). Pero adolece de incapacidad de hecho absoluta para contratar cuando es demente o sordomudo que no sabe darse a entender por escrito (arts. 54 y 128, Cód. Civ.).

(Los denominados *pequeños contratos*, que podrían llevar a cabo algunos incapaces⁸, son extraños a la órbita de este trabajo).

b) El menor adulto, incapaz de hecho relativo, tiene “capacidad para los actos que las leyes le autorizan otorgar” (art. 55, Cód. Civ.).

Si trabaja, o ha accedido al título profesional (arts. 128, y 1807, inc. 7º, Cód. Civ.), tiene aptitud para contratar en los alcances de los artículos 128 y 1807, inciso 7º, del Código Civil.

Si es emancipado, puede celebrar útilmente los contratos que autorizan los artículos 134 y 135 del Código Civil.

c) El condenado a pena corporal de cierta duración –en tanto no recupere regularmente la libertad– debe ser representado por el curador para la administración y la disposición de sus bienes (art. 12, Cód. Penal).

ATILIO ANIBAL ALTERINI

d) El inhabilitado precisa la asistencia del curador (v. *infra*, Nº 74) para realizar actos de disposición y, en su caso, ciertos actos de administración (art. 152 bis, Cód. Civ., según ley 17.711).

e) Hay sujetos que tienen impedimento para contratar con determinadas personas: los cónyuges, los padres, los tutores, los curadores:

Los cónyuges no pueden celebrar entre sí algunos contratos, como compraventa (art. 1358, Cód. Civ.), cesión de derechos (art. 1441, Cód. Civ.), permuta (art. 1490, Cód. Civ.), donación (art. 1807, inc. 11, Cód. Civ.), o de participación en sociedades que no sean por acciones o de responsabilidad limitada (art. 26, ley 19.550).

La contratación del padre con un hijo menor, y la del tutor o el curador con el pupilo, están sujetas a diversas cortapisas: artículos 279, 297 – según ley 23.264 –, 450, inciso 3º, 475, 1359, 1361, incisos 1º y 2º, del Código Civil.

f) Algunos sujetos no tienen derecho a contratar respecto de cosas especiales. Por ejemplo, los enunciados en los incisos 3º a 7º del artículo 1361 del Código Civil (albaceas; mandatarios; empleados y funcionarios públicos; magistrados, funcionarios judiciales, abogados y otros auxiliares de la Justicia)

COMO REDACTAR UN CONTRATO

no pueden comprar determinadas cosas vinculadas con su actividad.

g) Ciertas personas no pueden celebrar determinados contratos, como los sacerdotes, que tienen limitaciones para otorgar fianza (art. 2011, inc. 6º, Cód. Civ.).

h) Los religiosos profesos están impedidos de contratar, a menos que “comprasen muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos” (art. 1160, Cód. Civ.).

i) Los fallidos lo están con relación a los bienes de los que han sido desapoderados (art. 111, ley 19.551); pero no respecto de los bienes excluidos del desapoderamiento, como por ejemplo los bienes inembargables, o las indemnizaciones provenientes de daño a la persona física o daño moral (art. 112, ley cit.)⁹.

j) Tratándose de una persona jurídica, el acto no puede ser extraño a su objeto (art. 35, Cód. Civ., y art. 58, ley 19.550).

k) Además es preciso, en algún caso, determinar si el sujeto es idóneo para celebrar el contrato que pretende (v. art. 1896, Cód. Civ.).

72. Titularidad del derecho. Desde que *nemo dat quod non habet* (art. 3270, Cód. Civ.), el sujeto

ATILIO ANIBAL ALTERINI

debe tener título al bien del cual dispone por medio del contrato.

Si, verbigracia, alguien vende, con lo cual se obliga a transferir el dominio de la cosa (art. 1323, Cód. Civ.), es menester constatar que sea propietario de ella (art. 2601, Cód. Civ.). Esta calidad resulta de la existencia de título traslativo suficiente (art. 2602, Cód. Civ.) –otorgado por escritura pública si se trata de un inmueble, arts. 1184, inc. 1^ª, y 2609, Cód. Civ.–, de haber recibido la tradición de la cosa (arts. 577, 1417, 3265, Cód. Civ.), y de la inscripción registral en los casos previstos por el artículo 2505 del Código Civil, según ley 17.711 (conf. para los inmuebles arts. 2 y 20, ley 17.801).

73. Legitimación. Una vez establecido que el sujeto está habilitado para celebrar el contrato del caso, y que es titular del derecho comprometido, corresponde determinar si está legitimado.

La legitimación consiste en el poder de disposición respecto del objeto contractual¹⁰. En ciertos casos el sujeto está dotado de capacidad, y es titular del derecho, pero carece de legitimación: tal sucede, por ejemplo, cuando es heredero del ausente con presunción de fallecimiento, durante el período de prenotación (art. 28, ley 14.394).

COMO REDACTAR UN CONTRATO

74. Asistencia. Cuando el representante legal (p. ej. el curador de un demente) celebra un contrato por el incapaz, ese representante es el otorgante del acto, puesto que emite la declaración de voluntad constitutiva del consentimiento.

Pero es preciso tener en cuenta que, en la actuación del curador que prevé el artículo 152 bis del Código Civil (según ley 17.711), el otorgante es el inhabilitado, limitándose aquél a prestar su asistencia. Por lo tanto, el redactor del contrato debe prever que el instrumento sea suscripto, conjuntamente, por el inhabilitado (que otorga el acto) y por el curador (que lo asiste).

75. Asentimiento. En tanto el consentimiento forma el contrato, el asentimiento es –en ciertos casos– necesario para atribuirle eficacia.

Así, por ejemplo, el redactor debe tomar en consideración que, conforme al artículo 1277 del Código Civil, si un cónyuge vende una embarcación registrable de carácter ganancial –aunque se trate del administrador, art. 1276, Cód. Civ.–, necesita el asentimiento del otro.

CAPITULO VIII

LOS TERCEROS

76. Distintas situaciones. Al redactar un contrato ha de ser tenido en cuenta que un tercero puede quedar incorporado a relaciones jurídicas celebradas sin su intervención, porque se contrata a su nombre, se promete su hecho, o se estipula a su favor.

Asimismo, que caben mecanismos de transmisión, tanto de la posición contractual de una parte, como de sus créditos; y que es también dable la asunción de deudas ajenas.

1. INCORPORACION DE TERCEROS A RELACIONES JURIDICAS CELEBRADAS SIN SU INTERVENCION

77. Contrato a nombre de tercero. Como sabemos, cuando el que contrata a nombre de otro

ATILIO ANIBAL ALTERINI

tiene representación suficiente, lo convenido obliga al representado (v. *supra*, Nº 69).

Contrariamente, si el otorgante actúa “a nombre de un tercero, sin estar autorizado por él, o sin tener por ley su representación”, el contrato “es de ningún valor” (art. 1161, Cód. Civ.). En tal situación, para que adquiera eficacia es necesario obtener que el tercero ratifique lo estipulado (arts. 1936 y 2304, Cód. Civ.; art. 231, Cód. Comercio).

78. Promesa del hecho de tercero. Cuando se trata de un contrato en el que se promete el hecho de un tercero al redactor se le plantea una cuestión delicada.

Toda vez que el sistema vigente (arts. 1163 y 1177, Cód. Civ.; arts. 230 y 231, Cód. Comercio) ofrece diversas alternativas, es preciso que modele el contrato conforme a cuáles son los alcances que se quieren dar a la promesa del hecho de tercero:

a) Por lo pronto, debe tener presente que el tercero no queda obligado en tanto no acepte la estipulación que lo compromete.

b) La promesa puede ser formulada con la *cláusula de buenos oficios*, mediante la cual el promitente se obliga únicamente a gestionar la acepta-

COMO REDACTAR UN CONTRATO

ción por el tercero (*obligación de medios*), sin garantizar que éste acceda a quedar obligado.

c) El compromiso puede ser de mayor intensidad, asegurando la aceptación misma (*obligación de resultado*). Pero, una vez obtenida, el promitente se libera aunque la obligación no sea cumplida por el tercero.

d) La obligación del promitente es todavía más severa cuando se compromete a que el tercero ejecutará el contrato. En este caso la mera aceptación del tercero no libera al promitente, que es responsable por daños si la prestación no es cumplida.

79. Estipulación a favor de tercero. Conforme al artículo 504 del Código Civil es dable que el contrato estipule “una ventaja a favor de un tercero”.

No se debe perder de vista que, para que este tercero con relación al acto se convierte en acreedor, y tenga derecho a “exigir el cumplimiento de la obligación”, debe aceptarla y hacérselo saber al obligado².

2. TRASMISION DEL CONTRATO

80. Contrato de cesión del contrato. El contrato de cesión de contrato tiene por objeto la

ATILIO ANIBAL ALTERINI

transmisión de la posición contractual de una de las partes³, vale decir, de la integridad de los créditos y deudas emergentes del contrato transmitido.

Dicho contrato de cesión es celebrado entre el contratante que quiere desligarse (cedente) y quien pretendé tomar su lugar (cesionario). El co-contratante de la relación original (cedido) reviste carácter de tercero.

El redactor debe tener en cuenta:

a) Que el cedido puede aceptar la transmisión, o no hacerlo.

b) Que si no desobliga al cedente, el contrato de cesión sólo enlaza relaciones entre éste y el cesionario.

c) Que la aceptación del cedido no es necesaria cuando la dio de antemano.

En cuanto a las reglas de la cesión de créditos y de la asunción de deudas, aplicables por analogía a la transmisión del contrato, ver números siguientes.

3. CESION DE CREDITOS

81. Contrato de cesión de crédito. El contrato de cesión de crédito tiene por objeto la transmisión

COMO REDACTAR UN CONTRATO

del crédito (art. 1434, Cód. Civ.), esto es, del lado activo de la relación obligacional.

Al redactar el contrato de cesión se debe atender a diversas directivas resultantes del sistema legal:

a) La regla de transmisibilidad de créditos (art. 1443, Cód. Civ.) –que abarca a los futuros, aleatorios, condicionales, eventuales, litigiosos, etcétera (arts. 1446/1448, Cód. Civ.)– tiene varias excepciones: por ejemplo, en los casos de haber prohibición convencional o legal (art. 1444, Cód. Civ.); de derechos inherentes a la persona (art. 1445, Cód. Civ.); de créditos laborales (art. 148, ley 20.744, t.o. dec. 390/76) o provenientes de indemnización por infortunios del trabajo (art. 13, ley 9688); de créditos por alimentos futuros (art. 1445, Cód. Civ.); etcétera.

b) La escritura pública es necesaria cuando el crédito procede “de actos consignados en escritura pública” (art. 1184, inc. 9º, Cód. Civ.) y, como alternativa del acta judicial, cuando son cedidas “acciones litigiosas” (art. 1455, Cód. Civ.).

c) La cesión incluye la fuerza ejecutiva que tenga el crédito, y “todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda, los intereses vencidos, y los privilegios del crédito que no fuesen

ATILIO ANIBAL ALTERINI

meramente personales” (art. 1458, Cód. Civ.) salvo, claro está, pacto en contrario.

d) El cedente garantiza la existencia y la legitimidad del crédito que trasmite, “a menos que lo haya cedido como dudoso” (art. 1476, Cód. Civ.).

e) Asimismo es responsable en caso de insolvencia del cedido si la garantiza expresamente (doc. art. 2098, Cód. Civ.); si “la insolvencia fuese anterior y pública” (art. 1476, Cód. Civ.); y si actúa de mala fe, “sabiendo que la deuda era incobrable” (art. 1480, Cód. Civ.).

f) Se entiende que la notificación al deudor cedido (art. 1467, Cód. Civ.) –comunicándole “la convención misma de la cesión, o la sustancia de ella” (art. 1460, Cód. Civ.)– debe ser hecha por el cesionario, como interesado en la operatividad de la transmisión. Pero para aventar dudas es conveniente precisar en el contrato cuál de las partes tiene a su cargo llevarla a cabo.

82. Casos especiales.

A) *Cesión en garantía.* En tal situación no se transmite la propiedad del crédito, pues la cesión garantiza otra obligación.

Ello determina que, si el cesionario percibe el crédito, ulteriormente deberá ajustar cuentas con el

COMO REDACTAR UN CONTRATO

cedente; por lo tanto conviene establecer en el contrato el mecanismo mediante el cual serán rendidas.

B) *Prenda del crédito*. Cuando se contrata la prenda de un crédito es preciso tomar en cuenta si se aplica la normativa civil o la comercial:

En todos los casos el cesionario tiene derecho a percibir el crédito (art. 736, Cód. Civ.) pero, si el cedido no cumple espontáneamente, para ejecutarlo, en el orden civil necesita obtener la adjudicación del crédito (art. 3222, Cód. Civ.), lo cual no es exigible en materia comercial (arts. 580 y 587, Cód. Comercio).

C) *Cesión impropia*. En la cesión impropia la transmisión del crédito se lleva a cabo para cancelar otra obligación, en una situación paralela a la de dación en pago (art. 779, Cód. Civ.).

Es fundamental considerar que, cuando la cesión es *pro soluto*, el cesionario se expone a la insolvencia del cedido. Y que, cuando es *pro solvendo*, esa insolvencia da lugar a que el cedido pueda reclamar del cedente, previa excusión del cedido (doc. art. 1481, Cód. Civ.), a menos que se haya pactado la innecesariedad de esta excusión.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

4. ASUNCION DE DEUDAS

83. Promesa de liberación. Es una promesa de cumplimiento, establecida mediante un convenio entre el deudor y un tercero, que se compromete a liberarlo de la obligación.

Esta promesa obliga al tercero en la relación interna con el deudor. Pero en la relación externa, con respecto al acreedor, sus efectos dependen – como veremos enseguida – de la actitud que éste adopte.

84. Acto trilateral. Para que transmisión de la deuda – asumida por el tercero – quede perfeccionada en un solo acto, es menester que participen el deudor, su acreedor, y el tercero; y que el acreedor admita al tercero en sustitución del deudor.

85. Asunción privativa. Cuando el tercero otorga al deudor una promesa de liberación (v. Nº 83), si el acreedor no ha participado en ese acto, es menester que, por separado, consienta la liberación del deudor, y su sustitución por ese tercero.

Cuando el acreedor no se limita a admitir el reemplazo del deudor por el tercero, y pretende que ambos queden como co-obligados, se lo consi-

COMO REDACTAR UN CONTRATO

dera rechazado; porque se trata, entonces, de una modificación a la propuesta dirigida al acreedor, que está sujeta a la aceptación por el tercero según doctrina de los artículos 1144 y siguientes, y 1152, del Código Civil.

86. Asunción acumulativa. Comporta una accesión de deuda –o delegación imperfecta, art. 814, Cód. Civ.–, que también está sometida a la aceptación del tercero que, de admitirla, contará con dos deudores.

Como es problemático si, al acceder a esta pluralidad de obligados, el acreedor tiene derecho a dirigirse contra su primitivo deudor sin excutir al tercero, es conveniente precisar esta situación al redactar el contrato.

87. Delegación. Expromisión. Paralelamente a los fenómenos transmisivos expuestos, es posible llevar a cabo una novación, que extingue la obligación y genera otra en su lugar (v. art. 801, Cód. Civ.). Tal sucede –entre otros supuestos– cuando se cambia el deudor o el acreedor (arts. 814 y 815, Cód. Civ.).

El redactor del contrato novatorio por sustitución de alguna de sus partes debe tener presente:

ATILIO ANIBAL ALTERINI

a) Que corresponde hacer constar la existencia de *animus novandi*, el cual no se presume (art. 812, Cód. Civ.).

b) Que, como consecuencia de la novación, y conforme al artículo 803, 1a. parte, del Código Civil, se extinguen los accesorios de la obligación (p. ej. hipotecas o prendas), y las obligaciones accesorias (p. ej. fianzas o cláusulas penales).

c) Que, sin embargo, si la garantía ha sido dada por el propio deudor, se mantiene mediante una mera "reserva expresa" del acreedor (art. 803, 2a. parte, Cód. Civ.); y si la ha suministrado un tercero, cuando éste lo acepta (art. 804, Cód. Civ.).

CAPITULO IX

EL OBJETO

88. El objeto contractual. Según se sabe, los contratos pueden versar (art. 1168, Cód. Civ.):

a) Sobre un hecho positivo o negativo del obligado –consistente en hacer, art. 625 y sigs., Cód. Civ., o no hacer, art. 632 y sigs., Cód. Civ.–, en cuanto sea susceptible de apreciación económica (art. 1169, Cód. Civ.).

b) Sobre el dominio de cosas (art. 2506, Cód. Civ.) –u otro derecho real permitido (art. 2502 y 2503, Cód. Civ.)–, sobre su posesión (art. 2351, Cód. Civ.), o sobre su tenencia (arts. 2352 y 2461, Cód. Civ.), con derecho de uso (arts. 600 y 1493 y sigs., Cód. Civ.) o sin él (art. 2182 y sigs., Cód. Civ.).

c) Con relación a energía (art. 2311, Cód. Civ.).

d) Con respecto a derechos inmateriales susceptibles de valor (art. 2312, Cód. Civ.), como cré-

ATILIO ANIBAL ALTERINI

ditos (art. 496, Cód. Civ.), propiedad intelectual (ley 11.723), patentes de invención (ley 111), marcas de fábrica (ley 22.362), modelos o diseños industriales (dec. ley 6.673/63), etcétera.

89. Objeto inmediato y objeto mediato. Se sabe también que objeto inmediato del contrato son las obligaciones que genera. Y objeto mediato, la cosa o el hecho, positivo o negativo, que constituye el interés del acreedor¹.

La idoneidad del objeto inmediato resulta de que el derecho sea susceptible de contrato (no lo es, p. ej., la expectativa de derecho a una herencia futura, art. 1175, Cód. Civ.). La idoneidad del objeto mediato está referida a recaudos generales del acto jurídico (arts. 1167 y 953, Cód. Civ.).

Interesa recordar ahora aspectos relativos a esto último, en cuanto inciden en la tarea del redactor del contrato.

90. Existencia. En cuanto a la existencia de las cosas, el Código Civil adopta el siguiente régimen:

a) Se puede contratar sobre una cosa presente o una cosa futura (art. 1168, Cód. Civ.).

COMO REDACTAR UN CONTRATO

b) Cuando se afirma que la cosa existe al tiempo de contratar, y ello es inexacto, el contrato resulta nulo (art. 1172, Cód. Civ.).

c) Si no ha sido formulada esa afirmación, “la promesa de entregarla está subordinada al hecho si llegase a existir” (art. 1173, Cód. Civ.) como, por ejemplo, en el caso del contrato de compraventa de una cosecha futura (*re sperata*), el cual queda sin efecto si ésta fracasa.

d) Cabe todavía el *pactum de spes* (de esperanza), que tiene carácter aleatorio (arts. 1173 *in fine* y 2051, Cód. Civ.); es la hipótesis clásica del contrato por el cual se permite a una parte recoger las piezas que logre pescar mediante un golpe de red.

91. Posibilidad. Hay *imposibilidad material* para contratar cuando ella deriva de “la naturaleza del objeto mismo” (nota al art. 953, Cód. Civ.), vale decir, cuando es común a todos los sujetos y no al contratante particular.

Hay *imposibilidad jurídica* en los casos de impedimento legal para convenir cierto objeto.

92. Licitud. La obligación contraída no puede consistir en un hecho ilícito (arts. 1167 y 953, Cód.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

Civ.), esto es, prohibido por la ley (arts. 898 y 1066, Cód. Civ.). Tampoco es dable que contraríe a la moral o a las buenas costumbres, se oponga a la libertad de las acciones o de la conciencia, o perjudique los derechos de un tercero (arts. cit.; v. arts. 531 y 1195, Cód. Civ.).

En cuanto a las cosas, el Código Civil prohíbe la enajenación de las que están fuera del comercio por inalienabilidad absoluta (art. 2337, Cód. Civ.), lo cual no obsta a que puedan ser objeto de un contrato que no trasmita su dominio (p. ej. la locación de un inmueble del dominio público estatal). Las cosas relativamente inalienables están sujetas a “una autorización previa para su enajenación” (art. 2338, Cód. Civ.).

Por lo demás, la totalidad de los bienes presentes y futuros no puede ser objeto de algunos contratos: compraventa (art. 1334, Cód. Civ.), sociedad (art. 1651, Cód. Civ.), donación (art. 1800, Cód. Civ.), permuta (art. 1492, Cód. Civ.), cesión de derechos (arts. 1435/1437, Cód. Civ.).

93. Legitimidad. Diversos textos legales atañen a la legitimidad –o ilegitimidad–, del objeto contractual. Corresponde, pues, recordar aquí los criterios que resultan de ellos:

COMO REDACTAR UN CONTRATO

a) “Las cosas deben ser determinadas en cuanto a su especie” (art. 1170, Cód. Civ.). No obstante, es posible vender una cosa indeterminada con tal de que se establezcan “datos para determinarla” (art. 1333, Cód. Civ.), o dar en locación “cosas indeterminadas” (art. 1500, Cód. Civ.).

b) En cuanto a la cantidad, basta con “que ésta pueda determinarse” (art. 1170, Cód. Civ.). Dicha determinación puede ser dejada “al arbitrio de tercero” (art. 1171, Cód. Civ.), caso en el cual es prudente prever lo necesario acerca del procedimiento al que se atenderá el tercero, y al que será sometida la cuestión si su gestión fracasa.

No se debe perder de vista que, en materia de compraventa, si el tercero no llega a fijar el precio “la venta quedará sin efecto” (art. 1350, Cód. Civ.), salvo pacto en contrario; y que –tratándose de muebles– es válida la remisión al precio “corriente en plaza” (art. 1353, Cód. Civ., y art. 458, Cód. Comercio).

94. Titularidad. Disponibilidad. Quien celebra un contrato como parte debe ser titular del derecho comprometido en el pacto, y estar legitimado para hacerlo (v. *supra*, N° 73). Además ese derecho debe ser disponible (v. *supra*, N° 72).

ATILIO ANIBAL ALTERINI

A) En cuanto a las cosas ajenas, el sistema presenta complejidades que han dado lugar a una “anarquía interpretativa”², lo cual exige un análisis cuidadoso de cada situación al tiempo de redactar el contrato:

En materia civil la venta de cosa ajena es válida: a) cuando se trata de cantidad de cosas, como en el caso de la venta *en descubierto*³; b) cuando la cosa es vendida como ajena, caso en el cual el promitente puede quedar obligado – según los términos en que haya contratado – a una prestación de medios o de resultado (art. 1177, Cód. Civ.; v. *supra*, Nº 78); c) cuando el comprador conoce que la cosa es ajena (doc. art. 1330, 2a. parte, Cód. Civ.); d) cuando vende el heredero aparente (art. 3430, Cód. Civ., según ley 17.711). Pero si la cosa ajena es vendida como propia, el contrato resulta nulo (art. 1329, Cód. Civ.), y el vendedor es responsable por daños (art. 1178, Cód. Civ.), a menos que promedie ratificación del dueño (art. 1330, Cód. Civ.; art. 231, Cód. Comercio), o el vendedor la adquiera ulteriormente (arts. 1330 y 2504, Cód. Civ.).

En materia comercial la venta de cosa ajena es válida si el comprador ignora esa circunstancia (arts. 450 y 453, Cód. Comercio)⁴.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

B) La promesa de venta de cosa ajena (v. gr. el boleto de compraventa de un inmueble) está sujeta a iguales reglas que las señaladas⁵.

C) Conforme al artículo 1174 del Código Civil es válido el contrato que versa sobre cosas litigiosas, gravadas con derecho real de garantía (hipoteca, prenda, anticresis), o sometidas a medidas cautelares en un proceso judicial. Este dispositivo legal, en lo pertinente, es extensivo a los derechos inmateriales, como los creditorios.

Pero corresponde tener en cuenta: a) que el titular del derecho afectado debe declarar la circunstancia determinante (doc. art. 1179, Cód. Civ.); y b) que el contrato es inoponible al tercero (art. 1174, Cód. Civ.).

95. El equilibrio contractual. El equilibrio de las prestaciones al tiempo de la celebración del acto está resguardado por el artículo 954 del Código Civil (según ley 17.711), a través de las virtualidades asignadas al vicio de lesión. La subsistencia de ese equilibrio (*sinalagma funcional*) concierne a la teoría de la imprevisión, introducida en el Código Civil por el artículo 1198 reformado por ley 17.711. En igual orden de ideas, hemos visto (*supra*,

ATILIO ANIBAL ALTERINI

Nº 8-c) que es frecuente que los contratos de duración contengan una cláusula según la cual, si las circunstancias económicas resultan modificadas, las partes se obligan a renegociarlos⁶.

Ello aparte, es doctrina corriente la que descalifica las cláusulas vejatorias, por atentar contra la lealtad negocial, la buena fe, la equivalencia de las prestaciones, etcétera⁷. De manera que los *standards* básicos de los arts. 953, 1071, 1198 (éstos según ley 17.711), y concordantes, del Código Civil, en cuanto conciernen al objeto contractual, trazan límites a la autonomía de las partes que no pueden ser pasados por alto al redactar el contrato si se pretende –como es natural y lógico– que sea plenamente válido.

CAPITULO X

LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES

96. Concepto. En este capítulo, haciendo aplicación frecuente de cuanto se ha visto hasta ahora, haremos los trazos de algunas de las cláusulas de mayor uso, sea porque vienen impuestas como necesarias para la contratación, sea por la habitualidad de su empleo en la práctica negocial.

Va de suyo, naturalmente, que la nómina no quedará agotada, habida cuenta de la amplitud de posibilidades para la arquitectura del negocio que brinda el principio de autonomía de la voluntad, rector de la materia contractual (art. 1197, Cód. Civ.; v. *supra*, N° 10).

1. LOS PRESUPUESTOS ESPECIALES DE CADA CONTRATO

97. Referencia necesaria. Como sabemos (*supra*, N° 24), cada figura contractual tiene ele-

ATILIO ANIBAL ALTERINI

mentos esenciales especiales, sin los cuales no existe como tal.

Por ejemplo, la cosa y el precio en la compra-venta (arts. 1323, Cód. Civ., y 450, Cód. Comercio), la obra y el precio en la locación de obra (art. 1493, Cód. Civ.), la gratuidad en la donación (art. 1789, Cód. Civ.), etcétera.

Cuando se pretende atenerse a una figura típica, son de rigor las cláusulas que hacen referencia a esos presupuestos especiales. De lo contrario, el contrato será innominado o atípico (v. *supra*, Nº 11).

2. ELEMENTOS NATURALES

98. Virtualidad. Como se ha visto (*supra*, Nº 24), la ley supletoria suministra los elementos (*cláusulas*) naturales que, por lo tanto, se tienen por incorporados al contrato aunque nada se exprese en él. Pero pueden ser dejados de lado por declaración expresa en contrario.

Veremos lo atinente a las garantías por evicción y por vicios redhibitorios, propias de los contratos a título oneroso (arts. 2089 y 2165, Cód. Civ.).

COMO REDACTAR UN CONTRATO

99. Garantía por evicción. Esta garantía, que abarca la privación, o turbación, en el derecho transmitido (art. 2091, Cód. Civ.), es disponible por las partes, que están facultadas para “aumentar, disminuir, o suprimir la obligación que nace de la evicción” (art. 2098, Cód. Civ.).

Por lo tanto –a manera de ejemplos– se puede convenir:

a) Que se renuncia expresamente a la garantía por evicción. La fórmula genérica de “exclusión o renuncia de cualquier responsabilidad”, sin embargo, deja subsistente la obligación de devolver el precio (art. 2100, Cód. Civ.).

b) Que la adquisición es “a riesgo del adquirente”, o sabiendo el adquirente “el peligro de que sucediese la evicción”, casos en los cuales se tiene por renunciada la garantía, y no se le debe siquiera la restitución del precio que pagó (art. 2101, incs. 2º y 3º, Cód. Civ.).

c) Que el enajenante, no obstante haber declarado la existencia de una hipoteca sobre el inmueble que transmite, efectúa “la promesa de garantizar” (art. 2105, Cód. Civ.).

d) Que, a pesar de que el adquirente conoce el peligro de evicción, otorga igualmente la garantía (art. 2106, Cód. Civ.); etcétera.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

100. Garantía por vicios redhibitorios. Esta garantía, que atañe a defectos de la cosa que la hacen impropia para su destino (art. 2164, Cód. Civ.), autoriza a las partes –del mismo modo que la evicción– a “restringir, renunciar, o ampliar su responsabilidad”, salvo dolo del enajenante (art. 2166, Cód. Civ.).

Así, verbigracia, es dable convenir:

a) Que el enajenante no responde por vicios redhibitorios, pero ello no lo libera con relación al “vicio redhibitorio de que tenía conocimiento, y no declaró al adquirente” (art. 2169, Cód. Civ.).

b) Que el enajenante afirma la inexistencia de defectos –aunque no se trate de los que hacen a la cosa impropia para su destino–, o la existencia de ciertas calidades, con lo cual otorga garantía “aunque al adquirente le fuese fácil conocer el defecto o la falta de calidad” (art. 2167, Cód. Civ.).

c) Que, en una compraventa comercial, la determinación de los vicios o defectos, o de la falta de calidad, no será llevada a cabo por peritos arbitradores, sino mediante otro procedimiento que se establece (art. 476, Cód. Comercio).

d) Que se amplían los plazos legales que rigen las acciones emergentes (arts. 4041 y 1647 bis

COMO REDACTAR UN CONTRATO

– según ley 17.711 –, Cód. Civ., y 473, Cód. Comercio); etcétera.

3. ASPECTOS RELEVANTES DEL CONTENIDO CONTRACTUAL

101. Obligaciones principales. En los contratos típicos la ley suministra la nómina de obligaciones principales de cada una de las partes. Sin perjuicio de ello, corresponde prestar atención a la regulación legal –para no someterse indiscretamente a ella–, precisando en la redacción del instrumento cuanto sea adecuado a la voluntad de las partes. Por ejemplo: una de las obligaciones principales del vendedor es la de conservar la cosa hasta el momento de la entrega (arts. 1408, Cód. Civ., y 465, Cód. Comercio), pero eso no le impide usarla normalmente; si el comprador no quiere que el vendedor la use, debe convenirlo de manera expresa.

En los contratos atípicos la necesidad de establecer pormenorizadamente las obligaciones de las partes resulta de sus propias características (v. *supra*, Nº 11).

102. Obligaciones accesorias o secundarias. No se debe perder de vista que, complementaria-

ATILIO ANIBAL ALTERINI

mente, las partes tienen a su cargo obligaciones accesorias o secundarias. Es el caso, por ejemplo, de las de información, adiestramiento de personal, *service*, etcétera, en un contrato de provisión de equipo informático; en tal situación, no sólo por la atipicidad del contrato, sino por elementales razones de certeza, corresponde regular detalladamente los alcances de esas obligaciones del proveedor. Ver *supra*, Nº 21.

103. Obligaciones de medios y de resultado. Es sabido que, en términos generales – e incidiendo de alguna manera en la distribución de la carga de la prueba –, en ciertos casos el deudor contractual se obliga genéricamente a prestar su diligencia (*obligación de medios*) y, en otros, específicamente a lograr un *opus* previsto (*obligación de resultado*)¹.

En especial cuando se trata de obligaciones de hacer, el redactor del contrato debe ser sumamente cuidadoso al describir los alcances de la prestación debida, en orden a esta categorización; por ejemplo, indicando si el obligado se libera con su mera actividad (medios), o si debe llegar a obtener cierta obra (resultado) [v., ejemplificativamente, *supra*, Nº 78]. Todavía, es posible que se llegue a exigirle la *eficacia del resultado*², como cuando se obliga con-

COMO REDACTAR UN CONTRATO

tractualmente a perforar un pozo del modo que sea necesario para que de él se pueda extraer agua; la sola perforación, en esa hipótesis, no implica cumplimiento.

En materia comercial la obligación de resultado es propia de la contratación *llave en mano*, en la cual se compromete el suministro de instalaciones completas con los correspondientes conocimientos técnicos; y de la contratación *producto en mano*, en la que se debe procurar su efectivo funcionamiento³.

Desde otro ángulo, cabe advertir que, en un número creciente de relaciones obligacionales, y con independencia de cualquier estipulación al respecto, se asigna la denominada obligación de seguridad, en virtud de la cual una de las partes responde si la otra sufre un daño a su persona o su salud⁴. Frente al caso, es prudente regular en la medida de lo posible esa obligación, cuando menos asignándole – conforme a lo que acuerden las partes – el carácter de obligación de medios o de resultado, puesto que ello atañe a la relevancia de la culpa, y a las modalidades de la prueba en un eventual proceso de daños⁵.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

104. Pago de uno de los deudores, o a uno de los acreedores. Cuando la parte deudora está integrada por varias personas, que tienen a su cargo una obligación de objeto divisible, cada una de ellas sólo debe pagar su cuota parte, que –correlativamente– es lo único que tiene derecho a exigirles el acreedor (arts. 675 y 693, Cód. Civ.). Sin embargo, si es voluntad del acreedor recibir un pago único, de cualquiera de los codeudores, puede convenir la indivisibilidad (nota al art. 670, Cód. Civ.) o la solidaridad pasiva (art. 699, Cód. Civ.).

Como la indivisibilidad y la solidaridad no se confunden (art. 668, Cód. Civ.), el redactor del contrato debe tener presente sus diferencias de régimen al elegir una u otra de esas categorías. Porque en la obligación indivisible, por ejemplo, la mora y la culpa son personales (art. 685, Cód. Civ.), y la suspensión de la prescripción propaga sus efectos (arts. 3981 y 3982, Cód. Civ.), en tanto en la solidaridad sucede exactamente lo contrario (arts. 710, 711 y 3981, Cód. Civ.).

Inversamente, cuando, frente a varios acreedores de una obligación de prestación divisible, el deudor quiere pagar el todo a uno solo de ellos, puede convenir la indivisibilidad o la solidaridad activa. También tiene a su disposición establecer

COMO REDACTAR UN CONTRATO

que uno de los acreedores representa a los demás para recibir el pago, que todos se representan entre sí, o que alguno es indicado a ese efecto (art. 731, incs. 1º y 7º, Cód. Civ.).

105. Quid de las cláusulas de ajuste en las obligaciones de dar dinero. La ley 23.928 (arts. 7 y 10) descalifica a los mecanismos tendientes a la actualización monetaria, de manera que ha perdido interés analizar la estructura de las cláusulas de indexación y de valor de moneda extranjera, que – sobre todo a partir de mediados de los años setenta – sirvieron para mantener el poder adquisitivo de la prestación cancelable con dinero nacional.

No obstante, es posible satisfacer ese propósito, en distintas situaciones:

a) *Conviniendo una deuda en moneda extranjera.* El nuevo artículo 617 del Código Civil (según ley 23.928) la asimila a la deuda “de dar sumas de dinero”. Consiguientemente, procede el pacto de intereses (arts. 621 y 622, Cód. Civ.), tanto lucrativos (compensatorios) como moratorios, y el acuerdo sobre su tasa.

Pero, ante el riesgo – tan común en la reciente historia argentina – de controles de cambio, o de cambios múltiples (comercial, financiero, etc.),

ATILIO ANIBAL ALTERINI

conviene establecer que, en caso de darse alguna de esas situaciones, se tomará en cuenta la cotización en una plaza extranjera (v.gr. Montevideo)⁶, o el valor de la divisa resultante de alguna de las series de Bonex (p. ej. la serie 1987); como se trata, en definitiva, de mantener intacta una prestación, es razonable que también se otorgue al acreedor la posibilidad de elegir una u otra de estas alternativas.

b) *Mediante los intereses.* La tasa del interés guarda relación con la inflación esperada, y esa tasa puede ser *variable*, esto es, basarse “en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza” (art. 623 *in fine*, Cód. Civ.).

También es aconsejable pactar expresamente la capitalización de intereses (anatocismo), ahora autorizada por el nuevo artículo 623 del Código Civil (según ley 23.928).

c) *Caso de la evolución del precio de un producto.* El artículo 5 del decreto 529/91 permite atenerse a “la evolución del precio de un solo producto” o de una cuota parte de él.

De tal manera resulta viable ajustar las prestaciones, por ejemplo, en la locación de obra, con relación al rubro materiales; en la locación de cosas, refiriendo el precio al de un producto como la nafta; etcétera.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

106. Reglas de interpretación e integración.

A) La interpretación de los contratos está regida por la regla capital de buena fe, que resulta del artículo 1198, 1a. parte, del Código Civil (según ley 17.711), así como por los artículos 217 y siguientes del Código de Comercio.

Las partes pueden establecer sus propias reglas de interpretación de las cláusulas contractuales y, de alguna manera, ello resulta del catálogo de definiciones que haya sido incorporado (v. *supra*, Nº 58).

B) El Código Civil no suministra criterios generales para la integración del contrato en los aspectos no contemplados. Pero el artículo 219 del Código de Comercio establece que, en ese caso, y si “los interesados no estuviesen de acuerdo en cuanto al verdadero sentido del compromiso, se presume que se han sujetado a lo que es de uso y práctica entre los comerciantes en el lugar de la ejecución del contrato”⁷. Nada obsta a que, por ejemplo, para dicho supuesto el contrato remita a los usos del lugar de celebración, a determinadas reglas técnicas profesionales (v. *supra*, Nº 63), etcétera.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

4. EL CONTRATO CLAUDICANTE

107. Condición. Veremos ahora hipótesis en las cuales el contrato es calificable como claudicante, habida cuenta de que su eficacia resulta todavía provisional.

En ese aspecto, la condición tiene particular energía, porque supedita la existencia del contrato a un hecho futuro e incierto (art. 528), con la operatividad suspensiva (art. 545, Cód. Civ.) o resolutoria (art. 553, Cód. Civ.).

Al sujetar el contrato a condición deben ser contempladas varias circunstancias. Entre ellas:

a) Que la condición, como cláusula accidental del contrato, difiere de la *conditio juris*, que es impuesta por la ley (v., p. ej., *supra*, Nº 50).

b) Que algunas condiciones están legalmente prohibidas (arts. 530 y 531, Cód. Civ.; conf. doc. art. 3609 y su nota).

c) Que es posible prever las modalidades del cumplimiento – o fracaso – del hecho condicionante (art. 533, Cód. Civ.), verbigracia, estableciendo que debe provenir de una persona determinada (nota a ese artículo).

d) Que la condición opera de pleno derecho, esto es, con independencia de cualquier declaración

COMO REDACTAR UN CONTRATO

de voluntad (nota al art. 555, Cód. Civ.), de manera que, dado el hecho condicionante, el derecho se adquiere o se extingue automáticamente, según sea el caso. Es posible pactar lo contrario, y prever la necesidad de una manifestación concreta para la operatividad de la condición, lo cual implicaría un plazo de gracia hasta que se produjere esa declaración (doc. art. 540, Cód. Civ.).

e) Que la condición opera retroactivamente (art. 543, Cód. Civ.). Si se pretende darle solamente operatividad para lo futuro, debe pactárselo de modo expreso; etcétera.

108. Reserva. La cláusula de reserva ha generado incertidumbres jurisprudenciales, puesto que un criterio entiende que, vencido el plazo respectivo, corresponde la devolución de lo dado como reserva⁸, en tanto otro le asigna un funcionamiento paralelo al de la seña, y la da por perdida⁹.

Por ello se hace necesario precisar en el contrato:

- a) el plazo de su vigencia;
- b) si tiene, o no, operatividad automática;
- c) el temperamento a seguir en caso de vencimiento del plazo, esto es, si se la pierde, o si

ATILIO ANIBAL ALTERINI

corresponde su devolución, y de qué manera; etcétera.

109. Señal¹⁰. El pacto de señal es generalmente una cláusula del contrato, pero se admite su estipulación anterior o posterior. Está regulado como un negocio de índole real, puesto que el artículo 1202 del Código Civil prevé que se haya “dado una señal”.

A) En la redacción de la cláusula de señal es menester tener especialmente en cuenta estas circunstancias:

a) Que, conforme a la ley, en un contrato civil la señal tiene carácter penitencial (art. 1202, Cód. Civ.) y, en uno comercial, confirmatorio (art. 475, Cód. Comercio). La modificación de esas disposiciones supletorias exige pacto en contrario.

b) Que, por lo común, su objeto es dinero, pero nada obsta a que se elija otro distinto; en este caso corresponde estimar su valor.

c) Que el pacto de señal penitencial posibilita el arrepentimiento a una u otra de las partes, no obstante lo cual es posible preverlo como facultad exclusiva de alguna de ellas.

d) Que también cabe convenir que el arre-

COMO REDACTAR UN CONTRATO

pentimiento no exija el ofrecimiento extrajudicial de devolución de la seña, o su efectiva dación judicial.

e) Que es conveniente señalar el carácter jurídico asignado a la entrega, habida cuenta de las discrepancias doctrinarias al respecto¹¹.

f) Que, conforme a la jurisprudencia plenaria¹², en la seña penitencial el arrepentimiento es útil hasta la constitución en mora o el principio de ejecución. Nada obsta a que las partes dispongan de otra manera, pero la equivocidad del “principio de ejecución” aconseja precisar puntualmente las circunstancias en las que se lo tendrá por producido, entre ellas, si es o no menester que los actos relativos sean conocidos por la otra parte¹³.

g) Que, no obstante la independencia conceptual de la seña penitencial y el pacto comisorio, es posible –y por lo general aconsejable– establecer que el monto de la seña juega como mínimo indemnizatorio.

B) Con relación a la *seña confirmatoria*, es preciso apuntar:

a) Que –como se vio– es posible pactarla en un contrato civil.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

b) Que es imputable a cuenta de la prestación debida (precio), pero conviene prever qué sucede cuando se dio como seña algo que no es dinero; y –ante el incumplimiento– si juega como cláusula penal (*seña confirmatoria penal*).

C) Es dable, también, el pacto de *multa penitencial*. Conforme al artículo 658 del Código Civil se configura cuando el deudor se reserva expresamente el derecho de “eximirse de cumplir la obligación, pagando la pena”.

D) Finalmente, es menester precaverse de emplear cláusulas equívocas, tan comunes en la práctica del corretaje inmobiliario. Una de ellas es la que asigna a la dación carácter de “seña y a cuenta de precio”, cuyo funcionamiento se considera sucesivo ¹⁴; y otra, todavía más críptica, y auto-contradictoria, que le atribuye el de “seña, a cuenta de precio y principio de ejecución”.

110. Pacto de displicencia. Esta cláusula autoriza a una de las partes, o a las dos, a desligarse del contrato sin responsabilidad alguna (esto es, sin pérdida ni indemnización). El artículo 1373 del Código Civil la prevé para la compraventa, cuando ya

COMO REDACTAR UN CONTRATO

ha habido tradición, pero está pendiente el pago del precio o, a la inversa, cuando éste ha sido satisfecho y aquélla está pendiente; de lo contrario, y según el caso, habrá pacto de reventa o de retroventa (v. *infra*, N° 128).

La autonomía de la voluntad permite prever esta cláusula de arrepentimiento sin responsabilidades, independizándola de esa regulación. A tal fin corresponde precisar en la redacción del contrato, cuanto menos:

a) Si funciona como condición suspensiva o como condición resolutoria.

b) El plazo de que se dispone para el arrepentimiento.

5. PREVISIONES ACERCA DE LA EXTINCION DEL CONTRATO

111. Pacto comisorio expreso¹⁵. La cláusula por la cual se conviene el pacto comisorio expreso es de redacción sumamente delicada.

Por lo pronto, se debe tener en cuenta la irrelevancia de la mera expresión “se conviene el pacto comisorio”, que hace aplicable la norma supletoria atinente a la cláusula resolutoria tácita (art. 1204,

ATILIO ANIBAL ALTERINI

Cód. Civ., según ley 17.711, y art. 216, Cód. Comercio, según dec. ley 4.777/63); que es posible prever la opción entre prevalerse del pacto expresamente convenido, y la cláusula tácita; y que se trata de condición resolutoria –y no de pacto comisorio– cuando se dispone la resolución automática del contrato, sin necesidad de declaración alguna (nota al art. 555, Cód. Civ.).

La práctica negocial hace aconsejable prever expresamente al redactar la cláusula que nos ocupa:

a) Si se establece el pacto comisorio a favor de ambas, o de sólo una de las partes.

b) Si es menester que el incumplimiento relevante sea culpable, o basta con la inejecución material. En caso de que corresponda indemnización, no obstante la falta de culpa, lo convenido se asimila al *pacto de garantía* (v. *infra*, N° 113-C).

c) Cuáles son las modalidades de la ejecución, porque el ejercicio del pacto comisorio expreso queda habilitado cuando “alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas” (art. 1204, 3er. párr., Cód. Civ., según ley 17.711). De tal modo es posible pactar, verbigracia, que un defecto de detalle en el cumplimiento sea relevante para la resolución.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

d) Las circunstancias de la mora automática, por ejemplo, la medida en que sea menester la cooperación de la otra parte en el cumplimiento.

e) Si, dado el incumplimiento, es o no preciso otorgar un plazo de gracia.

f) Si, producida la mora, y no declarada todavía la resolución, aquélla es o no purgable por el moroso¹⁶.

g) Cuando varias personas integran una de las partes, quién o quiénes la representan para dirigirlas comunicaciones.

h) Cuál es el régimen de las restituciones, puesto que en caso de silencio se aplica el de las obligaciones de dar para restituir, considerando al obligado como poseedor de mala fe a partir de que se produce la resolución. En especial, y para aventar dudas, es conveniente precisar que las prestaciones quedarán firmes en la medida en que las partes, recíprocamente, las hayan cumplido.

i) La extensión del daño resarcible, comprendiendo expresamente el daño al interés positivo¹⁷.

j) La aplicabilidad, no obstante la resolución, de la cláusula penal compensatoria que haya sido pactada (v. *infra*, Nº 115)¹⁸; etcétera.

Es importante recordar que, en materia de compraventa a plazos de fracciones en loteos, no

ATILIO ANIBAL ALTERINI

pueden ser pasadas por alto las disposiciones de la ley 14.005 (ley 23.266), cuya extensión ha sido preconizada para abarcar “a todo contrato de compraventa de lotes cuyo precio se satisface en cuotas periódicas”¹⁹.

Y, finalmente, que el Código Civil provee otros mecanismos distintos del pacto comisorio (expreso o tácito) para la resolución contractual, en normas generales (arts. 580, 582, 605, 610, 611, 612, 889, 895, 2174), y especiales en materia de compraventa (arts. 1328, 1375, inc. 3º, 1412, 1413, 1420, 1429, 1430), locación de cosas (arts. 1519, 1524, 1559, 1563, 1564, 1579, 1602), locación de obra (arts. 1643, 1644), etcétera.

112. Rescisión unilateral. La cláusula que autoriza la rescisión unilateral faculta a una de las partes, o a ambas, para desligarse del contrato por su sola voluntad.

Conviene pactar expresamente:

- a) Hasta qué momento se podrá hacerla valer.
- b) Si producirá, o no, efectos retroactivos (*ex tunc*).
- c) Cuál es el régimen de las restituciones que correspondan; etcétera.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

La rescisión unilateral –cabe acotar– está legalmente prevista para varios contratos: locación de cosas (art. 8, ley 23.091), locación de obra (art. 1638, Cód. Civ., según ley 17.711), sociedad civil (art. 1767, Cód. Civ.), depósito (art. 2226, inc. 1º, Cód. Civ.), comodato (art. 2285, Cód. Civ.), etcétera.

6. REGULACION DE LA RESPONSABILIDAD

113. Caso fortuito. Con suma frecuencia, en el contrato no son incluidas estipulaciones referentes al caso fortuito. A lo sumo se prevé que “el deudor no será responsable por caso fortuito”, con lo cual nada se agrega a los artículos 514 y 888 del Código Civil, pero se deja el tema sometido a las mayores incertidumbres.

Se ha visto (*supra*, Nº 7) la equivocidad del concepto jurídico de caso fortuito, que –cuanto menos– es vecino a la noción de falta de culpa, vale decir, la de haber prestado la diligencia exigible en la relación jurídica de que se trata. Además, el criterio legal general es distinguir entre caso fortuito ordinario (que sucede con cierta recurrencia),

ATILIO ANIBAL ALTERINI

y caso fortuito extraordinario (v. nota al art. 514, Cód. Civ.), aunque a veces los unifica (v. art. 1557, Cód. Civ.).

Por todo ello, y por la variedad de circunstancias atinentes al tema, es recomendable prever expresamente algunas de sus particularidades:

A) *Cláusula de irresponsabilidad*. Consiste en enunciar, concretamente, qué hechos serán considerados casos fortuitos liberatorios: por ejemplo, el incendio, o el hurto. Esto evita la necesidad de probar, además del hecho, su carácter fortuito.

B) La *cláusula de responsabilidad* es pactada para que el deudor asuma ciertos hechos fortuitos, por ejemplo el terremoto, la helada; en esas hipótesis responde igualmente, pero se libera si sucede un hecho, distinto de los previstos, que tiene carácter de caso fortuito. La renuncia a articular la doctrina de la imprevisión (art. 1198, 2a. parte, Cód. Civ., según ley 17.711) es una modalidad paralela a esta cláusula de responsabilidad.

C) El *pacto de garantía* se da cuando el deudor asume todos los casos fortuitos, de manera que, suceda lo que suceda, cumplirá igualmente. Se tra-

COMO REDACTAR UN CONTRATO

ta, en el fondo, de una estipulación asimilable al seguro.

D) Desde que la imposibilidad derivada del caso fortuito puede ser *temporaria*, hay que tener en cuenta que, en principio, el deudor está obligado a cumplir no bien queda superado el obstáculo, sin responsabilidad por daños. Pero se puede convenir lo contrario, incluso que la inejecución temporaria debida a caso fortuito sea antecedente útil para la resolución del contrato (v. art. 1413, Cód. Civ.).

E) Finalmente, es dable pactar expresamente que el deudor quede liberado si la prestación resulta imposible, aunque no se configure un caso fortuito en sentido estricto, si esa imposibilidad no ha podido ser superada a pesar de haber realizado las diligencias exigibles conforme al contrato.

114. La mora del deudor y del acreedor. La mora del deudor, en cuanto hace jurídicamente relevante al incumplimiento material, abre una serie importantísima de efectos: la indemnización del daño moratorio (art. 508, Cód. Civ.), la imputación del caso fortuito (art. 513, Cód. Civ.), la inhabilidad para constituir en mora (art. 510, Cód. Civ.), la

ATILIO ANIBAL ALTERINI

operatividad de la cláusula resolutoria (arts. 1203 y 1204, según ley 17.711, Cód. Civ., y 216, Cód. Comercio, según dec. ley 4777/63, Cód. Comercio), la pérdida de la facultad de arrepentirse (art. 1202, Cód. Civ.), la facultad de exigir la prestación o la cláusula penal (art. 659, Cód. Civ.), la invocabilidad de la teoría de la imprevisión (art. 1198, Cód. Civ., según ley 17.711).

A) Es obvia, pues, la necesidad de redactar con esmero la regulación de la *mora del deudor*. En especial, previendo:

a) Si corresponde una interpelación, independientemente de la solución legal respectiva (p. ej. frente a una obligación pura y simple).

b) Si, cuando no se trata de obligación de plazo expresamente determinado y cierto, igualmente la mora se produce de modo automático (art. 509, 1er. párr., Cód. Civ.).

c) Si, cuando el lugar de pago no es el domicilio del deudor, la mora resulta del solo vencimiento²⁰.

d) Si, siendo el plazo incierto, corresponde o no comunicar al deudor el acaecimiento del término (v. gr. que llovió en cierto lugar).

e) Si, habiendo habido algún obstáculo para

COMO REDACTAR UN CONTRATO

la mora, luego removido, corresponde o no comunicarlo a la otra parte.

f) Si la mora se excusa en caso de mera imposibilidad material, o si es menester demostrar que ésta constituyó caso fortuito; etcétera.

B) Correlativamente, y sobre todo por la falta de regulación legal, es menester convenir con detalle lo atinente a la *mora del acreedor*.

Entre otras previsiones, son sugeribles éstas:

a) Qué actitudes implicarán falta de colaboración para con el deudor.

b) Si es menester la interpelación.

c) Si la falta de colaboración relevante puede obedecer a caso fortuito.

d) Si es o no preciso que el deudor realice una oferta real de pago para constituir al acreedor en mora, o si basta una mera declaración; etcétera.

115. Cláusula penal. La cláusula penal –es sabido– resulta de suma utilidad en cuanto fija de antemano el monto indemnizatorio, sea por inejecución definitiva (*cláusula penal compensatoria*) o temporaria (*cláusula penal moratoria*).

Su redacción ha de tener en cuenta:

ATILIO ANIBAL ALTERINI

a) Que la cláusula penal puede ser estipulada a favor de un tercero (art. 653, *in fine*, Cód. Civ.), o a cargo de un tercero.

b) Que su objeto, no obstante la práctica general, no está confinado al dinero (art. 653, Cód. Civ.).

c) Que es posible determinar que rija aunque el incumplimiento no sea culpable (doc. arts. 654 y 657, Cód. Civ.).

d) Que es dable convenir que, en el supuesto de cumplimiento parcial, la pena se debe íntegramente.

e) Que, en caso de tener función compensatoria, es posible establecer su vigencia aunque el contrato sea resuelto (v. *supra*, Nº 15-j).

f) Que se le puede asignar el carácter de mínimo indemnizatorio, por lo cual el acreedor tiene derecho a la resarcibilidad de los mayores daños que acredite (art. 659, *in fine*, Cód. Civ.). O que la cláusula se refiere sólo a ciertos incumplimientos, cabiendo la reparación de los daños provenientes de otros.

g) Que las penas excesivas son reducibles en los términos del artículo 656 del Código Civil, según ley 17.711. Por ello es prudente expresarse con relación a las pautas contenidas en esa norma: “el

COMO REDACTAR UN CONTRATO

valor de las prestaciones” (p. ej., si tienen valor extrapatrimonial para el acreedor); las “demás circunstancias del caso” (v. gr. cuál es la situación patrimonial del deudor); y, para descartar el “abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”, su efectivo consentimiento libre para fijar de común acuerdo esa pena; etcétera.

116. Limitación de responsabilidad. La cláusula de limitación de responsabilidad, de alguna manera, desalienta el cumplimiento, por lo cual suele ser mirada con disfavor, entendiéndosela inválida cuando concierne a daños a la persona o a la salud²¹.

Esa limitación puede resultar: a) de excluir la responsabilidad del deudor por ciertos incumplimientos; b) de poner un tope al monto indemnizatorio.

117. Garantías personales. El deudor, claro está, responde con todos los bienes que integran el activo de su patrimonio, en cuanto sean de los susceptibles de ser embargados. Pero la movilidad de los componentes activos y pasivos del patrimonio afecta contra la seguridad del acreedor, por lo cual cabe que el deudor se comprometa en el con-

ATILIO ANIBAL ALTERINI

trato a no introducir modificaciones sustanciales en aquél (disminuciones del pasivo, incrementos del activo; v. *supra*, Nº 57-B); en tal situación corresponde prever las consecuencias de su infracción (v. gr. la caducidad de los plazos que lo benefician).

Independientemente de ello es posible pactar garantías personales de terceros, como –por ejemplo– la fianza.

La frecuente mención del *aval*, como sinónimo de garantía personal, es técnicamente inadecuada en la medida en que no se trata de la figura descrita en el decreto ley 4.665/63 (arts. 32 a 34).

118. Garantías reales. Pueden ser dadas por el propio deudor, o por un tercero (arts. 518, 3121, 3221, Cód. Civ.), y su conveniencia proviene de la prioridad en el cobro que resulta de su privilegio (arts. 3894, 3934, 3907, 3917, 3916, Cód. Civ.; art. 265, inc. 7º, y doc. arts. 267 y 270, ley 19.551; art. 43, ley 12.962; art. 511, ley 20.094; art. 57, Cód. Aero-náutico).

Al estipular la constitución de una garantía real en el contrato redactado por instrumento privado se debe tomar en consideración:

a) Que los principios de especialidad en cuanto a la cosa y al crédito (arts. 3109, 3131, 3217,

COMO REDACTAR UN CONTRATO

Cód. Civ.) exigen precisar sobre qué recae la garantía, y por qué monto se la otorga.

b) Que ciertas garantías reales son otorgables por instrumento privado, como la prenda con desplazamiento (art. 3217, Cód. Civ.; art. 580, Cód. Comercio), o en formularios, como la prenda con registro (art. 6, ley 12.962); pero aquélla, como contrato real, exige la entrega de la cosa.

c) Que, en cambio, otras garantías imponen formalidades mayores: la escritura pública, en el caso de la hipoteca civil (art. 3128, Cód. Civ.); la escritura pública o documento privado autenticado, en el de la hipoteca naval (art. 501, ley 20.094) y en el de la hipoteca aeronáutica (art. 53, Cód. Aeronáutico). De manera que el contrato privado tiene solamente la virtualidad asignada por los artículos 1185 y 1187 del Código Civil.

7. OTRAS CLAUSULAS DE EMPLEO FRECUENTE

119. Quid de la transmisibilidad. En términos generales, el fenómeno transmisivo de las obligaciones emergentes del contrato se da: *mortis causa*, con relación a los créditos y a las deudas (art. 3417,

ATILIO ANIBAL ALTERINI

Cód. Civ.); y por acto entre vivos, con respecto a los créditos (art. 1434, Cód. Civ.) [en cuanto a las deudas, v. *supra*, Nº 83 y sigs.].

No obstante, la transmisión está impedida:

a) En las relaciones jurídicas *intuitus personae*, en las cuales el ejercicio del derecho “es inseparable de la individualidad de la persona” (nota al art. 1445, Cód. Civ.).

b) En especial en ciertos contratos, como la locación de obra (art. 1640, Cód. Civ.), la sociedad civil de dos personas (art. 1758, Cód. Civ.), el mandato (art. 1963, inc. 3º, Cód. Civ.; v. arts. 1977, 1980 y 1982), etcétera.

c) Cuando promedia prohibición convencional (art. 1444, Cód. Civ.).

De allí que, al redactar el contrato, se debe poner atención en la eventual transmisibilidad, sea autorizándola a pesar de lo dispuesto por la ley supletoria (p. ej., en el caso de muerte del empresario de obra, art. 1640, Cód. Civ.), sea prohibiéndola expresamente.

120. Introducción de terceros en la ejecución.

Por lo pronto, es posible pactar que las obligaciones deban ser cumplidas personalmente por el propio contratante (arts. 626 *in fine* y 730, Cód. Civ.), a

COMO REDACTAR UN CONTRATO

fin de evitar que delegue la ejecución en otro: por ejemplo, sublocando en la locación de obra (art. 1631, Cód. Civ.).

En caso contrario es dable que el contratante introduzca a terceros para el cumplimiento de su prestación (art. 626, 1a. parte, Cód. Civ.). Algunos textos legales (locación de cosas, art. 1561, Cód. Civ.; locación de obra, art. 1631, Cód. Civ.; hospedaje, art. 2230, Cód. Civ.) lo hacen responsable por el hecho de ciertos terceros, pero –a falta de una regla legal genérica– es prudente establecer concretamente esa responsabilidad en el contrato.

121. Significado del silencio. Otra cláusula que, frecuentemente, conviene introducir, es la relativa al significado del silencio.

Así, verbigracia, es posible establecer su irrelevancia, y exigir una declaración de voluntad positiva (art. 917, Cód. Civ.); o, viceversa, generar la “obligación de explicarse” en los alcances del artículo 919 del Código Civil.

122. La reconducción. En principio, no hay reconducción tácita (para la locación de cosas, art. 1622, Cód. Civ.).

Pero cabe convenir que el contrato de dura-

ATILIO ANIBAL ALTERINI

ción quede reconducido automáticamente, a menos que sea denunciado en la oportunidad y en la forma que se convenga.

123. Lugar de cumplimiento. El juego de las reglas legales atinentes al lugar de pago (arts. 618, 747, 748, 749, 1212, 1213, 1410, 1411, 1424, 2216, Cód. Civ.; art. 461, Cód. Comercio) plantea diversas complicaciones.

Por ello es a todas luces conveniente –y de estilo en la práctica– prescindir de esas normas supletorias, y redactar una cláusula referida al lugar de cumplimiento de las obligaciones.

También cabe establecer un lugar de pago alternativo (art. 636, Cód. Civ.), caso en el cual la elección incumbe al deudor (art. 637, Cód. Civ.), a menos que se convenga lo contrario (art. 641, Cód. Civ.). Ver número siguiente.

124. Domicilio de las partes. La cláusula de constitución de domicilio sirve, por lo pronto, para establecer un lugar en el cual se tendrán por cumplidas las comunicaciones derivadas del contrato. Si se quiere que, también, sirva para designar un lugar de pago, se la debe redactar con amplitud, por ejemplo, dándole virtualidad “a todos los efectos”.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

Se ha de tener en cuenta, asimismo, que la constitución de domicilio determina la competencia territorial (art. 5, inc. 3º, Cód. Procesal) que, de tal modo, resulta prorrogada (art. 102, Cód. Civ.).

125. Elección del tribunal. La elección del tribunal que conocerá de las cuestiones derivadas del contrato es viable:

a) Para prorrogar la competencia territorial a favor de un tribunal nacional (arts. 1 y 2, Cód. Procesal).

b) Para prorrogar la competencia territorial a favor de un tribunal extranjero (arts. 1 y 2, Cód. Procesal), caso en el cual hay sometimiento al Derecho Internacional Privado del país al que corresponde ese tribunal.

c) Para renunciar a la competencia federal derivada de la nacionalidad o del domicilio (art. 111, inc. 3º, ley 1893; art. 12, inc. 4º, ley 48).

Sobre cláusula arbitral, ver *infra*, Nº 129.

126. Elección del Derecho aplicable²². En términos generales, aunque el contrato sea celebrado en el país, si un país extranjero es “designado” como lugar de cumplimiento (art. 1212, Cód. Civ.), se aplica su Derecho (art. 1210, Cód. Civ.).

ATILIO ANIBAL ALTERINI

Esa ley extranjera rige:

a) La validez del contrato, esto es, lo relativo a su forma, puesto que la capacidad está sometida a la ley del domicilio (arts. 6 y 7, Cód. Civ.).

b) Su naturaleza, o sea las cláusulas naturales (nota al art. 1205, Cód. Civ.; v. *supra*, Nº 24).

c) Las obligaciones (y derechos) emergentes.

Cuando un contrato es multinacional, porque se relaciona con otros sistemas jurídicos, el modo idóneo para soslayar esa directiva del Código Civil es el pacto expreso de aplicabilidad de cierto Derecho, sea el nacional o el extranjero.

127. Gastos. Cargas fiscales. Los gastos, y las cargas fiscales, derivados de la redacción del contrato, tienen especial incidencia en la ecuación económica del negocio.

Es posible pactar su distribución entre las partes conforme a un criterio distinto del que adopta la ley (p. ej., en cuanto a los gastos en la compraventa, arts. 1415 y 1424, Cód. Civ., y 460, Cód. Comercio).

128. Cláusulas especiales en la compraventa. El artículo 1363 del Código Civil autoriza a las partes a estipular “cláusulas especiales” modificatorias de la regulación legal del contrato de compraventa.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

Veremos ahora, con respecto a diversas cláusulas que prevé el Código Civil, algunas situaciones que exigen precisiones en la redacción:

a) En la *venta a satisfacción del comprador*, corresponde fijar el plazo para que se expida (art. 1379, Cód. Civ.) [En materia comercial es de tres días desde la interpelación: art. 455, Cód. Comercio].

b) En la *venta con pacto de preferencia*, es prudente establecer que la comunicación del comprador al vendedor que prevé el artículo 1394 del Código Civil puede ser hecha privadamente.

c) En la *venta con pacto de retroventa* es menester advertir que el plazo del artículo 1382 del Código Civil opera automáticamente, a menos que se establezca la necesidad de una comunicación previa. Y que, ante el silencio legal respecto de las modalidades del rescate por el vendedor, es prudente regularlo: cómo se formulará la declaración; si es o no necesaria una oferta real de pago del precio y sus accesorios (art. 1384, Cód. Civ.); etcétera.

d) En la *venta con pacto de reventa* se deben tomar en consideración iguales circunstancias, atenta la remisión del artículo 1391 del Código Civil.

e) En la *venta con pacto de mejor comprador*, ante el silencio del artículo 1401 del Código Civil,

ATILIO ANIBAL ALTERINI

corresponde determinar el plazo dentro del cual se debe pronunciar el comprador.

Con relación a estas últimas cláusulas hay que tener presente que, no procediendo en materia de muebles (arts. 1380 y 1400, Cód. Civ.), la compra-venta exige escritura pública (art. 1184, inc. 1º, Cód. Civ.).

129. Arbitraje. No es difícil destacar la importancia de la solución arbitral de los conflictos resultantes del contrato. El ámbito del arbitraje es amplísimo (art. 737, Cód. Procesal), y se le acreditan como ventajas la celeridad en el trámite, la reserva respecto de su secuela, la flexibilidad de la solución posible, la idoneidad de los árbitros, la economía en los costos, etcétera²³.

En la cláusula respectiva del contrato es prudente prever, habida cuenta de los aspectos que generan mayores dificultades de aplicación:

a) El pacto de un *acuerdo* (y no compromiso) arbitral, para dejar claro su carácter definitivo.

b) La fijación con amplitud de su incumbencia. Es frecuente el empleo de la fórmula “todas las cuestiones referidas a la interpretación...”, o “al cumplimiento...”, que la jurisprudencia aplica literalmente²⁴ –frustrándose así la cláusula de acuerdo

COMO REDACTAR UN CONTRATO

arbitral–, por lo cual conviene precisar extensivamente ese ámbito: por ejemplo, con un texto que abarque “la interpretación, la ejecución o inejecución, la extinción, la responsabilidad, sus antecedentes y sus consecuencias y, en general, todas las cuestiones, de hecho o de derecho, de cualquier índole que ellas sean, a que pueda dar lugar el contrato”.

c) La designación de los árbitros, incluido el tercero, o atenerse al nombramiento que realice alguna institución.

d) La designación de secretario, o encomendarla a los árbitros.

e) La determinación de si se trata de árbitros *juris* o amigables componedores; en caso de silencio se los considera amigables componedores (art. 766 Cód. Procesal).

f) El procedimiento que será seguido, o –para mayor sencillez– remitirse al reglamento provisto por alguna institución.

g) La previsión de que los árbitros estén facultados para determinar el objeto del arbitraje.

h) El acuerdo acerca de que el pedido de medidas cautelares no implicará renuncia al arbitraje.

i) La fijación del plazo para expedir el laudo.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

j) La renuncia a todos los recursos, en cuanto sean renunciables, teniendo presente que no lo son cuando se trata de falta esencial del procedimiento, o de un laudo dado fuera del plazo o del compromiso (art. 760, Cód. Procesal).

k) La previsión de multas a cargo de quien obstaculice el arbitraje, o promueva recursos culposamente (arts. 741, inc. 4º y 748, inc. 2º, Cód. Procesal).

l) La determinación acerca de que los recursos también serán conocidos por árbitros (art. 763, Cód. Procesal)

m) Los criterios para la remuneración de los árbitros y del secretario, etcétera.

Por razones prácticas, el contrato puede limitarse a establecer el acuerdo arbitral, y llevar en un anexo las precisiones respectivas.

CAPITULO XI

LA NUEVA TECNOLOGIA

130. El soporte del instrumento. Tradicionalmente los contratos fueron redactados en papel, estampando la escritura por medios manuales (escritura manuscrita) o mecánicos (mecanografía, impresión).

La técnica moderna de reproducción de un documento sobre otro soporte de papel por exposición a la luz, o al calor, como la fotocopia¹, no plantea dificultades jurídicas.

Tampoco los genera la reproducción mediante sistema informático de un documento electrónico, a través de una máquina de escribir (impresora), puesto que se trata del *output*, y no del *input*, y la escritura tiene un soporte de papel.

En ambos casos la eficacia del documento resulta de la firma que las partes ponen de su puño y letra sobre el soporte material en el cual está

ATILIO ANIBAL ALTERINI

impreso un texto, independientemente de la técnica que haya sido usada para escribirlo (v. *supra*, Nº 3).

Cuando se trata de la reproducción facsimilar (*fax*) del ejemplar de un documento suscripto por una de las partes, esa reproducción por sí sola no constituye el instrumento útil, aunque por scopometría pudiera establecerse la autoría de la firma. Habría un instrumento no firmado (art. 1190, Cód. Civ.) o, a lo sumo, principio de prueba por escrito (arts. 1192, 2a. parte, Cód. Civ., y 209, Cód. Comercio)², que autoriza a probar el contrato por otros medios.

131. La autoría. En este aspecto no se trata de la fiabilidad de una reproducción, sino de la pertenencia de la creación del instrumento.

El *télex* puede tener un *answer back*, y el documento electrónico, ser protegido por un código de identificación. Pero, no obstante, esas referencias sólo pueden generar, en su caso, una presunción simple, pero no aseguran que quien envió aquél, o grabó éste, sean el titular del derecho, o un representante suyo investido con poderes suficientes a tal efecto, y no un usurpador. Aun en el comercio –cuyas perentoriedades impulsan la extensión de la nueva tecnología– los factores, emplea-

COMO REDACTAR UN CONTRATO

dos o dependientes, tienen poderes legalmente determinados para obligar al principal (art. 132 y sigs., Cód. de Comercio). Y, en todo caso, únicamente podría presumirse, como presunción simple y porque es *quod plerumque accidit*, que alguno de ellos operó el aparato de *télex* o el teclado de la computadora.

Por otra parte, ni el *télex* ni el documento electrónico reproducen un instrumento ya existente, sino que lo generan. La confiabilidad de este último, además, depende no sólo de la pertenencia, sino también del equipo (*hardware*), del programa (*software*), de la información (*input*), de fallas técnicas espontáneas o provocadas, etcétera.

132. La nueva tecnología en la redacción del contrato. En la actualidad, algunos instrumentos públicos resultan de documentos electrónicos: el registro de la contabilidad “por ordenadores” está autorizado por el artículo 61 de la ley 19.550, texto según ley 22.903, de modo que, como el artículo 979, inciso 4º, del Código Civil, asigna carácter de instrumento público a “los asientos de los corredores”, los registros informáticos de una sociedad de corredores tendrían dicha calidad; lo mismo sucede en el caso de las acciones escriturales (art. 208 de la

ATILIO ANIBAL ALTERINI

ley 19.550, texto según ley 22.903), conforme al artículo 979, inciso 8º, del Código Civil.

Ello demuestra que cualquier síntesis acerca del estado actual de la cuestión debe ser eminentemente provisional, y quedar sujeta a adecuaciones del sistema jurídico. No obstante, y con ese alcance, cabe proponer al redactor del contrato estas directivas para el empleo de nuevas tecnologías:

a) La reproducción del documento puede ser hecha por cualquier medio, siendo imprescindible la firma de las partes sobre el soporte material (papel) en el cual haya sido llevada a cabo (v. *supra*, Nº 4).

b) El documento transmitido por *télex*, y el documento electrónico grabado en la memoria de la computadora, o en un *diskette*, tienen como virtualidad máxima –y según los casos– la de generar una presunción simple de autoría⁴.

c) La reproducción por *fax* de un documento firmado por una de las partes puede, a lo sumo, revestir el carácter de instrumento no firmado, o importar principio de prueba por escrito.

CAPITULO XII

ENSAYANDO LA REDACCION

133. La cuestión. Un Banco tiene instalado un sistema de equipos de computación en cada una de sus casas, y pretende que una empresa especializada le provea otro sistema de transmisión de datos para la interconexión de todos ellos.

Se trata, ahora, de ensayar la redacción de un contrato tendiente a satisfacer esa finalidad. Se propone una estructura esquemática básica, con remisión –en lo pertinente– a lo señalado en cuanto a las diversas cláusulas en el Capítulo X.

El texto proyectado incluye anexos, que también contienen especificaciones técnicas imprescindibles en el caso.

134. Desarrollo de la redacción.

a) *Encabezamiento.* Se mencionan las partes –en lo sucesivo denominadas “el Banco” y “el pro-

ATILIO ANIBAL ALTERINI

veedor”–, quiénes actúan en su representación, y los domicilios (v. *supra*, Nº 53).

b) *Finalidad*. Se trata de un aspecto de los considerandos (*supra*, Nº 56), en el que se explicita el propósito de “el Banco” de obtener un sistema de transmisión de datos, para la interconexión de sus diversas casas –las cuales cuentan con sistemas informáticos que conoce “el proveedor”–, que resulte adecuado a sus necesidades.

c) *Objeto*. La provisión, “producto en mano”, del sistema de transmisión de datos (v. *supra*, Nº 103).

d) *Obligaciones de “el proveedor”*. Se las enuncia, con sus correspondientes precisiones: obtener líneas y licencias de instalación de los vínculos radioléctricos necesarios; proveer e instalar el equipamiento, con *hardware*, *software* y *firmware*, mediante equipos de correcto funcionamiento, y realizar las obras civiles necesarias; llevar a cabo su mantenimiento; brindar el nivel establecido de eficiencia operativa, así como atención y asistencia técnica; capacitar al personal de “el Banco”; etcétera. Se establece que las circunstancias del cumplimiento resultan de los Anexos Nros. 1, 2 y 4, y sólo se considerará realizado cuando el sistema se

COMO REDACTAR UN CONTRATO

encuentre en pleno funcionamiento, acorde con la finalidad antes expresada; que las modificaciones al proyecto deberán ser aprobadas previamente y por escrito por “el Banco”.

e) *Obligaciones de “el Banco”*. Se las enuncia, con sus correspondientes precisiones: pagar el precio, con sus correspondientes intereses en los plazos que resultan del Anexo N° 3; facilitar la instalación del sistema en sus casas; etcétera. Se prevé que, con relación a eventuales trabajos adicionales, “el Banco” sólo pagará su precio en caso de haber dado conformidad expresa y por escrito, previa a su realización (v. art. 1633 bis, Cód. Civ., según ley 17.711).

f) *Condición resolutoria*. Se pacta como condición resolutoria operativa de pleno derecho el fracaso en las gestiones tendientes a obtener la licencia de instalación en el plazo establecido en el Anexo N° 2 (v. *supra*, N° 107). En ese caso “el proveedor” restituirá a “el Banco” las cantidades recibidas, en el plazo que se fija.

g) *Incumplimiento y responsabilidad*. Se prevén la mora automática y el pacto comisorio expreso, con las distintas especificaciones que corresponden en cuanto a los incumplimientos que

ATILIO ANIBAL ALTERINI

habilitan su ejercicio, el eventual plazo de gracia, las restituciones, etcétera (v. *supra*, Nº 111). Se convienen cláusulas penales moratoria y compensatoria, y se dispone que ésta será operativa aun en caso de resolución del contrato (v. *supra*, Nº 115).

h) *Otras cláusulas*. Se establece la confidencialidad de la información que se suministren las partes; la autorización a “el proveedor” para subcontratar, manteniéndose su propia responsabilidad; etcétera.

i) *Cláusula arbitral*. Se la prevé, con sus correspondientes precisiones (v. *supra*, Nº 129).

j) *Anexos*. Se incluyen los siguientes Anexos que forman parte del contrato: Nº 1: “Especificaciones técnicas”; Nº 2: “Cronograma de instalación”; Nº 3: “Cotizaciones”; Nº 4: “Garantía y mantenimiento”. El Anexo Nº 1 incluye definiciones (v. *supra*, Nº 58) de términos como “sistema”, “*hard-ware*”, “*software*”, “*firmware*”, “onda portadora”, “obras civiles”, “eficiencia operativa”, “volumen de tráfico de datos”, “producto en mano”, etcétera.

k) *Domicilio*. Se lo constituye en el indicado en el encabezamiento (v. *supra*, Nº 124).

COMO REDACTAR UN CONTRATO

1) *Redacción.* Se declara que ambas partes participaron en la redacción del texto (v. *supra*, Nº 59).

II) *Final.* Se indica la fecha y el número de ejemplares que son firmados (v. *supra*, Nº 61), con la constancia del pago del impuesto de sellos (v. *supra*, Nº 20).

135. Aclaración final. Con referencia a esta redacción es de advertir:

a) Que el contrato no ha sido calificado, no obstante lo cual sería asimilable a la locación de obra (art. 1629, Cód. Civ.).

b) Que, por lo tanto, podría ser rescindido unilateralmente por “el Banco” (art. 1638, Cód. Civ., según ley 17.711).

c) Que, asimismo, “el proveedor” quedaría sujeto al régimen de las obligaciones de resultado, con enérgicos alcances (art. 1630, Cód. Civ.).

d) Que, además, serían aplicables las disposiciones atinentes a vicios y defectos del artículo 1647 bis del Código Civil (según ley 17.711).

e) Que, también, la fijación del precio en montos determinados impediría que “el proveedor” pretendiera su incremento, salvo la aplicabilidad de

ATILIO ANIBAL ALTERINI

la teoría de la imprevisión (art. 1633, Cód. Civ., según ley 17.711).

Va de suyo –se reitera nuevamente ahora– que éstas y otras cuestiones pueden ser previstas expresamente en el contrato, regulando la relación de las partes conforme a criterios distintos de los que la regirían por imperio de la legislación supletoria que incide en él (v. *supra*, Nros. 15 y 16).

NOTAS DEL CAPITULO I

¹ CARRIO, Genaro R., *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Buenos Aires, 1989, pág. 60.

² V. sumariamente, LLAMBIAS, Jorge Joaquín y ALTERINI, Atilio Aníbal, *Código Civil anotado - Contratos*, t III-A, Buenos Aires, 1982, com. art. 1137-A, 1, pág. 11; ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar J. y LOPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de obligaciones*, t. II, Buenos Aires, 1991, Nº 1650.

³ V. SALVAT, Raymundo M. - LOPEZ OLACIREGUI, José María, *Tratado de Derecho Civil argentino - Parte general*, t. II, Buenos Aires, 1964, Nº 2254, pág. 506.

⁴ V. BELLUSCIO, Augusto C. (Director) y ZANNONI, Eduardo A. (Coordinador), *Código Civil anotado*, t. 4, Buenos Aires, 1982, com. art. 1012, Nº 2, pág. 646.

⁵ V. su reseña en BELLUSCIO-ZANNONI, *ibid.*, Nros. 3 y 4, pág. 647.

⁶ Cám. Nac. Civ., Sala D, *E.D.* t. 6, pág. 504; Cám. 2a. Civ. y Com., La Plata, *J.A.* 1951-II-83.

⁷ V. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil - Parte general*, Buenos Aires, 1982, t. II, Nº 1595, pág. 405.

⁸ RODRIGUEZ-AGUILERA, Cesáreo, *El lenguaje jurídico*, Barcelona, 1969, pág. 29.

⁹ MAZEAUD, Henri, *Exercices pratiques. Méthodes générales de travail*, Paris, 1987, Nº 84, pág. 96.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

¹⁰ MAZEAUD, *ibid.*, pág. 95.

¹¹ V. ALTERINI, Atilio Aníbal, "El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual", en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, año 1990, pág. 16, y en *Derecho de daños y otros estudios*, Buenos Aires, 1991.

¹² V. CARRIO, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1990, pág. 28 y sigs.

¹³ BORGES, Jorge Luis, "Funes el memorioso", en *Ficciones*, Buenos Aires, 1956, pág. 107. Al personaje "le costaba comprender que el símbolo genérico perro abarcara tantos individuos dispares de diversos tamaños y diversa forma".

¹⁴ Cit. por CLAVELL BORRAS, Javier, *Cómo redactar mejor*, Buenos Aires, 1982, pág. 23.

¹⁵ Cám. Nac. Civ., Sala A, *L.L.* 98-633; Sala B, *L.L.* 122-229; Sala D, *J.A.* 1964-IV-86; Sala F, *L.L.* 97-292; Cám. Nac. Com., Sala A, *J.A.* 1954-III-519; Sala B, *L.L.* 75-681; Sala C, *L.L.* 147-16; S.C.B.A., *L.L.* 1976-C-378; S. C. Mendoza, *L.L.* 101-410.

¹⁶ La obra recién citada de CLAVELL BORRAS es una guía útil para la redacción correcta. V. también, para el modo de expresión moderno, AGENCIA EFE, *Manual de estilo (Manual del español urgente)*, Madrid, 1986.

¹⁷ GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat: Formation*, Paris, 1988, Nº 299, pág. 313.

¹⁸ LLEWELLYN, K. N., *Belleza y estilo en el Derecho*, trad. J. Puig Brutau, Barcelona, 1953, pág. 24.

¹⁹ Cám. Nac. Civ., Sala D, *L.L.* 115-255; Cám. Civ. y Com. Bahía Blanca, *J.A.* 1954-II-99.

²⁰ VIDELA ESCALADA, Federico, *La interpretación en los contratos civiles*, Buenos Aires, 1964, pág. 74.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

²¹ Cám. Nac. Civ., Sala B, *J.A.* 7-1970-21; Sala C, *L.L.* 1977-D-253; Sala D, *E.D.* 56-425; Sala E, *L.L.* 1977-D-485; Sala F, *L.L.* 122-99; Cám. Nac. Com., Sala B, *J.A.* 1961-I-248; Sala C, *L.L.* 119-68. V. LOPEZ CABANA, Roberto M., "El Proyecto de Unificación legislativa civil y comercial (Su coordinación con recomendaciones de Congresos Jurídicos y soluciones del Derecho Comparado)", en *L.L.*, t. 1987-D, pág. 845, y en ALTERINI, Atilio Aníbal y LOPEZ CABANA, Roberto M., *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1988, pág. 321, ap. 17.

²² V. LOPEZ CABANA, Roberto M., *ibid.*

²³ GHESTIN, *ob. cit.*, Nº 429, pág. 463, y sentencias que cita en notas 82 y 83.

²⁴ GHESTIN, *ob. cit.*, Nº 501 y sigs., pág. 554 y sigs. V. ALTERINI, Atilio Aníbal y LOPEZ CABANA, Roberto M., "Responsabilidad profesional: el experto frente al profano", en *L.L.*, t. 1989-E, pág. 847, y en *Derecho de daños...*, cit.

²⁵ "Además de lo que las partes ponen en el contrato, hay lo que presuponen y en que, por ello, no piensan: sin embargo no está fuera de su voluntad sino al contrario, en su fondo, y en su razón": ORGAZ, Alfredo, "El contrato y la doctrina de la imprevisión", en *L.L.*, t. 60, pág. 693, Nº 3.

²⁶ ALTERINI, Atilio Aníbal, "El reajuste del precio en la compraventa inmobiliaria", en *L.L.*, t. 1978-C, pág. 42, y en *Cuestiones modernas...*, cit., pág. 93, espec. ap. I-5o.

²⁷ ALTERINI, *ibid.*, y su cita de LEHMANN.

²⁸ V. ALTERINI, Atilio Aníbal, "Formas modernas de la contratación", en *L.L.*, t. 1980-D, pág. 1108, y en *Cuestiones modernas...*, cit., pág. 1.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

²⁹ V. ALTERINI, Atilio Aníbal y LOPEZ CABANA, Roberto M., *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Buenos Aires, 1989, espec. Nº 17, pág. 76.

³⁰ V. DAVID, René, *Les contrats en droit anglais*, Paris, 1973.

³¹ SANTOS BRIZ, Jaime, *La contratación privada*, Madrid, 1966, pág. 86.

³² Sobre esto, v. GASTALDI, José María, “Contratos nominados e innominados”, en *Contratos. Cátedra de Derecho Civil del doctor Federico Videla Escalada*, t. I, Buenos Aires, 1971, pág. 165; LLAMBIAS-ALTERINI, ob. cit., com. art. 1143, A-5, pág. 28; XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Carlos de Bariloche, 1989), Recomendaciones de la Comisión Nº 3. El art. 1143, 2a. parte, del Proyecto de Código Unico de 1987 pretendió resolver la cuestión en estos términos: “En los contratos atípicos, en subsidio de la voluntad de las partes, se aplicarán las reglas de contratos típicos afines que sean compatibles con la finalidad y la economía del negocio, y las normas generales sobre obligaciones y contratos”.

³³ Aparte de los exégetas clásicos (SEGOVIA, MACHADO, LLERENA), la literatura jurídica argentina sobre contratos es riquísima en obras generales: ARIAS, José, *Contratos civiles*, Buenos Aires, 1939; LAFAILLE, Héctor, *Curso de contratos*, Buenos Aires, 1928; *Derecho Civil – Contratos*, Buenos Aires, 1953; SALVAT, Raymundo M. – ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de Derecho Civil argentino – Contratos*, Buenos Aires, 1954; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil – Contratos*, Buenos Aires, 1990; LOPEZ de ZAVALIA, Fernando J., *Teoría de los contratos – Parte general*, Buenos Aires, 1975; *Parte especial*, Buenos Aires, 1976; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Teoría general*

COMO REDACTAR UN CONTRATO

del contrato, Rosario, 1976; *Contratos*, Buenos Aires, 1984; PIANTONI, Mario A., *Contratos civiles*, Buenos Aires - Córdoba, 1975; SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil - Contratos*, Buenos Aires, 1975/1983 ; MUÑOZ, Luis, *Contratos*, Buenos Aires, 1960. Ultimamente, GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A., *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, 1988; STIGLITZ, Rubén S. (Director), *Contratos - Teoría general*, Buenos Aires, 1990; GHERSI, Carlos Alberto (Director), *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, 1990. También BELLUSCIO-ZANNONI, *ob. cit.*, t. 6, Buenos Aires, 1986; LLAMBIAS-ALTERINI, *ob. cit.*, t. III-A, Buenos Aires, 1982; t. III-B, Buenos Aires, 1985.

³⁴ V. LLAMBIAS-ALTERINI, *ob. cit.*, t. III-B, com. art. 1623-A, 14, pág. 340.

³⁵ CARRIO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, cit., pág. 29.

NOTAS DEL CAPITULO II

¹ Lo cual no obsta a que sea confirmable el acto pasible de nulidad relativa derivada de preceptos imperativos, pero no de orden público, como los atinentes a la capacidad de hecho, los vicios de la voluntad, o los propios del acto jurídico: conf. ENGEL, Pierre, *Traité des obligations en Droit suisse*, Neuchatel, 1973, Nº 26, pág. 87.

² FLOUR, Jacques y AUBERT, Jean-Luc, *Les obligations. L'acte juridique*, París, 1986, Nº 99, pág. 72; conf. doc. art. 1363, Cód. Civ.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

³ Doc. art. 3 *in fine*, Cód. Civil, según ley 17.711: “a los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

⁴ WEILL, Alex y TERRE, François, *Droit Civil. Les obligations*, Paris, 1986, Nos. 348 y 58, págs. 353 y 56, respectivamente.

⁵ GHESTIN, Jacques y GOUBEUX, Gilles, *Traité de Droit Civil. Introduction générale*, Paris, 1983, Nº 498, pág. 400. Para la relevancia interpretativa de los usos, v. Cám. Nac. Civ., Sala F, *L.L.* 122-99; Cám. Nac. Com., Sala B, *J.A.* 1966-V-613; Cám. Civ. y Com. Rosario, en pleno, *L.L. Dig. Jur.* III-647, Nº 172, dejándose a salvo la voluntad contractual expresa en contrario (S. C. Bs. As., *J.A.* 1956-II-350).

⁶ Conf., por todos, LLAMBIAS, *Tratado - Parte general*, cit., t. I, Nº 186 y sigs., pág. 159 y sigs.

⁷ LLAMBIAS, *ibid.*, Nº 53, pág. 57, texto y nota 67.

⁸ Sobre esto, v. ALTERINI, Atilio Aníbal, “El estatuto del consumidor”, en TRIGO REPRESAS, Félix A. y STIGLITZ, Rubén S., *Contratos. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, 1990, pág. 419, Nº 1-b-5, y sus citas.

⁹ Sancionado por la Cámara de Senadores en 1986, y revisado por la Cámara de Diputados y devuelto a la Cámara de origen en 1990.

¹⁰ Es lo que sucede –por ejemplo– en la ley del consumidor de Mendoza nº 5547 del año 1990.

¹¹ Cám. Nac. Civ., Sala D, *J.A.* 1969-II-294.

¹² Cám. Nac. Civ., Sala A, *L.L.* 117-184; Sala B, *L.L.* 106-102; Sala D, *J.A.* 1964-III-600; Sala F, *L.L.* 102-655.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

NOTAS DEL CAPITULO III

¹ POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, trad. esp., Buenos Aires, 1978, Nº 5 y sigs., pág. 14 y sigs.; SALVAT - ACUÑA ANZORENA, *ob. cit.*, t. I, Nº 37, pág. 49.

² LOPEZ de ZAVALIA, *ob. cit.*, t. I, pág. 50, apoyándose en CARNELUTTI, Francisco (*Teoría general del Derecho*, Nº 145); LLAMBIAS-ALTERINI, *ob. cit.*, t. III-A, com. art. 1144-A, 2, pág. 32.

³ "Pareciera que esto es, poco más o menos, lo que enseñaba la teoría clásica... Pero adviértase la diferencia que media en tratar, por ejemplo, al inmueble como elemento esencial de una compraventa, y decir que una referencia a él constituye una cláusula esencial": LOPEZ de ZAVALIA, *ob. cit.*, pág. 52.

⁴ Conf. 3ras. Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, Provincia de Buenos Aires, 1988), Tema B; XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Carlos de Bariloche, 1989), Comisión 8.

⁵ Sobre esto, v. ALTERINI, Atilio Aníbal y LOPEZ CABANA, Roberto M., *La autonomía de la voluntad...*, *cit.*, pág. 17 y sigs.

NOTAS DEL CAPITULO IV

¹ V. BUERES, Alberto J., *La entrega de la cosa en los contratos reales*, Buenos Aires, 1977.

² ORGAZ, Alfredo, "El acto de administración en el Código Civil", en *Nuevos estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1954.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

³ CARNELUTTI, F., *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1941, Nº 153, pág. 316. Conf. GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, t. IX, Montevideo, 1977, pág. 182: "todas las obligaciones tienen un tiempo (es decir, una ubicación cronológica), pero no todas tienen una duración".

⁴ V. VIDELA ESCALADA, Federico, *La causa final en el Derecho Civil*, Buenos Aires, 1968.

⁵ ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, *Curso de obligaciones*, cit., t. I, Buenos Aires, 1989, Nº 130 y sigs., pág. 66 y sigs.

⁶ V. *ibid.*, Nº 142 y sigs., pág. 72 y sigs.

NOTAS DEL CAPITULO V

¹ LOPEZ de ZAVALIA, *ob. cit.*, pág. 93.

² GHESTIN, *ob. cit.*, Nº 240, pág. 269, con cita de FONTAINE.

³ FONTANARROSA, Rodolfo, *Derecho Comercial Argentino - Parte general*, t. II, Buenos Aires, 1969, Nº 20, pág. 62.

⁴ V. LLAMBIAS-ALTERINI, *ob. cit.*, t. III-A, com. art. 1150, A-3, pág. 51.

⁵ FONTANARROSA, *ob. cit.*, Nº 26, pág. 75.

⁶ *Aut. y ob. cit.*, Nº 20, pág. 63, y sus citas de nota 10.

⁷ Conf. GHESTIN, *ob. cit.*, Nº 241, pág. 270, y sus citas de la nota 117.

⁸ FARJAT, Gérard, *Droit Privé de l'Economie. Théorie des obligations*, Paris, 1975, pág. 131.

⁹ BELLUSCIO-ZANNONI, *ob. cit.*, t. 5, com. art. 1185, Nº 5, pág. 842.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

¹⁰ GHESTIN, *ob. cit.*, Nº 68, pág. 58; LARROUMET, Christian, *Droit Civil. Les obligations*, 1a. parte, Paris, 1986, Nº 295, pág. 256, nota 100.

¹¹ V. SANTOS BRIZ, Jaime, *La contratación privada*, Madrid, 1966, pág. 92, con cita de HUECK. Ejemplifica con los contratos que los Bancos celebran con sus clientes.

¹² V. LLAMBIAS-ALTERINI, *ob. cit.*, com. art. 1186-A, 1, pág. 113. Cám. Nac. Civ., Sala C, *L.L.* 140-546; *J.A.* 23-1974-83.

¹³ CASAS DE CHAMORRO VANASCO, María Luisa, "Obligación de escriturar", *Contratos. Cátedra de Derecho Civil del doctor Federico Videla Escalada*, cit., t. II, Buenos Aires, 1973, pág. 153; LLAMBIAS-ALTERINI, *ob. cit.*, com. art. 1185-A, pág. 103.

NOTAS DEL CAPITULO VI

¹ LLAMBIAS, *Tratado-Parte general*, cit., Nº 1483, pág. 350.

² Cám. Nac. Civ., Sala F, *J.A.* 1977-IV-341; Cám. 2a. Civ. y Com. Córdoba, *L.L.* 1976-A-486, 33.178-S. Conf. XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Carlos de Bariloche, 1989), Rec. 4, Com. 3.

³ Cám. Nac. Civ., Sala A, *L.L.* 99-350; Sala C, *L.L.* 102-603; Sala C, *L.L.* 104-232; Sala F, *J.A.* 12-1971-106.

⁴ Cám. Civ. 1a., *L.L.* 13-407; Cám. Nac. Civ., Sala A, *L.L.* 99-350; Sala B, *J.A.* 1963-V-625; Sala C, *L.L.* 1978-B-651; Sala D, *J.A.* 1965-III-73; Sala E, *L.L.* 1978-D-723; Cám. Civ. y Com. Rosario, en pleno, *L.L.* 50-93.

⁵ ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil*, 3a. ed., Buenos Aires, 3a. ed., 1987, Nº 343, pág. 266; y "La responsabilidad civil por productos. Estado de la cuestión en el Derecho

ATILIO ANIBAL ALTERINI

argentino", en *L.L.*, t. 1989-E, pág. 1178, texto y citas de la nota 71, y en *Derecho de daños...*, cit.

⁶ V. LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. C. Fernández Rodríguez, Madrid, 1956, y *supra*, Nº 8.

⁷ Cám. Nac. Civ., Sala F, *L.L.* 114-238.

⁸ Cám. Nac. Civ., Sala D, *L.L.* 106-881; C. J. Salta, *L.L.* 1976-B-410, 33.356-S.

⁹ GHESTIN, *ob. cit.*, Nº 305, pág. 320.

¹⁰ V. VINEY, Genevieve, *La responsabilité. Conditions*, Paris, 1982, Nº 461, pág. 551; GHESTIN, *ob. cit.*, Nº 306-1 y sigs., pág. 324 y sigs.

¹¹ V. ALTERINI-LOPEZ CABANA, *La autonomía de la voluntad...*, cit., pág. 32, texto y nota 50.

¹² Conf. BERLIOZ, Georges, *Le contrat d'adhesion*, Paris, 1976, Nº 178, pág. 95, y sus citas de nota 186.

¹³ Tribunal Comercial de París, sentencia del 28/11/77, cit. por GHESTIN, *ob. cit.*, Nº 304, pág. 320, notas 103 y 106.

¹⁴ Cám. Nac. Civ., Sala E, *L.L.* 130-616.

¹⁵ Cám. Nac. Com., Sala B, *L.L.* 1977-C-439.

¹⁶ Que refiere al precio corriente al tiempo de la determinación: S. C. Bs. As., *L.L.* 15-803; Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala II, *L.L.* 123-6.

¹⁷ El profesor Sergio LE PERA tiene a su cargo un curso sobre contratación internacional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Dos alumnos suyos, a la sazón ayudantes en mi Cátedra de Obligaciones Civiles y Comerciales, Eduardo BAISTROCCHI y Javier RODRI-

COMO REDACTAR UN CONTRATO

GUEZ GALLI, me suministraron información relativa a las enseñanzas del profesor LE PERA, que ha resultado de suma utilidad.

NOTAS DEL CAPITULO VII

¹ V. BELLUSCIO-ZANNONI, *ob. cit.*, t. 4, com. art. 944, Nº 9, pág. 272.

² Aquí no interesa la denominada representación oculta (imperfecta, impropia, indirecta, mediata), en la cual el otorgante actúa en nombre propio no obstante hacerlo realmente en interés ajeno. Es el caso del comisionista, que “obra a nombre propio o bajo la razón social que representa” (art. 222, Cód. Comercio), y “queda directamente obligado hacia las personas con quienes contratarse, sin que éstas tengan acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas” (art. 233, Cód. cit.; art. 1929, Cód. Civ.).

³ Sobre la cuestión, v. FONTANARROSA, *ob. cit.*, Nº 324 y sigs., pág. 438 y sigs.

⁴ No se consideran aquí el mandato verbal (art. 1873, Cód. Civ.) ni el mandato tácito (art. 1874, Cód. Civ.).

⁵ V. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. Martín Pérez, Madrid, 1959, Nº 71, pág. 430.

⁶ La piedra de toque no es el carácter especial del poder, sino el otorgamiento de facultades expresas, aunque sean conferidas en un poder concebido en términos generales: v. ACUÑA ANZORENA, Arturo, en SALVAT, *ob. cit.*, t. III, Nº 1803, nota 63-d, pág. 147.

⁷ Cabe observar que, si el poder viene otorgado por escritura pública, el examen de los documentos habilitantes ya

ATILIO ANIBAL ALTERINI

ha sido realizado por el escribano interviniente: art. 1003, Cód. Civ., según ley 15.875.

⁸ V. LLAMBIAS-ALTERINI, *ob. cit.*, t. III-A, com. art. 1160-A, 4, pág. 62.

⁹ Se pasan por alto las discusiones acerca de la naturaleza del impedimento en el caso de los religiosos profesos y de los fallidos (v. LLAMBIAS-ALTERINI, *ob. cit.*, com. art. 1160-A, 9 y 10, pág. 64), puesto que, cualquiera sea su fundamento, hay carencia de aptitud para contratar.

¹⁰ V. ALTERINI, Jorge H., "Capacidad y legitimación", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 1966-III, pág. 251.

NOTAS DEL CAPITULO VIII

¹ V. LLAMBIAS-ALTERINI, *ob. cit.*, t. III-A, com. art. 1163-A, pág. 68, y com. arts. 1177/1178/1179-A, pág. 86.

² "La estipulación a favor de terceros puede ser solo una cláusula del contrato, pero puede también ocupar íntegramente el acto básico" (VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1979).

³ V. ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, *Curso de obligaciones*, cit., t. II, Nº 1441 y sigs., pág. 276 y sigs.

NOTAS DEL CAPITULO IX

¹ V. LLAMBIAS-ALTERINI, *ob. cit.*, t. III-A, com. art. 1167-A, pág. 76.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

² BORDA, *ob. cit.*, t. I, Nº 72 *in fine*.

³ MUÑOZ, *ob. cit.*, t. I, Nº 410, pág. 265.

⁴ Sobre todo esto v. LLAMBIAS-ALTERINI, *ob. cit.*, t. III-A, com. arts. 1329/1330, pág.380.

⁵ Conforme a la jurisprudencia, el vendedor asume el compromiso de adquirir la cosa para entregarla oportunamente al comprador (Cám. Nac. Civ., Sala A, *L.L.* 146-674, 28.755-S; Sala F, *L.L.* 136-50).

⁶ LARROUMET, *ob. cit.*, Nº 295, pág. 256, quien alude a las cláusulas denominadas de *hardship* (salvaguarda para la injusticia).

⁷ V. ALTERINI-LOPEZ CABANA, *La autonomía de la voluntad...*, cit., pág. 46, y citas de la nota 68.

NOTAS DEL CAPITULO X

¹ V. ALTERINI, Atilio Aníbal, "Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual", en *L.L.*, t. 1988-B, pág. 947, y "El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual", cit., así como en *Derecho de daños...*, cit.

² SPOTA, Alberto G., *Tratado de locación de obra*, t. I, Buenos Aires, 1975, pág. 32; ALTERINI, Jorge Horacio, "Obligaciones de resultado y de medios", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XX, pág. 705, texto y nota 34; Cám. Nac. Civ., Sala E, *L.L.* 104-639; Cám. Civ. y Com. San Isidro, Sala I, *L.L.* 1977-B-420.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

³ V. BOON, J. A. y GOFFIN, R, *Les contrats "clé en main"*, Paris, 1987, pág. 18, y prólogo de HOORMANS, Guy, pág. 9.

⁴ V. VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, Rosario, 1988.

⁵ Sobre la actual expansión de la noción de obligación de seguridad de medios, v. VINEY, *ob. cit.*, Nº 552 y sigs., pág. 658 y sigs.

⁶ La referencia al valor de la moneda argentina en una plaza extranjera no afecta al orden público económico de dirección que sustenta a la intromisión en materia cambiaria, puesto que se trata, meramente, de atenerse a un indicador previsto en el contrato.

⁷ El Proyecto de Código Unico de 1987 previó, en el art. 1155, que "el contenido del contrato se integra con: 1) Las normas imperativas, que se aplicarán en sustitución de las cláusulas que sean incompatibles con ellas; 2) Las normas supletorias; 3) Los usos y costumbres del lugar de celebración, en cuanto fuesen aplicables".

⁸ Cám. Nac. Civ. Sala E, *L.L.* 1976-D-104.

⁹ Cám. Nac. Civ. B, *E.D.* 40-660.

¹⁰ Sobre el tema, v. LLAMBIAS-ALTERINI, *ob. cit.*, t. III-A, com. art. 1202, pág. 178.

¹¹ Para LAFAILLE se trata de un depósito; para RISOLIA, del régimen de la condición suspensiva y de la administración de la cosa ajena.

¹² Cám. Nac. Civ. en pleno, *L.L.* 65-719, *J.A.* 1952-II-277, *E.D.* 2-443.

COMO REDACTAR UN CONTRATO

¹³ Si no se lo prevé, ese conocimiento es innecesario: Cám. Nac. Civ., Sala A, *L.L.* 115-236.

¹⁴ Cám. Nac. Civ. en pleno, precitado.

¹⁵ Sobre el tema, v. GASTALDI, José María, *Pacto comisorio*, Buenos Aires, 1985; LLAMBIAS-ALTERINI, *ob. cit.*, t. III-A, com. arts. 1203/1204, pág. 190.

¹⁶ La cuestión fue ampliamente debatida en las VII Jornadas –Nacionales– de Derecho Civil (Santa Fe, 1977).

¹⁷ La Cám. Nac. Civ. en pleno lo consideró comprendido (*L.L.* 1990-B-474), pero el tema es objeto de profundo debate.

¹⁸ Una importante corriente de opinión piensa que, resuelto el contrato, su accesorio –la cláusula penal compensatoria– carece de virtualidad. V. por todos KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La cláusula penal*, Buenos Aires, 1981, Nº 159, pág. 256.

¹⁹ 3as. Jornadas Rioplatenses de Derecho (San Isidro, Provincia de Buenos Aires, 1981).

²⁰ Conforme a la jurisprudencia plenaria, en tal situación la mora es automática: Cám. Nac. Civ., en pleno, *L.L.* 1980-B-123.

²¹ V. conclusiones de las 5as. Jornadas Rioplatenses de Derecho (San Isidro, Provincia de Buenos Aires, 1989).

²² Sobre esto, v. LLAMBIAS-ALTERINI, *ob. cit.*, t. III-A, com. art. 1205 y sigs., pág. 210 y sigs.

²³ V. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses", en *L.L.*, t. 1986-E, pág. 1005; MORELLO, Augusto M., *Contrato y proceso*, Buenos Aires, 1990, pág. 203.

ATILIO ANIBAL ALTERINI

²⁴ Interpretación restrictiva: Cám. Nac. Civ., Sala E, *J.A.* 1977-III-90, síntesis Nº 1; Sala F, *J.A.* 1978-I-88, síntesis Nº 1; Cám. Nac. Com., Sala D, *J.A.* 1977-I-550.

NOTAS DEL CAPITULO XI

¹ Inclusive los escribanos están habilitados para autorizar documentos extendidos en fotocopia: Acordada de las Cámaras Civiles de la Capital Federal del 18/04/52, modificada por la del 27/08/57, relativa al testimonio fotográfico.

² V. LLAMBLAS-ALTERINI, *ob. cit.*, t. III-A, com. art. 1190-A, pág. 117, y com. arts. 1191 y 1192-A, pág. 122.

³ Por ejemplo, el art. 2 del Anexo a la Recomendación R (81) del Consejo de Europa (11/12/81), contiene una presunción de fidelidad del documento electrónico. Su art. 3 autoriza la destrucción del original reproducido, y de ese modo hace sumamente dificultosa la prueba contraria al registro electrónico.

⁴ Dentro de la literatura sobre el tema, puede verse: TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les nouveaux moyens de reproduction (Journées néerlandaises)*, t. XXXVII, Paris, 1986; CLARIZIA, Renato, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1985; LUCAS, André, *Le Droit de l'informatique*, Paris, 1987; de LAMBERTERIE, Isabelle (Directora), *Les conséquences juridiques de l'informatisation*, Paris, 1987; CORREA, Carlos N., BATTO, Hilda N., CZAR de ZALDUENDO, Susana y NAZAR ESPECHE, Félix A., *Derecho informático*, Buenos Aires, 1987; GUASTAVINO, Elías P., *Responsabilidad civil y otros problemas jurídicos en computación*, Buenos Aires, 1987; etcétera.

INDICE

<i>Prólogo.....</i>	7
---------------------	---

CAPITULO I

APRESTANDOSE A REDACTAR UN CONTRATO

<i>1. Prenociones</i>	
1. Qué es redactar.....	11
2. Qué es contrato.....	12
<i>2. Cómo redactar</i>	
3. Libertad de formas.....	13
4. La firma	14
5. La fecha.....	16
6. Pluralidad de ejemplares.....	16
7. Modo de expresión	18
<i>3. Celebración de buena fe</i>	
8. Aplicaciones	21
<i>4. Incumbencia de este trabajo</i>	
9. Supuestos comprendidos y excluidos.....	23

ATILIO ANIBAL ALTERINI

10. El desafío del <i>numerus apertus</i>	25
11. El contrato atípico	26
12. La excelencia en la redacción	28

CAPITULO II

**EMPLAZAMIENTO LEGAL
DEL CONTRATO**

13. Importancia de su determinación	31
14. Normas imperativas	31
15. Normas supletorias	32
16. Normas interpretativas. Usos y costumbres	32
17. El orden público	33
18. Las normas locales y el Derecho de fondo	34
19. Ley aplicable a las formas	35
20. Impuesto de sellos	36
21. Deberes secundarios	36

CAPITULO III

**PRESUPUESTOS, ELEMENTOS
Y CIRCUNSTANCIAS DEL CONTRATO**

22. Relectura del sistema	37
23. Presupuestos del contrato	38
24. Elementos del contrato	39
25. Circunstancias del contrato	39
26. Importancia de la cuestión	39

COMO REDACTAR UN CONTRATO

CAPITULO IV

ESPECIES DE CONTRATOS

27. Importancia de su determinación.....	41
28. Típicos y atípicos.....	41
29. Formales solemnes: absolutos y relativos.....	41
30. Reales.....	42
31. Bilaterales.....	42
32. Onerosos y gratuitos. Conmutativos y aleatorios.....	43
33. De disposición y de administración.....	44
34. El tiempo: ejecución diferida y ejecución permanente.....	45
35. Causados y abstractos.....	46
36. La accesoriedad.....	47
37. El <i>intuitus personae</i>	48

CAPITULO V

LA FORMACION CONTINUADA DEL CONTRATO

38. El consentimiento.....	49
39. Tratativas preliminares.....	50
40. La oferta.....	51
41. La invitación a ofertar.....	52
42. La promesa unilateral.....	52
43. El acuerdo de principio.....	52

ATILIO ANIBAL ALTERINI

44. Los acuerdos parciales.....	53
45. El boleto provisional	54
46. El contrato marco.....	54
47. El contrato preliminar: promesa de contrato, contrato de opción	55
48. El contrato de prelación.....	56
49. El contrato preparatorio.....	56
50. El contrato <i>ad referendum</i>	57
51. Otorgamiento de la forma pendiente: forma im- puesta por las partes y por la ley	57

CAPITULO VI

COMPONENTES INTEGRATIVOS DEL CONTRATO ESCRITO

52. Consideración previa.....	59
<i>1. El encabezamiento</i>	
53. Contenido: nombres, documentos de identidad, domicilios, representaciones, designación.....	60
54. Quid de la denominación del contrato.....	61
<i>2. Los considerandos</i>	
55. Utilidad	62
56. La finalidad.....	62
57. Las bases de la voluntad negocial: declaraciones y pactos.....	63

COMO REDACTAR UN CONTRATO

<i>3. Otras manifestaciones</i>	
58. Las definiciones.....	65
59. El redactor. El asesoramiento	66
<i>4. El articulado</i>	
60. Remisión	66
<i>5. El cierre</i>	
61. Contenido: domicilio, ejemplares, lugar de celebración, fecha, salvaduras	66
62. Contenido de los Anexos.....	67
63. Las normas técnicas de referencia	68
64. Los documentos publicitarios	69
<i>6. Adicionales, agregados, aclaraciones</i>	
65. Criterio de aplicación	70
<i>7. Documentos postcontractuales</i>	
66. Virtualidad.....	70
<i>8. Idea sobre los contratos internacionales</i>	
67. Disposiciones habituales.....	71

CAPITULO VII

LOS SUJETOS DEL CONTRATO

68. El otorgante.....	73
69. Representación.....	73

ATILIO ANIBAL ALTERINI

70. Contrato consigo mismo.....	76
71. Capacidad para contratar.....	76
72. Titularidad del derecho.....	79
73. Legitimación	80
74. Asistencia.....	81
75. Asentimiento	81

CAPITULO VIII

LOS TERCEROS

76. Distintas situaciones.....	83
<i>1. Incorporación de terceros a relaciones jurídicas celebradas sin su intervención</i>	
77. Contrato a nombre de tercero.....	83
78. Promesa del hecho de tercero	84
79. Estipulación a favor de tercero.....	85
<i>2. Trasmisión del contrato</i>	
80. Contrato de cesión del contrato.....	85
<i>3. Cesión de créditos</i>	
81. Contrato de cesión de crédito	86
82. Casos especiales: cesión en garantía, prenda del crédito, cesión impropia.....	88
<i>4. Asunción de deudas</i>	
83. Promesa de liberación.....	90

COMO REDACTAR UN CONTRATO

84. Acto trilateral	90
85. Asunción privativa	90
86. Asunción acumulativa	91
87. Delegación. Expromisión	91

CAPITULO IX

EL OBJETO

88. El objeto contractual	93
89. Objeto inmediato y objeto mediato	94
90. Existencia	94
91. Posibilidad	95
92. Licitud.....	95
93. Legitimidad.....	96
94. Titularidad. Disponibilidad	97
95. El equilibrio contractual	99

CAPITULO X

LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES

96. Concepto	101
<i>1. Los presupuestos especiales de cada contrato</i>	
97. Referencia necesaria	101

ATILIO ANIBAL ALTERINI

<i>2. Elementos naturales</i>	
98. Virtualidad.....	102
99. Garantía por evicción	103
100. Garantía por vicios redhibitorios	104
<i>3. Aspectos relevantes del contenido contractual</i>	
101. Obligaciones principales.....	105
102. Obligaciones accesorias o secundarias.....	105
103. Obligaciones de medios y de resultado	106
104. Pago de uno de los deudores, o a uno de los acreedores.....	108
105. Quid de las cláusulas de ajuste en las obligaciones de dar dinero	109
106. Reglas de interpretación e integración	111
<i>4. El contrato claudicante</i>	
107. Condición.....	112
108. Reserva	113
109. Señal.....	114
110. Pacto de displicencia	116
<i>5. Previsiones acerca de la extinción del contrato</i>	
111. Pacto comisorio expreso.....	117
112. Rescisión unilateral	120
<i>6. Regulación de la responsabilidad</i>	
113. Caso fortuito: cláusulas de irresponsabilidad y de responsabilidad, y pacto de garantía.....	121
114. La mora: del deudor y del acreedor	123

COMO REDACTAR UN CONTRATO

115. Cláusula penal.....	125
116. Limitación de responsabilidad.....	127
117. Garantías personales.....	127
118. Garantías reales.....	128
 <i>7. Otras cláusulas de empleo frecuente</i>	
119. Quid de la transmisibilidad.....	129
120. Introducción de terceros en la ejecución.....	130
121. Significado del silencio.....	131
122. La reconducción.....	131
123. Lugar de cumplimiento.....	132
124. Domicilio de las partes.....	132
125. Elección del Tribunal.....	133
126. Elección del Derecho aplicable.....	133
127. Gastos. Cargas fiscales.....	134
128. Cláusulas especiales en la compraventa.....	134
129. Arbitraje.....	136

CAPITULO XI

LA NUEVA TECNOLOGIA

130. El soporte del instrumento.....	139
131. La autoría.....	140
132. La nueva tecnología en la redacción del contrato.....	141

ATILIO ANIEAL ALTERINI

CAPITULO XII

ENSAYANDO LA REDACCION

133. La cuestión.....	143
134. Desarrollo de la redacción	143
135. Aclaración final	147
<i>Notas</i>	149
<i>Indice</i>	165

**Se terminó de imprimir el día 6 de enero de 1998,
en ARTES GRÁFICAS CANDIL
sito en la calle Nicaragua 4462, Buenos Aires,
República Argentina**