

**APORTES PARA EL TRATAMIENTO DE ALGUNAS NORMAS EN MATERIA
CONTRACTUAL DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.
ANÁLISIS CRÍTICO**

Por Juan Manuel Cafferata

Aclaración: el presente trabajo no pretende ser un estudio acabado ni exhaustivo del Proyecto de reforma. Sólo intenta poner de manifiesto algunos errores evidentes, problemas y omisiones del Proyecto de Reforma del Código Civil, en artículos particulares, remarcando en cada caso, con lenguaje sencillo, asequible y sin exquisites técnicas, los inconvenientes prácticos diarios que se derivarían de su sanción tal cual se encuentran redactados redactados, lo que demuestra a las claras la necesidad de revisar artículo por artículo el Proyecto, para impedir situaciones de este tipo.

CASO 1

Normas problemáticas:

ARTÍCULO 689.- **Contratos prohibidos.** Los progenitores no pueden hacer contrato alguno con el hijo que está bajo su responsabilidad.

No pueden, ni aun con autorización judicial, comprar por sí ni por persona interpuesta, bienes de su hijo ni constituirse en cesionarios de créditos, derechos o acciones contra su hijo; ni hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios; ni obligar a su hijo como fiadores de ellos o de terceros.

ARTÍCULO 1549.- **Capacidad para aceptar donaciones.** Para aceptar donaciones se requiere ser capaz. Si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal; si el donante fuese el representante legal, se designa un tutor especial. Si la donación es con cargo, se requiere autorización judicial.

El problema: el Proyecto ha mantenido, con acierto, el criterio que tenía nuestro Código Civil de que los padres no podrían celebrar contrato alguno con los hijos que se encontraban bajo su patria potestad. Sin embargo, esta regla tenía como excepción el caso de la donación, en el que, lógicamente, el art. 1805 autorizaba sin limitaciones las donaciones que realizaran los padres a sus hijos menores de edad. En el Proyecto, si bien el art. 689 mantiene el criterio de prohibir los contratos entre padres e hijos mientras dure la patria potestad como principio general, se ha omitido la incorporación de una norma que permita expresamente que los padres puedan hacerle donaciones a sus hijos menores de edad. La excepción de la posibilidad de realizar donaciones de los padres a los hijos debería incluirse de manera expresa. Ese criterio parecería surgir del art. 1549, pero su redacción no es lo suficientemente clara. Por otra parte, es un absurdo requerir en este caso la designación de un tutor ad-hoc para el caso de un acto jurídico que es de exclusivo beneficio para los hijos menores, como es la donación, lo que obligaría en cada uno de los casos en que un padre pretenda donar un bien a sus hijos, la realización de un proceso judicial, ámbito en el cual corresponde la designación de este tutor especial. En la práctica, una norma como la examinada, no sólo traería problemas de interpretación en cuanto a si los padres pueden o no realizar donaciones a sus hijos menores, sino que tornaría muy dificultoso y más costoso un acto jurídico que hoy es simple y forma parte de la práctica ordinaria en la vida familiar: la donación de un bien, por ejemplo un inmueble, de un padre a sus hijos menores, acto que es de exclusivo beneficio para los hijos menores. Tampoco tiene sentido la última parte de la norma, que establece la necesidad de autorización judicial para las donaciones con cargo, pues el cargo siempre representa una cuota de onerosidad, un sacrificio, que no es dable permitir exijan los padres a sus hijos cuando estos son menores de edad, ni aún con autorización judicial. Deberían permitirse, por tanto, solamente las donaciones gratuitas de los padres a los hijos.

Propuesta: modificar el art. 1549, incorporando en su lugar el siguiente texto: **“Donaciones de los padres a los hijos.** Los padres pueden hacer donaciones a sus hijos de cualquier edad que éstos sean. Si el hijo fuere menor de edad, la donación sólo puede ser gratuita. Cuando no se expresare a qué cuenta debe

imputarse la donación, entiéndese que es hecho como un adelanto de la legítima.”

CASO 2

Normas problemáticas

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

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

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

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

El oferente, y en su caso sus herederos, están obligados a mantener la oferta durante el tiempo de su vigencia, a menos que, siendo revocable, la retracten.

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

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

El problema: el Proyecto incorpora dos normas que establecen precisamente lo contrario. Por un lado, el art. 974 dispone en su parte final, en buen criollo, que la oferta se mantiene en caso de muerte del oferente, pasando el deber de mantenerla a sus herederos en esta hipótesis. Por el otro lado, el art. 976 establece justamente la regla contraria: que la oferta caduca por la muerte o

incapacidad del proponente. Estas dos normas imponen soluciones diametralmente opuestas, la una con la otra, que abren un problema de interpretación irresoluble ¿cómo decidir qué norma debe aplicarse, si una establece un principio general, y la otra, para regular la misma situación, opta por la solución exactamente contraria?

Propuesta: considero que se podría mantener el sistema sin mayores cambios, modificando el último párrafo del art. 974 por el siguiente: “el oferente está obligado a mantener la oferta durante el tiempo de su vigencia, a menos que, siendo revocable, la retracte”. Estimo que la solución del art. 976 es la correcta, así que este artículo debe mantenerse.

CASO 3

Normas problemáticas

Contratos preliminares

ARTÍCULO 994.- **Disposiciones generales.** Los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo.

El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de UN (1) año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.

El problema: esta norma establece que un contrato preliminar no puede tener un plazo de duración mayor a un año. Es una norma imperativa, lo que significa que no puede ser modificada por la voluntad de las partes. El contrato preliminar más importante en nuestro país, es indiscutiblemente el boleto privado de compraventa de inmuebles, instrumento de trascendencia incalculable en la práctica diaria de los negocios sobre bienes raíces. Incorporar una norma que introduzca un plazo de duración de un año para los contratos preliminares, importaría lo mismo que establecer un plazo de duración máximo de un año para los boletos privados de compraventa, lo que

pondría en peligro a los adquirentes por la excesivamente breve duración de sus boletos, que quedarían sin efecto en el plazo de un año de haber sido suscriptos. Tampoco queda claro qué sucedería si se pagara el pago del precio en plazos periódicos, lo que es común, y estos plazos superaran el año, ¿caducaría el boleto?. Una norma de esta estirpe provocaría una avalancha innecesaria de juicios de escrituración, y una situación de inseguridad jurídica inadmisibles para un instrumento tan básico para la práctica como es el boleto, así que debe eliminarse este plazo de duración. Como nota de color, esta disposición fue tomada del Proyecto de Código Civil de 1998, que a su vez, la tomó del art. 1416 del Código Peruano, única disposición vigente en el mundo que establecía una prescripción de este tipo. Esto fue hasta que los propios peruanos se dieron cuenta de lo problemática y errada de esta solución y modificaron el artículo 1416, eliminando el plazo máximo de duración de un año, mediante ley 27420 del año 2001. Esta modificación, aparentemente, no fue tomada en cuenta por los autores de este Proyecto

Propuesta: considero conveniente eliminar el segundo párrafo del art. 994. De esta manera, el plazo de duración para el contrato preliminar será el mismo que el plazo de prescripción de las obligaciones contractuales en general. Si bien también este plazo abarcaría el contrato de opción regulado en el art. 975, creo que su eliminación en este caso no traería problemas, ya que es práctica de uso establecer el plazo de vigencia de la oferta en el contrato de opción, y en el caso en que no se lo haga, dicho plazo surge de las características y naturaleza del contrato que se ofrece celebrar, no siendo necesaria una norma que rígidamente establezca su vigencia.

CASO 4

Norma problemática

ARTÍCULO 1031.- **Suspensión del cumplimiento.** En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción

o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación.

El problema: este artículo regula lo que, hasta este momento, toda la doctrina y jurisprudencia conocía como excepción de incumplimiento, esto es, la posibilidad que tiene una de las partes de un contrato de defenderse, en caso de que su cocontratante que debió cumplir antes o en el mismo momento con su obligación, le exija que cumpla. Por ejemplo, un contrato de compraventa de un inmueble, en el que se acuerda que el vendedor entregará hoy la posesión del inmueble y el comprador pagará el precio en una semana. En este caso, si el vendedor no entrega el inmueble, si decide demandar al comprador por el pago del precio, éste puede defenderse, oponiendo la excepción de incumplimiento, ya que su contraparte debía cumplir primero, y no cumplió. Por tanto, no se lo puede obligar a cumplir mientras la otra parte no cumpla primero. Este es el supuesto más paradigmático de la excepción de incumplimiento: el caso en que las obligaciones de las partes son de cumplimiento sucesivo, y quien incumple primero, reclama después el cumplimiento de la obligación de la otra parte. El Proyecto, de forma antojadiza, sin dar explicación alguna, ha admitido solamente la posibilidad de suspender el cumplimiento en el caso de que ambas partes deban cumplir simultáneamente, esto es, por ej. en el caso anterior, en la hipótesis de que en la misma fecha el vendedor deba entregar la posesión del inmueble y el comprador deba pagar el precio. Habiendo incluido únicamente en el texto a las obligaciones de cumplimiento simultáneo, las obligaciones de cumplimiento diferido quedarían fuera del ámbito de aplicación de la excepción de incumplimiento, lo que no tiene sentido alguno, pues estos son los casos en que más claramente se explica la excepción. Esta situación empeora si se tiene en cuenta que el proyecto no tiene ninguna norma en materia de obligaciones similar al actual art. 510 del C. Civil, según el cual, en las obligaciones recíprocas el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva, pues una norma de este tipo es el antecedente obvio de la excepción de incumplimiento, y permitiría colmar la laguna creada por el Proyecto en materia de obligaciones de

cumplimiento sucesivo. Por otra parte, cabe criticar la modificación del nombre del instituto, pues el vocablo “excepción de incumplimiento” es propio de todos los países de raíz latina y se encuentra uniformemente asentado en doctrina y jurisprudencia, no advirtiéndose ningún sentido en su modificación por el término “suspensión del cumplimiento”, propio de los países del common law. Nunca en nuestro país se conoció a la excepción de incumplimiento por el nombre que el Proyecto le pretende otorgar. Tampoco tiene ningún sentido establecer que se puede interponer una acción de suspensión del cumplimiento, lo que configuraría una práctica sin explicación, y que nunca antes ha sido vista en sede judicial. Si se ha querido decir otra cosa o manifestar otra intención, tal como parecería desprenderse de los fundamentos del Proyecto, la redacción del artículo ha sido completamente equivocada.

Propuesta: modificar el texto del art. 1031 por el siguiente: “**Excepción de incumplimiento.** En los contratos bilaterales, una de las partes puede rehusar su cumplimiento hasta que la otra parte cumpla u ofrezca cumplir la contraprestación a su cargo, a no ser que ella misma esté obligada a cumplir anticipadamente”.

CASO 5

Norma problemática

Vicios redhibitorios

ARTÍCULO 1056.- **Régimen de las acciones.** El acreedor de la garantía dispone del derecho **a declarar la resolución del contrato:**

- a) si se trata de un vicio redhibitorio;
- b) si medió una ampliación convencional de la garantía.

El problema: el Proyecto ha omitido, sin realizar consideración alguna, la acción por disminución del precio, llamada estimatoria o quanti minoris, que es propia de los vicios redhibitorios. Aparentemente, esta omisión es producto del

olvido, ya que no hay referencia alguna a este cambio de sistema en los fundamentos. El mantenimiento de esta acción estimatoria es aconsejable, porque quien ha adquirido la propiedad de la cosa, aún cuando la misma presente vicios ocultos, puede querer conservarla en su propiedad a cambio de una reducción proporcional del precio y no querer dejar sin efecto el contrato, tal como prescribe como única solución el Proyecto para los vicios redhibitorios

Propuesta: modificar el texto del art. 1056 por el siguiente: “**Régimen de las acciones.** El acreedor de la garantía dispone del derecho a declarar la resolución del contrato o solicitar una disminución proporcional del precio:

c) si se trata de un vicio redhibitorio;

d) si medió una ampliación convencional de la garantía.”

CASO 6

Norma problemática

ARTÍCULO 1090.- **Frustración de la finalidad.** La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su rescisión, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La rescisión es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a rescisión sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

El problema: la frustración del fin del contrato es un instituto complejo y oscuro de la teoría contractual. La doctrina no es uniforme en entender cual es el fin del contrato, y el proyecto tampoco caracteriza cual sería el mismo. Las interpretaciones jurisprudenciales acerca de los casos en que se frustra el fin del contrato –los cuales, además, se cuentan con los dedos de una mano-, son ambivalentes. Por sus dificultades, es un instituto difícilmente asequible para los abogados y la gente en general. Si se ha decidido regular este instituto, cuya existencia depende del análisis detenido y pormenorizado de diversas

situaciones fácticas, el lugar natural en que cabe invocarlo y discutirlo es la sede judicial. Si se permite, como lo hace el Proyecto, su ejercicio por vía extrajudicial, mediante la sola notificación por parte de quien siente que se le ha frustrado el fin del contrato, se abriría una válvula inagotable para la chicana y la discusión innecesaria, ya que no hay argumento más abierto e indeterminado, para dejar de cumplir un contrato, decir que “se ha frustrado su fin”. Si se decide incorporar una norma de este tipo, debe eliminarse su posibilidad de invocación por vía extrajudicial, y dejar que sea el juez quien, después de apreciar las situaciones de hecho y de derecho invocadas, pueda decidir en el caso concreto si se ha frustrado el fin del contrato.

Propuesta: modificar el texto del art. 1090 por el siguiente: “**Frustración de la finalidad.** La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a accionar judicialmente solicitando su rescisión, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. Si el juez decide la rescisión del contrato, la sentencia tendrá efectos retroactivos al día de interposición de la demanda. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a rescisión sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

CASO 7

Normas problemáticas:

FIANZA

ARTÍCULO 1584.- **Excepciones al beneficio de excusión.** El fiador no puede invocar el beneficio de excusión si:

- a) el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarada su quiebra;
- b) el deudor principal no puede ser demandado judicialmente en el territorio

- nacional o carece de bienes en la República;
- c) la fianza es judicial;
 - d) el fiador ha renunciado al beneficio.

ARTÍCULO 1590.- **Fianza solidaria.** La responsabilidad del fiador es solidaria con la del deudor cuando así se convenga expresamente o cuando el fiador renuncia al beneficio de excusión.

El problema: el Proyecto en materia de fianza, otorga distintas consecuencias jurídicas a la misma situación de hecho: la renuncia al beneficio de excusión. Por un lado, el art. 1584 establece en su inciso d) que cuando se renuncia al beneficio de excusión, la fianza no goza de este beneficio; en cambio el art. 1590 prescribe que cuando se renuncia al beneficio de excusión, la fianza es solidaria. La fianza solidaria, tradicionalmente, tanto en el régimen civil como en el régimen comercial, es aquella que no goza de los beneficios de ejecución previa de los bienes del deudor principal ni del beneficio de división de la deuda entre los cofiadores, sin perjuicio de continuar siendo una fianza, ya que la obligación del fiador solidario es accesoria, conforme la caracteriza el actual art. 2004 del actual Código Civil. El Proyecto, por otra parte, reconoce la existencia de la fianza solidaria en su art. 1590, pero no indica cual es el efecto jurídico de la constitución de una fianza solidaria, ya que la norma referida nada dice al respecto, e incluso, deja librada a la interpretación si la fianza solidaria es la que solamente carece del beneficio de excusión. Debe corregirse el sistema, caracterizándose correctamente a la fianza solidaria, conforme lo establece la legislación actual y ha entendido pacíficamente doctrina y jurisprudencia, como aquella que no cuenta con los beneficios de excusión y de división, y eliminándose como caso de fianza solidaria, la hipótesis en que el fiador renuncie al beneficio de excusión, pues su renuncia debe limitarse a ese sólo efecto, sin que se lo prive de un beneficio de división al cual no tuvo voluntad de renunciar.

Propuesta: modificar el texto del art. 1590 por el siguiente: “**Fianza solidaria.** El fiador puede obligarse también como fiador solidario. En este caso, la fianza no pierde su carácter de obligación accesoria, ni el fiador queda obligado como

deudor directo de la obligación principal. La fianza solidaria queda regida por todas las reglas de la fianza, con excepción de la privación de los beneficios de excusión y de división”.

CASO 8

Norma problemática:

Representación

ARTÍCULO 380.-. **Extinción.** El poder se extingue:

- a) por el cumplimiento del o de los actos encomendados en el apoderamiento;
- b) por la muerte del representante o del representado;
- c) por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa;
- d) por la renuncia del representante, pero éste debe continuar en funciones hasta que notifique aquélla al representado, quien puede actuar por sí o reemplazarlo, excepto que acredite un impedimento que configure justa causa;
- e) por la declaración de muerte presunta del representante o del representado;
- f) por la declaración de ausencia del representante;
- g) por la quiebra o insolvencia del representante o representado;
- h) por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado.

ARTÍCULO 1330.- **Mandato irrevocable.** El mandato puede convenirse expresamente como irrevocable en los casos del inciso c) del artículo 380.

El mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante es nulo si no puede valer como disposición de última voluntad.

El problema: todo el mundo coincide en que la institución de la representación, se concibe en favor del representado, como una forma de ampliar su esfera de actuación. La institución de la representación persigue la protección de sus intereses, no la de los intereses del representante, tan es así que, en nuestro régimen actual, si existiera oposición entre los intereses de representante y representado y el representante diese preferencia a los suyos, estaría incumpliendo con sus obligaciones, y sería responsable por los daños y perjuicios ocasionados (art. 1908 C. Civil). Por tanto, tratándose la figura de la representación irrevocable de la forma más gravosa de representación, pues no puede ser revocada, constituye un absurdo jurídico regular la hipótesis de una representación irrevocable establecida solamente en interés del representante, como lo hace el Proyecto, ya que esta situación contraría el fin mismo de la institución: la tutela de los intereses del representado. Por otra parte, el Proyecto ha omitido establecer el efecto práctico más importante del apoderamiento irrevocable: su subsistencia a la muerte del mandante. Un ejemplo de la práctica pone de manifiesto la importancia de este efecto jurídico del poder irrevocable: piénsese en el caso de la obligación de escriturar, en la que el vendedor puede dar poder irrevocable a determinada persona para que cumpla esta obligación. Si el vendedor fallece, el poder, de no ser irrevocable, quedaría sin efecto, y todos los herederos del vendedor tendrían que gestionar la declaratoria de herederos, unificar personería y escriturar. Si uno de esos herederos muere, de vuelta tendría que hacerse una nueva declaratoria y volver a unificarse personería, lo que tornaría al trámite de escrituración engorroso y muy lento. El mandato irrevocable permite darle una solución a este delicado asunto, ya que el mandatario irrevocable no tendría problema en escriturar ante el fallecimiento del mandante. Este problema es habitual en nuestro país, en el que existen muchas propiedades, cuyos titulares dominiales, ya fallecidos, suscribieron boletos de compraventa a favor de varias personas, y los inmuebles siguen a nombre de estas personas, que fallecieron hace más de una generación, lo que hace imposible la unión de todos los herederos a los fines de la escrituración. La subsistencia a la muerte del

representado es el efecto más característico del apoderamiento irrevocable, y está regulado en nuestro Código Civil en el art. 1982. El Proyecto ha omitido cualquier referencia a la subsistencia del poder irrevocable a la muerte del poderdante, por lo cual, conforme lo dispuesto en el art. 380 inciso b), el poder, aún irrevocable, quedaría sin efecto por la muerte del poderdante. Debe incorporarse, en consecuencia, una norma que prescriba la continuidad del poder irrevocable en caso de muerte del poderdante.

Propuesta: modificar el texto del inciso c) del art. 380 por el siguiente: texto del art. 1590 por el siguiente: “**c)** por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede común a representante y representado, o a representante y un tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa;”

Modificar el texto del art. 1330 por el siguiente: “**Mandato irrevocable.** El mandato puede convenirse expresamente como irrevocable en los casos del inciso c) del artículo 380. El mandato irrevocable subsiste a la muerte del mandante.

El mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante es nulo si no puede valer como disposición de última voluntad”.