

**ALTERINI Y LA REFORMA  
DEL DERECHO PRIVADO ARGENTINO.  
DE CÓMO FINALMENTE VENCIO.  
DE CÓMO SU PENSAMIENTO PREVALECE  
EN LA TEORÍA DEL CONTRATO**

NOEMÍ LIDIA NICOLAU (\*)

**Resumen:** Se destaca la personalidad de Alterini como uno de los más importantes adalides del movimiento que trabajó desde 1987 por la reforma y unificación del Derecho privado argentino. Después de reseñar brevemente su contribución al Derecho contractual a partir de su obra doctrinaria, se puntualiza la decisiva influencia que tuvo como redactor de la teoría general del contrato en el Proyecto de Código civil de la Republica Argentina unificado con el Código de Comercio, que fuera presentado en 1998. En los Fundamentos de ese Proyecto realizó una obra minuciosa en la que fue desgranando, en forma exhaustiva, las fuentes de las normas que redactó. Por último, se analiza la influencia del pensamiento de Alterini en el nuevo Código civil y comercial mediante la comparación de algunas de sus normas con las concordantes del Proyecto de 1998, de manera especial las referidas al concepto de contrato, las disposiciones generales en la materia, el perfeccionamiento, los efectos y la extinción del contrato.

**Palabras clave:** Código civil y comercial. Contrato. Derecho privado. Unificación del derecho.

**Abstract:** Alterini was one of the most important advocates of the movement who worked since 1987 for the reform and unification of the Argentine private law. After a brief review of his contribution to Contract Law -from its doctrinal work-, we record the decisive influence that he had as editor of the general theory of contract in the Civil and Commercial Code Draft for Argentina, presented in 1998. In the fundamnetations of the Draft, Alterini conducted a thorough work in which

---

(\*) Investigadora de la Carrera del Investigador de la Universidad Nacional de Rosario. Directora de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho y del Centro de Investigaciones en Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la misma Universidad (e-mail: noemi@nnicolau.com.ar).

he studied exhaustively the sources of the Draft's rules. Finally we analyzed the influence of Alberini's thought on the new Civil and Commercial Code, consistent with those of the Draft Code 1998, especially those relating to the concept of contract, the general provisions on the subject, perfecting, effects and termination of the contract.

**Keywords:** Civil and Commercial Law Code. Contract. Private Law. Unification of Law.

1. Los últimos treinta años de la vida y la obra de Atilio Alterini están indisolublemente vinculados a los de una generación de juristas que se esforzó por la reforma del Derecho privado argentino.

Fue uno de los más importantes adalides del movimiento que trabajó sin prisa y sin pausa en la elaboración de los proyectos y en su difusión. Imposible olvidar los denodados esfuerzos para que fuera promulgado el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial de 1987, hasta verlo convertido en la ley N° 24.032. Los vaivenes políticos que llevaron al veto de la referida ley no lo desanimaron.

Invitado a participar en otra comisión reformadora fue miembro de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional en el año 1992. Tampoco lo amedrentó el fracaso de los Proyectos de 1993 y, convocado para elaborar uno nuevo, se sumó con entusiasmo a la Comisión redactora y trabajó afanosamente hasta la presentación del Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio en 1998. En ese conocido "Proyecto de 1998" se advierte, sin lugar a dudas, que la materia contractual y, en especial, la teoría general del contrato son el fruto de la labor de este jurista inteligente, laborioso y hombre adelantado a su tiempo.

2. La obra doctrinaria de Alterini fue de gran mérito y vastedad. Se dedicó desde muy joven al Derecho de las obligaciones en general y a sus principales fuentes, la responsabilidad civil y el contrato.

Para comprender su concepción moderna del Derecho es suficiente consultar alguno de sus tantos libros sobre la materia, entre ellos Responsabilidad civil, Derecho de Obligaciones, Derecho Privado, Contratos. Teoría general, Contornos actuales de la responsabilidad civil, Cuestiones modernas

de responsabilidad civil, Derecho de daños, La autonomía de la voluntad en el contrato moderno, Lesión al crédito y responsabilidad del Estado, Desindexación: el retorno al nominalismo, Cómo redactar un contrato, La inseguridad jurídica, Desindexación de las deudas, La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil.

En “Contratos. Teoría general” plasmó el pensamiento señero que luego transfundió al Proyecto de 1998. Su preocupación rondaba en torno a la superación del concepto clásico de contrato, encontrar los límites actuales al dogma de la autonomía privada y el mejor modo de proteger al contratante débil. Elaboró la materia contractual en su vinculación con la economía y en sus despliegues internacionales, pero no abandonó la técnica jurídica en el tratamiento de los temas específicos de la formación del contrato, sus efectos y su extinción, aun cuando introdujo novedades que a más de una década sorprenden a algunos y disgustan a otros por su incorporación al nuevo Código, como ser los acuerdos parciales.

3. La impronta de Alterini es evidente en el Proyecto de 1998, como ya dijimos, en especial en la materia contractual, de modo que su influencia fue decisiva en el Proyecto de Código civil y comercial elaborado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional, decreto 191/2011 (BO 28/02/2011), integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, porque, según sus Fundamentos, su fuente inmediata es aquel Proyecto fallido. Aun cuando ya no estaba en el momento en que el Código fue sancionado, Alterini venció los obstáculos, porque el *leitmotiv* de sus últimos años se había hecho realidad. Los hombres con grandes ideales trascienden su propia existencia.

El Proyecto de la Comisión redactora de nuestro nuevo Código sufrió, como se recordará, numerosas modificaciones a su paso por el Poder Ejecutivo y Legislativo, sin embargo, se mantuvo intacta la teoría general del contrato inicialmente elaborada por esa Comisión, que tiene como fuente la normativa proyectada por Alterini. Son frecuentes las remisiones al Proyecto de 1998, que está presente a lo largo, ancho y profundo del Título II, Libro Tercero. Los redactores explican que se siguió el orden metodológico de aquel Proyecto pero se innovó al incorporar al sistema los contenidos mínimos del contrato y la relación de consumo, en una costosa decisión que fundamentaron con sólidos argumentos.

En el futuro, a fin de interpretar las normas de Derecho privado que nos rigen será muy útil recurrir a los *Fundamentos del Proyecto de 1998* que proporcionan una abundante y precisa información sobre las fuentes. Es que, a partir del parágrafo 158, se percibe un trabajo minucioso de Alterini que va desgranando con maestría las fuentes de que se sirvió. Para fundamentar cada uno de los temas troncales de la teoría general se citan las conclusiones de las Jornadas Nacionales en que el tema fue tratado. Se referencian los autores nacionales o extranjeros consultados, tanto los clásicos, como Puig Brutau, Baudoin, Rémy, Carbonnier, Malurie-Aynès, Orgaz, Bibiloni, como los contemporáneos Cornú, Mazeaud-Chabas, Larroumet, Jordano Fraga.

Se mencionan, también con detalle, los grandes modelos jurídicos que se emplean como fuente, ya sea la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios de UNIDROIT, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos y los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

No faltan tampoco los Códigos vigentes en los principales países de derecho continental occidental, tales el Código Civil italiano de 1942, Código Civil peruano de 1984, Código Civil quebequés de 1992, Código Civil costarricense, Código Civil del Distrito federal mexicano, Código Civil paraguayo de 1987, Uniform Commercial Code, Restatement of Contracts 2nd., Código Civil y Código de Comercio uruguayos, Código Civil austríaco, Código Civil brasileño, Código Civil venezolano, Código Civil portugués de 1967, Código Civil boliviano de 1975, Código Civil holandés de 1992, Código Civil alemán, Código suizo de las obligaciones, Código Civil de Louisiana de 1984 e, inclusive el Contract Code de Mc Gregor.

A continuación analizaremos la influencia en el nuevo Código de las normas proyectadas en 1998 en torno a cuatro temas que entendemos esenciales en la teoría general del contrato: el concepto y los principios generales del contrato, la formación del consentimiento, los efectos y la extinción del contrato.

4. Acerca de los *principios generales* aplicables en el derecho contractual se puede comprobar que, en lo medular, se recepcionó el espíritu y el diseño que se encontraba en el Proyecto de 1998.

Si bien el principio de autonomía privada del artículo 958 del Código civil y comercial no encuentra similitud en el Proyecto de 1998, en ambos se

proclama la seguridad jurídica en las relaciones contractuales. Se garantiza la protección de la propiedad privada en el artículo 965 con un texto idéntico al artículo 901 del Proyecto. A esos fines en el artículo 960, que replica el 907 del Proyecto, se delimitan las facultades de los jueces para intervenir en el contrato sólo a pedido de una de las partes y de oficio cuando se afecta el orden público. En esta norma se advierte una diferencia en exigencia, pues la nueva norma admite, a diferencia de su fuente, que la intervención de oficio sólo procede cuando la transgresión al orden público es manifiesta.

Por supuesto, se incluye en el artículo 961 el principio de buena fe similar al artículo 966 del Proyecto, pero existe una diferencia, en nuestra opinión importante, respecto a los alcances de la obligación contractual, que se limita a las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en los contratos, teniendo en consideración aquello a lo que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, sin mención alguna a la equidad, como lo hace el Proyecto en el artículo 967.

En cuanto a la concepción del ordenamiento normativo en materia contractual el Código civil y comercial plasma dos principios idénticos a los contenidos en el Proyecto de 1998. En ambos se dice que las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible (art. 962 del CCC y 902 del Proyecto 1998) y se establece el mismo orden de prelación en la aplicación de las normas legales (art. 963 del CCC y 903 del Proyecto).

Para la integración del contrato las normas son similares, salvo la noción de usos que emplean. Hay coincidencia en los artículos 964 del Código civil y comercial y 904 del Proyecto 1998 que disponen aplicar el uso del lugar de celebración del contrato, preferible al de ejecución, como lo ha dicho la doctrina. Se aprecia también una diferencia en la regulación de los usos cuando son impuestos por la parte fuerte en el mercado que se traduce, por lo general, en cláusulas abusivas. El Proyecto de 1998 la desechara como uso aunque fuera de práctica, en cambio el Código civil y comercial es menos drástico, porque admite como uso los que hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

El nuevo Código se aparta del Proyecto de 1998, pues, admite la fragmentación del *concepto de contrato*. A partir de la noción de contrato

paritario clásico definido en el artículo 957, diferencia el contrato por adhesión a cláusulas generales predispuestas (art. 984) y el contrato de consumo (art. 1093). El Proyecto de 1998 no incorporó al sistema el contrato de consumo, en cambio, definía en el artículo 899 el contrato en general, como acto jurídico y, luego, al contrato discrecional, el predispuesto, a las condiciones generales de contratación y al celebrado por adhesión. La diferencia en esta materia radica, además de la consideración del contrato de consumo, en que para la Comisión redactora del nuevo Código es indistinto denominar al contrato por adhesión como predispuesto, lo que no parece acertado desde el punto de vista técnico porque no siempre quien predispone el contrato tiene monopolio legal o de hecho que determine la necesidad de adherir o no contratar.

5. Respecto a la *formación del consentimiento* se observa una influencia importante del Proyecto de 1998 en el conjunto de normas que tienen ahora una redacción más clara y precisa.

Ambos sistemas modifican la formación del consentimiento incorporando *la teoría de la recepción* de la aceptación en sustitución de la teoría del envío (art. 971 CCC y 915 Proyecto 1998). Los requisitos de la oferta son también similares (art. 972 CCC y 922 Proyecto). La oferta dirigida a personas indeterminadas se considera invitación a ofertar, salvo excepciones que en los dos sistemas son iguales (artículo 973 CCC y artículo 923 Proyecto).

Otro cambio que debe señalarse es el *carácter obligatorio* que ahora tiene la oferta. En una directa aplicación de la teoría de la confianza el artículo 974, siguiendo al 925 del Proyecto, dispone que como regla la oferta obliga al proponente. En relación a la caducidad de la oferta se simplificaron los supuestos que preveía el artículo 924 del Proyecto de 1998, aun cuando hubiera sido preferible mantenerlos.

Una cuestión importante en la realidad de las negociaciones contractuales, sobre todo las de mayor envergadura, es reconocer y regular la *formación progresiva del contrato*. El Código civil de Vélez, como todos los de su tiempo, parecen considerar que el contrato se perfecciona en un único momento, como si en la realidad sucediera siempre que se envía la oferta y llega la aceptación. En la actualidad, los modelos jurídicos que regulan la materia contractual incluyen normas cuidadosas en relación a esta etapa precontractual. El Proyecto de 1998 seguido por el nuevo Código civil y

comercial contempla con acierto estos nuevos problemas.

El artículo 982 del Código, receipta en forma casi textual el 916 del Proyecto de 1998, admitiendo que los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. Se trata de una novedad importante, cuestionada por muchos, que cambia de manera esencial el momento perfectivo del contrato, pero deja a salvo que, en caso de duda, el contrato se tiene por no concluido y que no son acuerdos parciales la minuta o el borrador.

También se incorporan normas sobre las tratativas contractuales ausentes en el Código derogado. El artículo 991, que reproduce el 920 del Proyecto de 1998, establece que en este período el incumplimiento del deber de obrar de buena fe para no frustrar injustificadamente las tratativas genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra la parte afectada. Existe una diferencia importante en la consecuencia prevista en ambas normas, porque el Proyecto de 1998 reconocía, a diferencia del nuevo Código, la categoría de daño al interés negativo, propuesta magistral de Ihering, y la aplicaba en este caso. El artículo 991, en cambio, deja abierta la consecuencia diciendo que debe repararse el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato.

En esta tendencia de fijar pautas para la formación progresiva del contrato el nuevo Código incorpora una Sección destinada a los Contratos preliminares, siguiendo puntualmente lo previsto en el Proyecto de 1998, que traía algunas novedades. El artículo 994, con fuente en el 934 del Proyecto, dispone que los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo y dispone como plazo de vigencia de ese contrato un año, renovable, plazo ajeno a las costumbres de nuestro país.

6. Si se analiza el Capítulo de los *Efectos del contrato* se advierte también la influencia del Proyecto de 1998 en el Código civil y comercial, aunque la cuestión novedosa de la suspensión del cumplimiento fue recepcionada con una regulación diferente y menos conflictiva. El contenido del artículo 992 del Proyecto fue distribuido en dos normas los artículos 1031 y 1032, este último titulado tutela preventiva. Autoriza a una parte a suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave

amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. Se trata de una medida preventiva de los daños que puede sufrir una parte que cumple su prestación entregando lo debido a la contraparte cuando ésta no está en condiciones de cumplir la correspondiente prestación. El Proyecto de 1998 incluía otro supuesto que fue suprimido, quizás porque resulta un tanto problemático, dado que autorizaba a una parte a suspender su cumplimiento en caso de tener un impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas a ella y a su responsabilidad disponiendo que la suspensión procede por el tiempo razonable de acuerdo con los usos, y queda sin efecto cuando el impedimento resulta superado.

7. El Capítulo 13 referido a la *Extinción del contrato* reproduce el ordenamiento del Proyecto de 1998 que previó las vicisitudes extintivas del contrato, rescisión, revocación y resolución, de manera más sistemática y detallada que el Código velezano. No se incluye en ninguno de los sistemas la nulidad que queda regulada en el Capítulo 9 del Título IV Hechos y Actos jurídico Libro I.

Los artículos 1076 y 1077 se corresponden con los artículos 1040 y 1041 del Proyecto, y el artículo 1078 en sus ocho incisos incluye las Disposiciones generales para la extinción por declaración de una de las partes, tomadas del Proyecto y con alguna modificación en la redacción. En el resto de los artículos no hay diferencias entre lo incluido en el nuevo Código y el contenido del Proyecto. Tampoco en lo que respecta a la cláusula resolutoria implícita y expresa, a la conversión de la demanda, la frustración del fin del contrato y la imprevisión.

Una diferencia se observa en cuanto a la *configuración del incumplimiento* con miras a la resolución. El artículo 1084 es más exigente con la calificación del incumplimiento esencial. Determina los presupuestos concretos para que sea calificado como tal, cuestión que no fue suficientemente prevista en el artículo 1049 del Proyecto.

Cabe mencionar un tema novedoso: *la conversión de la demanda por cumplimiento*, que llega al artículo 1085 del nuevo Código y viene del Proyecto de 1998. Según la norma legal la sentencia que condena al cumplimiento lleva implícito el apercibimiento de que, ante el incumplimiento, en el trámite de ejecución, el acreedor tiene derecho a optar por la resolución



del contrato, con los efectos previstos en el artículo 1081. Es decir que la demanda por cumplimiento del contrato, aunque no tenga ninguna referencia a la resolución del mismo, lleva implícita esa posibilidad por disposición legal, que se presume conocida. Es una cuestión que presenta un desafío al Derecho procesal, que deberá adaptar las normas de procedimiento para posibilitar al demandado el debido derecho de defensa, porque la litis que se traba en torno al cumplimiento puede concluir con una condena no prevista por las partes, sino por la ley.

8. En síntesis, pensamos que en este año trascendente para el Derecho privado argentino ha sido una excelente iniciativa recordar a Atilio Alterini porque fue uno de los adalides del movimiento que trabajó desde 1987 por la reforma y unificación del Derecho privado argentino, porque es evidente la influencia de su pensamiento en el nuevo Código civil y comercial y porque, como todos los hombres con grandes ideales, ha trascendido su propia existencia.