

**EL DERECHO DE LOS CONTRATOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL CÓDIGO CIVIL DE VÉLEZ SARSFIELD. SU ADAPTABILIDAD Y PERDURABILIDAD.**

**Por: José María Gastaldi**

**I. Introducción.**

En numerosas ocasiones, en trabajos escritos o conferencias<sup>1</sup>, he exaltado la personalidad del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield y, muy especialmente, su labor de codificador, aspecto en el que se destaca nítidamente tanto a nivel nacional como universal, sobre todo por lo que reiteradamente he considerado, en opinión poco original pero sincera, su "magna obra": el Código Civil.

En esta época de reformas, en la que se proyecta no sólo la unificación de los derechos civil y comercial sino que, al amparo de ella, se propician importantes modificaciones al primero de dichos cuerpos legislativos y la derogación del segundo –aunque integrándose parte de sus disposiciones en el código unificado<sup>2</sup>, me ha parecido importante recordar a Vélez Sarsfield y su tarea de codificador eximio, como un homenaje a quien considero un auténtico jurista.

Jurista del derecho latinoamericano, por su país de origen y el lugar en que transcurrió su existencia pero, con seguridad, también del mundo entero, por la trascendencia ecuménica de su Código Civil<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Entre los primeros pueden verse, específicamente, Gastaldi, José María, *Contratos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, 1ª. Ed. 1994, 2ª. Ed. act., 1997, cap. I al III; Dalmacio Vélez Sarsfield, ED, 126-763; Vélez Sarsfield y su "exposición de motivos" (A propósito de un Congreso Internacional sobre Vélez Sarsfield, ED, L.A., 1986-B-741; El Código Civil y la libertad. Vigencia y perdurabilidad de la obra de Vélez Sarsfield, ED, 119-731; La moderna contratación en el Código Civil, Hammurabi, Buenos Aires, 1983; Supervivencia y perdurabilidad del Código Civil, *Revista Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A., 1969, n° 40/41.

<sup>2</sup> Respecto al proceso de unificación me he referido en diversas oportunidades, entre las que cito: *Introducción al estudio de los contratos comerciales. Su relación con los contratos civiles*, Ed. de Belgrano, 1ª. Ed. 1981, 2ª, 1985, 3º ampl. 1991; *Contratos*, T. I, cit., cap. IV; ¿Hacia una legislación uniforme civil y comercial?. A propósito de un proyecto de ley y de una resolución de la Cámara de Diputados de la Nación, ED, LA, 1986-D-481; *El proyecto de la legislación civil y comercial. Generalidades. Su incidencia en la Doctrina General de los Contratos*, ED, 125-811; *Un nuevo intento de unificación de la legislación civil y comercial. Sugerencias para la reforma, con especial referencia a la doctrina general de los contratos y a las sociedades civiles*, ED, 1993; etc.

<sup>3</sup> De tal trascendencia es prueba evidente la celebración, en Roma, en marzo de 1986, de un Congreso Internacional sobre "Dalmacio Vélez Sarsfield y el Derecho latinoamericano", que constituyó un verdadero homenaje a su obra jurídica. Fue organizado por la II Universidad de Roma, con la colaboración de la Asociación de Estudios Sociales Latinoamericanos y las Universidades de Córdoba y Buenos Aires. Presenté allí dos trabajos, en representación de la Universidad de Belgrano: uno con relación al tema I ("Dalmacio Vélez Sarsfield y la teoría generale del Diritto), sub-tema I, 3 ("La influencia delle note al Código Civil nella scienza del Diritto argentina/latinoamericana", bajo el título "Una contribución al estudio de la importancia de las notas

Representó, sin duda, el arquetipo del verdadero hombre de Derecho, que sirvió a éste y a su Patria con toda hidalguía, sin más satisfacción ni aspiración que la de acrecentar el patrimonio jurídico de su país, como modo de cumplir con un deber que por su capacidad le correspondió en su fecunda vida.

Vélez Sarsfield merece todos estos calificativos, no sólo porque dedicó la casi totalidad de su existencia al Derecho, sino porque se convirtió en un referente indiscutible, por la trascendencia y perdurabilidad de la obra que dejó a su país y al mundo entero.

Sobre todo por su Código Civil que, sancionado en 1869 y en vigencia desde 1871, mantiene aún su estructura fundamental, no obstante diversas reformas parciales, sirviendo para resolver a través de los tiempos y mediante una interpretación sagaz e inteligente, pero facilitada por la calidad de sus normas, las cuestiones jurídicas más importantes en nuestro país, a pesar de los grandes cambios económico-sociales habidos desde entonces.

Y si logró tal perdurabilidad, de la que hoy hago el punto fundamental de este trabajo, fue indudablemente porque supo consagrar en su obra lo que he calificado como sabios, amplios y geniales principios y normas, con la elasticidad necesaria para desafiar el paso de los tiempos, todo lo cual resalta el valor del codificador.

Sintetizando la importancia de su obra, nada mejor que recordar las palabras de dos distinguidos juristas argentinos, las que seleccioné porque fueron expresadas en dos épocas muy diferentes y separadas por un siglo de distancia.

En 1873, a poco de regir el Código Civil, decía Luis V. Varela: "El doctor Vélez ha probado con su Código Civil, que tiene derecho a ocupar un puesto distinguido entre los jurisconsultos notables; y el mundo científico, saludándole jurisconsulto entre los primeros, cuando presentaba al Gobierno Argentino la obra que se encomendó a su saber, ha rendido un justo tributo al mérito del que ha sido el primero de los codificadores americanos"<sup>4</sup>.

Cien años después, en 1972, el Dr. José M. Saravia decía en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires: "Siempre pensé que ese Código constituyó la hazaña intelectual más grande que hasta ahora haya cumplido un argentino y que sirvió para

---

de Vélez Sarsfield, referencia especial a la que constituye una *exposición de motivos* de su Código Civil. Su contenido e importancia". Fue publicado en ED, LA, 1986-A-741; otro, con relación al tema II (Dalmacio Vélez Sarsfield e la codificazione del Diritto), subtema II.3. (Obligazioni), titulado "Vélez Sarsfield y su Código Civil. Importancia de la libertad en esta obra. Vigencia y perdurabilidad de ese código en general y en particular en materia de contratos", que sirvió de base al publicado en ED, 119-731. En octubre de 1986 se celebró en México la X Conferencia de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho de América Latina. En representación también de la Universidad de Belgrano y con relación al tema III (Próceres del Derecho Latinoamericano), remití un trabajo titulado "Dalmacio Vélez Sarsfield", que sirvió de base al publicado en ED, 126-763. Los tres trabajos, con algunas variantes fueron reproducidos en los capítulos I a III del libro Contratos, T. I cit.

<sup>4</sup> Varela, Luis V., Concordancias y fundamentos del Código Civil Argentino, H. Y M. Varela editores, Buenos Aires, t. I, Introducción, pág. 10.

completar la obra de la Independencia al reemplazar con ventaja instituciones caducas del pasado colonial, a apoyar el desenvolvimiento económico y social del país, a consolidar su régimen democrático. Vélez Sarsfield realizó, sin duda, obra de sociólogo y también de político y de visionario. Encarnó una experiencia milenaria y, adelantándose al porvenir, concibió las normas que requeriría la mutación del país”.

Por todo ello, rindo al ilustre cordobés mi homenaje en este trabajo, recordando la perdurabilidad de su obra a través de un instituto de tanta significación como es el contrato.

## **II. Breve referencia a los antecedentes jurídicos de Vélez Sarsfield y a su labor como codificador.**

Después de cursar sus estudios primarios en la escuela del Convento de San Francisco e ingresar en 1812 en el famoso Colegio de Monserrat, en el que aprueba sus cursos de latín –de gran importancia para su formación y posterior labor codificadora-, continúa sus estudios en la Facultad Mayor o de Artes, recibiendo el título de maestro y bachiller en artes, y en 1818 y 1819 realiza sus dos cursos de leyes. Rinde sus exámenes correspondientes y obtiene en 1820 el título de bachiller en ambos derechos (Civil y Canónico).

Efectuada la práctica forense, para ser habilitado para el ejercicio de su profesión de abogado, en el Estudio del Asesor General de Gobierno, don José Dámaso Gigena, toma posesión de los “estrados del Tribunal” el 13 de diciembre de 1822.

Para juzgar la aptitud de Vélez para el conocimiento del Derecho, cabe detenerse como mejor prueba en algunos conceptos del certificado que le expide el citado Asesor para acreditar el cumplimiento de su práctica: “...el bachiller don Dalmacio Vélez ha practicado en este mi estudio desde el 12 de marzo de 1820, hasta fines de diciembre de 1821, con tal empeño y asidua contracción, que no sólo ha leído y releído los diferentes compendios de práctica del foro conocidos por más recomendables sino también aquellas partes de los códigos legislativos, que siempre se han estimado por más interesantes para el logro de la práctica de los tribunales de Justicia; añadiendo a este estudio el de la lectura del numeroso cúmulo de expedientes que entran al despacho de esta Asesoría General...dejando ver asimismo en ésta, su extremada aplicación, la posesión de unos talentos nada comunes, y un deseo infatigable de adelantar en conocimientos teóricos y prácticos, con las frecuentes dudas originadas de la combinación de los conceptos legales recabados de las leyes y autores, con las observaciones suministradas por los expedientes que continuamente me proponía en solicitud de la explicación a que anhelaba...”.

He aquí la razón de la formación jurídica de Vélez. Desde joven su espíritu de

investigación, de profundización en los temas de Derecho, va formando al jurista de los años posteriores con un bagaje de conocimientos que, con textos y autores que consultó a lo largo de los años –y que amplía al proyectar su Código Civil-, fueron conformando lo que constituyó su verdadero patrimonio de jurista cabal.

De Vélez se ha dicho con razón que no desperdiciaba momento libre de su vida, empleando ellos –aun en largas vigilias nocturnas- para el estudio, en especial referido al Derecho Civil, por el que sentía verdadera pasión, favorecida por su conocimiento del latín.

No obstante, no deja de prestar atención a las letras, frecuentando a Virgilio y efectuando una traducción de la *Eneida*.

Todo ello le otorga su estilo sobrio, aunque a veces descuidado en su redacción y en su gramática, pero generalmente fácil de comprender, didáctico, preciso, estilo que demuestra con toda brillantez en los artículos y notas de su Código Civil.

Su solidez jurídica la adquiere al frecuentar obras magistrales, indispensables para un jurista de su época: Vinnio, Cujas, Heinneccio, Pothier, como también se renueva y se actualiza con las enseñanzas de los tratadistas franceses, exégetas del Código Napoleón, como con la lectura de muchos otros, que inspiran sus normas y de los cuales hay numerosas citas en las notas del código.

Estos antecedentes fueron moldeando científicamente a Dalmacio Vélez Sarsfield.

Radicado en Buenos Aires en 1823, se desempeña como diputado al Congreso unitario en 1825, profesor de Economía Política en la Universidad de Buenos Aires (1826-1829); representante del Gobierno ante el caudillo López para firmar un tratado (1831); diputado a la Legislatura de Buenos Aires (1858); asesor de Gobierno del Estado de Buenos Aires (1855-1858); Ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores del Estado de Buenos Aires (1856-1857); senador por Córdoba (1862); Ministro de Hacienda de la República Argentina durante la presidencia de Bartolomé Mitre (1862-1863) y Ministro del Interior en la presidencia de Domingo F. Sarmiento (1872).

En cuanto a su labor como codificador, puede remontarse a su designación como redactor de la Comisión encargada de preparar un proyecto de Código Civil, proyecto que, junto con los otros códigos, se había dispuesto elaborar, mediante un decreto del 24 de agosto de 1852, dictado por el entonces Director Provisorio de la Confederación Argentina, general Justo José de Urquiza. Ese intento codificador no prosperó.

Años después, dictada la Constitución Nacional, no aceptada por el Estado de Buenos Aires, es éste el que concreta la sanción de un Código de Comercio, que se redacta por Eduardo Acevedo –uruguayo- y Vélez Sarsfield.

Preparado en diez meses, se presenta el 18 de abril de 1857 y es sancionado por la

Legislatura de Buenos Aires el 7 de octubre de 1859.

Es sabido que ese código fue adoptado por la Nación Argentina en 1862, ya integrada aquella provincia a ésta, y con las reformas de 1889 aún rige, si bien con modificaciones muy importantes que poco han dejado de la versión original –sociedades, concursos, seguros, navegación, papeles de comercio, etc.-.

Aunque se ha dudado de cual fue la verdadera labor de Vélez en este código, la realidad es que desempeñó importante tarea, a punto que el propio Acevedo lo califica –en carta que le dirige- de “censor, corrector, adicionador y mejorador en todo sentido del trabajo que se me encargó”, señalando que “si Vd. prefiere aparecer como co-redactor...aceptaré con gusto la igualdad que es muy honorífica para mí”.

Es cierto también que Vélez, por entonces ministro del Estado de Buenos Aires, solicitó autorización para retirarse antes de su despacho y faltar los sábados, día en que se reunía con Acevedo, según él mismo lo recuerda: “El doctor Acevedo concurría infaltablemente a mi casa todos los sábados, llevando en la mano un cuaderno de los títulos proyectados. Yo lo esperaba con todos los estudios hechos en el título que me había entregado el sábado anterior; regularmente también, con un pliego de adiciones y rodeado de los libros que debía mostrarle, de los cuales tomaba la doctrina...Dado un título por el doctor Acevedo, yo debía estudiarlo bien y formar el juicio si estaba en él toda la legislación que debía regir la materia. Debía yo tener conocimiento en cada título de la reforma que proponían en la materia los grandes jurisconsultos, las deficiencias que notaba en los códigos publicados, y reunir todo ello y suplirlo por artículos adicionales en que trabajaba el doctor Acevedo”.

Se advierte, pues, que el codificador argentino tuvo importante intervención.

Y ese código tuvo una característica que no siempre se recuerda: la inclusión de treinta capítulos de derecho civil, importando así una verdadera unificación de obligaciones y contratos, por cierto muy anterior a la del Código Suizo de las Obligaciones.

En realidad, fue una necesidad, según la expresión del propio Vélez, no convencido de esa inclusión, pero sí sabedor que no era posible legislar sobre aspectos comerciales sin esos capítulos, bases del sistema.

Por eso decían sus autores al elevar el proyecto: “En el estado actual de nuestros códigos civiles era imposible formar un Código de Comercio, porque las leyes comerciales suponen la existencia de las leyes civiles, son una excepción de ellas, y parten de antecedentes ya prescriptos en el Derecho común...Hemos tomado...el camino de suplir todos los títulos del Derecho Civil, que a nuestro juicio faltaban, para poder componer el Código de Comercio...”. Las normas civiles de este cuerpo de leyes coexistieron con el Código Civil, pero se derogaron en la reforma de 1889.

Con estos antecedentes, de abogado, jurista y codificador, es designado, por decreto del presidente Mitre del 20 de octubre de 1864, “para redactar el Proyecto de Código Civil”, en cumplimiento de la Constitución de la Nación Argentina que otorga al Congreso de la Nación la facultad de sancionar códigos, entre ellos el civil.

Se le encomendó que el proyecto mencionara los antecedentes –he allí el origen de las “notas” del código-.

La historia, a partir de su designación, es conocida. Entregó el primer libro en 1865, precedido de una verdadera “exposición de motivos” a la que luego aludiré; sucesivamente entregó los restantes, siendo sancionado el proyecto –a “libro cerrado” pero luego de intensas discusiones parlamentarias- mediante la ley 340, promulgada el 29 de septiembre de 1869, que estableció la vigencia del Código Civil a partir del 1º de enero de 1871.

### **III. Ideas del codificador. Los principios de libertad en el Código Civil.**

Vélez, sensible a la realidad social y económica del país, sensible a las ideas de la época, poseyendo una concepción individualista –a la que no eran ajenos, por cierto, el Derecho Romano y los códigos de la época que influyeron en el codificador-, fervoroso creyente en el valor del individuo, en la fuerza del derecho natural, seguidor del liberalismo económico de Adam Smith, consagró en su código –al fin y al cabo producto de esa época- tales ideas, pero con el suficiente equilibrio que habré de poner de resalto.

Es que, si bien consagró la libertad, no olvidó controlarla para evitar los abusos. Siendo así, no puede enrostrársele con justicia el cargo de un supuesto excesivo individualismo.

La Constitución Argentina –ley fundamental de la Nación- es un baluarte de la libertad. Es en su mismo *Preámbulo* que los constituyentes dicen sancionarla “para asegurar los beneficios de la libertad...”.

E inspirada en el *Digesto*, en las *Siete Partidas de Alfonso el Sabio*, en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de la Asamblea Nacional Francesa y en la Constitución de los Estados Unidos de América, entre otras fuentes, consagra principios y derechos de la persona –artículo 14-, la inviolabilidad de la propiedad privada –artículo 17-, declara en su artículo 19 el principio de reserva (*las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados*) y que *ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*, aclarando –artículo 28- que *los principios, garantías y derechos reconocidos....no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio* y que –artículo 33- *las declaraciones,*

*derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.*

Vélez, conocedor y respetuoso de las normas constitucionales, adapta su código a sus principios de libertad, de los que se ha llegado a decir que forman el “alma del Código Civil”<sup>5</sup>.

Es que la libertad civil viene a ser –a decir del eminente jurista brasileño Freitas (nota al art. 36 de su *Esboço*)- “la libertad en acción, y tanto se la restringe prohibiéndose actos que sin la prohibición sería posible practicar, como exigiéndose actos que sin la ley imperativa podrían dejarse de practicar”.

Aquel reconocimiento a la Constitución adquiere singular importancia en el derecho contractual, pues importa aceptar el pilar fundamental de la autonomía de la voluntad, consagrado luego expresamente en el art. 1197 <sup>6</sup>.

Pueden citarse también, como normas destacadas al respecto, el art. 53 <sup>7</sup>, pocas veces recordado, que implica la aplicación del art. 19 de la Constitución Nacional y el art. 910<sup>8</sup>, que lo complementa.

Pero la libertad consagrada en el código -¿acaso no debía consagrarla?- no la plantea, de ninguna manera, en forma absoluta, pues reiteradamente le impone limitaciones. Los supuestos excesos derivados del “individualismo” o de una libertad mal interpretada resultan controlados o equilibrados por normas o principios que surgen del mismo código.

Precisamente, la crítica quizá más insistente que se le ha formulado al código de Vélez es la relativa a que constituye una expresión del liberalismo económico y del individualismo, que, por lo demás, eran las ideas imperantes en la época.

Pero el insigne codificador advirtió que no sólo esos principios debían ser limitados o compensados, sino también que el derecho evolucionaría con el correr de los tiempos, como evolucionarían las ideas. Así lo dejó señalado en la nota al art. 2621, en cuanto dice que “el progreso de las artes hace que las previsiones de las leyes no puedan circunscribirse a casos y límites ciertos”. Y aún, indirectamente, en la del 622, en cuanto, luego de haber establecido una supuesta libertad para pactar intereses, al no fijar tasa, sabiamente expresa: *Me he*

<sup>5</sup> Enrique Martínez Paz, Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil Argentino, Bautista Cubas, Córdoba, 1916, pág. 230.

<sup>6</sup> Art. 1197 Cód. Civil: *Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.*

<sup>7</sup> Art. 53 Cód. Civil: *Le son permitidos (a las personas) todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política.*

<sup>8</sup> Art. 910 Cód. Civil: *Nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto.*

*abstenido de proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos...Y decimos "supuesta libertad", porque la limitación a los intereses ha venido a consagrarse a través de normas del propio código, que a continuación citamos* <sup>9</sup>.

Respecto, precisamente, a tales limitaciones de la voluntad de las partes, a las genéricas del orden público y moral y buenas costumbres, recordadas fundamentalmente en los arts. 21<sup>10</sup> y 953<sup>11</sup>, al límite impuesto por el art. 502 respecto a la causa ilícita<sup>12</sup>, se agregan muchas más, entre ellas las que permiten sancionar con la nulidad un acto prohibido, obligar a la reparación cuando se produce un daño u obligar al cumplimiento de los deberes emanados de las relaciones de familia, etc.

Yendo a otras críticas formuladas al Código Civil, es cierto que el art. 1071 original<sup>13</sup> establecía que el ejercicio de un derecho propio no podía constituir a un acto como ilícito, pero

<sup>9</sup> Sobre los intereses y sus límites en el Código Civil, puede verse nuestro trabajo "Facultad de los jueces para reducir la tasa de interés en el mutuo oneroso", Buenos Aires, 1964, reproducido y completado en Gastaldi, José María-Centanaro, Esteban y colaboradores, Contratos aleatorios y reales, Ed. de Belgrano, 1998, págs. 241 y ss.

<sup>10</sup> Art. 21 Cód. Civil: *Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.*

<sup>11</sup> Art. 953 Cód. Civil, parte pertinente: *El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto. En la nota, menciona: Mas los hechos contrarios al derecho y a la moral, son puestos en la misma línea que los hechos imposibles, en el sentido que ellos no pueden ser objeto de una obligación eficaz, porque jamás se podrá invocar la protección de la justicia para asegurar su ejecución. Cabe recordar, que el codificador ensaya un concepto de "buenas costumbres" que, aunque sumamente amplio, importa dar pautas para algo difícil de definir; es en la nota al art. 530 –referido a la condición no aceptada por la ley por imposible, contraria a las buenas costumbres o prohibida por las leyes- cuando expresa: *En el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas.* También puede mencionarse la nota a los arts. 1206 y 1207, parte final: *Es una máxima de la moral y del derecho que el respeto y consideración a las leyes de una nación extranjera no pueden comprender los casos en que se violen las leyes de la naturaleza, o las leyes divinas. Los contratos, pues, que son en fraude de las leyes de su país, o de los derechos o deberes de sus nacionales: los contratos contrarios a la moral, o a la religión: los contratos opuestos a la política o instituciones, son nulos en todo país afectado por ellos, aunque pueden ser válidos por las leyes del lugar en que se han celebrado.**

<sup>12</sup> Art. 502 Cód. Civil: *La obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto. La causa es ilícita, cuando es contraria a las leyes o al orden público.*

<sup>13</sup> Art. 1071, redacción original: *El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto.* La ley 17.711 lo modificó así: *El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.* En definitiva, la norma original, interpretada de acuerdo a la nota y con los principios que también consagró Vélez de la buena fe, la moral y las buenas costumbres, podía llevar y llevó a admitir la teoría del "abuso del derecho", si nos atenemos a la elaboración doctrinaria y aplicación jurisprudencial que se efectuó antes de la reforma de la norma.

también es cierto que ello resultaba atemperado en la nota, al citar textualmente el Código de Prusia, en cuanto alude a que el que ejerce un derecho “conforme a las leyes” no responde del perjuicio.

Incluso, al derecho de dominio –que de acuerdo con la tendencia imperante consagró en forma amplia- le coloca límites.

Se había insistido, y aun se sigue insistiendo, en la crítica a normas de dicho derecho por su excesivo individualismo, en especial el art. 2513<sup>14</sup>, en cuanto establecía las facultades emergentes del dominio, y que fue reformado por la ley 17.711, a fin de “atemperarlo”.

Pero cabe señalar que, sin perjuicio de admitir que la norma original, tomada literalmente, aparecía como excesiva al hablar de la posibilidad del dueño de “desnaturalizar, degradar o destruir” la cosa, Vélez le marcó límites que a veces no parecen recordarse, originando una crítica exagerada.

Así, en la nota art. 2508 –artículo relativo a la exclusividad del dominio, que la ley 17.711 mantuvo-, leemos: *Cuando establecemos que el dominio es exclusivo es con la reserva de que no existe con este carácter, sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial de la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual.*

¿Puede pensarse frente a esta nota que las facultades que emergen del art. 2513 podían ejercerse literalmente?. Sinceramente creo que no y así fue la interpretación.

Asimismo, en la nota al art. 2506 –artículo en que define al dominio-, con cita de las Siete Partidas, nos dice el codificador: *“poder que ome ha en cosa de facer della o en ella lo que quisiere, segund Dios e segund fuero; pero otra ley dice: maguer el ome aya poder de fazer en lo suyo lo que quisiere, pero deuelo fazer de manera, que non faga daño nin tuerto a otro”.*

También la nota del art. 2513, que expresa: *Importa, sin embargo, observar que los excesos en el ejercicio del dominio, son en verdad la consecuencia inevitable del derecho absoluto de propiedad, pero no constituyen por sí mismos un modo del ejercicio de este derecho que las leyes reconocen y aprueban.*

Es en esa misma nota que se encuentra otro comentario, que Vélez atribuye a “un

---

<sup>14</sup> Art. 2513 Cód. Civil, versión original: *Es inherente a la propiedad, el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. El puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla; tiene el derecho de accesión, de reivindicación, de constituir sobre ella derechos reales, de percibir todos sus frutos, prohibir que otro se sirva de ella, o perciba sus frutos; y de disponer de ella por actos entre vivos.* En la redacción actual, dada por la ley 17.711, dice la norma: *Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular.*

filósofo” y que ha originado también críticas: *Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida. Cabe acotar que a la expresión “gobierno”, como “juez”, no cabe interpretarla referida a los jueces –a los que el codificador se refiere en otras normas con términos diferentes e indudables- sino al poder político.*

Es decir que, en definitiva, la postura de Vélez en cuanto al dominio no fue de tan absoluta libertad, como no lo es en otros temas, en los que la limitó, pudiendo agregarse en cuanto a aquél, los numerosos límites y restricciones incluidos en el Libro III, título VI, del Código Civil.

Vuelvo a recordar los artículos y notas ya mencionados e insisto, fundamentalmente, en el art. 953, calificado con razón como una suerte de “válvula de escape”, a través de la cual, complementada por otras normas, la doctrina y jurisprudencia argentinas no sólo colocaron en sus justos límites cualquier intento de abusar de las libertades concedidas, sino que pudieron fundamentar teorías como el abuso del derecho, la imprevisión y la lesión subjetiva, antes de su consagración legislativa por la ley 17.711.

Al observar las críticas, vienen al recuerdo estos conceptos, referidos a las mismas: “De las fallas que se le atribuyen (se refiere al Código Civil) hay que preguntarse si muchas no son de quienes se las atribuyen”<sup>15</sup>.

En síntesis, el supuesto “excesivo” individualismo de Vélez no parece ser una observación muy acertada y a veces parece más una crítica tendenciosa. Es cierto que su código sigue una línea liberal e individualista, pero ello está atemperado según vimos, y en el fondo no puede criticarse por haber consagrado la libertad como valor fundamental que es para el hombre y que encuentra hondas raíces, recogidas expresamente por la Constitución Nacional, que el codificador tuvo a la vista y siguió con plena convicción.

Por otra parte, para atemperar el individualismo, ya hemos visto que colocó precisos límites para que la libertad no se convirtiera en libertinaje, mediante la inserción de disposiciones –artículos y notas- de su Código Civil, que permitieron que éste, con una inteligente interpretación de nuestros juristas, se fuera adaptando a través de los largos años de su vigencia, permitiendo que doctrina y jurisprudencia fundaran soluciones de justicia y equidad.

Y refiriéndome a esta última, no hay que olvidar que Vélez la menciona en más de un

---

<sup>15</sup> José María López Olaciregui, Palabras preliminares, que preceden a la publicación en homenaje al centenario del Código Civil, en Revista "Lecciones y Ensayos", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A., n° 40/41, 1969.

lugar. Baste como ejemplo, la nota al art. 784<sup>16</sup>, en la cual citando a Marcadé señala que la equidad es siempre principio de nuestro derecho civil, y la nota a los arts. 2567 al 2570<sup>17</sup>, en la que expresa que la equidad es lo que debe dirigir los fallos de los jueces. Es notable la referencia del codificador a principios que, aunque con raíces antiguas, forman parte de tendencias modernas.

Ello demuestra la perdurabilidad de la obra magna del codificador y es prueba acabada de su genio jurídico, lo que reafirmaré en párrafos siguientes.

Sin dejar de señalar que, por suerte, los proyectos de reformas, entre los que cabe incluir el actual, presentado en 1998, han consagrado también el principio de libertad, como no puede ni debe ser de otro modo, en atención a los principios básicos de nuestra Ley Fundamental y a la esencia de nuestra nacionalidad.

Desde otro ángulo, respecto a las ideas del codificador, cabe recordar una expresión concreta de ellas, que más de una vez se olvida, a punto que no se la incluye en las ediciones diversas del Código Civil.

Me refiero a la “nota” o comunicación con la cual Vélez presentó el primer libro de su código, en 1865<sup>18</sup>.

Los juristas suelen recordar, al referirse a la codificación, el famoso “Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil”, presentado por la Comisión designada para la redacción del Código Civil francés, discurso que se atribuye a Jean-Etienne Marie Portalis, principal redactor de dicho código.

Ese trabajo jurídico, se ha señalado, tuvo el “extraordinario mérito de haber expuesto ideas y principios sobre los graves problemas inherentes a la técnica legislativa y a la interpretación de la ley con tanta claridad, profundidad y sensatez que conservan el el presente todo su valor y frescura”<sup>19</sup>.

Pero, en cambio, no suele tenerse en cuenta la “nota” de Vélez que, aunque mucho más breve, guarda cierta similitud con el “Discurso”.

Reiteradamente he pretendido sacar del olvido esa magnífica pieza de nuestro

---

<sup>16</sup> Nota al art. 784 Cód. Civil, parte pertinente: *Pero el principio de equidad, dice Marcadé, que siempre es principio en nuestro derecho civil, no permite enriquecerse con lo ajeno.....*

<sup>17</sup> Nota a estos artículos, parte pertinente: *....Pero siguiendo estrictamente esos principios, se llegaría en algunos casos a la injusticia. La equidad es la que debe dirigir la resolución de los jueces....Agrega luego:....por el principio de moral que nadie debe enriquecerse con el trabajo ajeno...*

<sup>18</sup> Fechada el 21 de junio de 1865, dirigida al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, doctor Eduardo Costa.

<sup>19</sup> Julio Dassen, prologando la publicación parcial del "Discurso Preliminar de Portalis", Revista Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1958, n° 9, pág. 57.

codificador<sup>20</sup>, pensando incluso que éste debió tener en cuenta al redactarla el antecedente de Portalis, pues de modo similar expresó ideas y justificó soluciones.

Vuelvo ahora a recordar, al menos en algunos de sus aspectos, pues no sólo contribuye al análisis del pensamiento de Vélez sino que justifica éste. No está referida al Libro I, al que acompañó, sino a todo lo que sería el proyecto de Código Civil. Veamos algunos aspectos.

Como primera cuestión a destacar, Vélez afirma que el trabajo se ha hecho tal cual se le encargó, “concordando los artículos de cada título con las leyes y los códigos de Europa y América, para la más fácil e ilustrada discusión del proyecto”.

Agregando más adelante: “Me he visto en la necesidad de poner muchas veces largas notas en artículos que resolvían antiguas y graves cuestiones entre los jurisconsultos, o cuando ha sido preciso legislar en puntos de derecho que debían ya salir del estado de doctrina y convertirse en leyes”. Es decir, aclara la inclusión de numerosas notas y explicaciones, anticipándose a contestar a quienes luego tildarían su obra de demasiado doctrinaria, con olvido del valor jurídico de tales notas, valor que perdura hoy en día, expresando muchas veces los motivos de las soluciones y constituyendo un verdadero acicate para la profundización de los temas <sup>21</sup>.

Seguidamente, se ocupa de las fuentes, señalando que ellas son todos los códigos publicados en Europa y América y la legislación comparada del señor Seoane, así como el Proyecto de Código Civil para España de Goyena (García Goyena) y el Código de Chile, del que expresa “que tanto aventaja a los Códigos europeos”. Es así que, lógicamente además del Código Napoleón, cita el de Austria (1810), Prusia, cuya parte referida al derecho privado se publicó en 1794, Luisiana (1825), Cerdeña (1825).

Hasta el código italiano de 1865 fue conocido por Vélez, demostrando lo actualizado que estaba. Encontramos referencia al mismo, por ejemplo, en la nota del art. 1323 –definición de compra y venta-, en la que expresa: “Habiéndose publicado el Código italiano en 1865, dejamos las concordancias con el Código sardo, y las haremos con el nuevo Código...”, el cual, además, menciona en los arts. 1099 y 1100, 1138, 4051, etc.

Respecto a los códigos americanos, aunque eran pocos los consultó: además del chileno de 1855, boliviano de 1831 –que había adoptado el francés-, peruano de 1852.

Hizo lo propio con proyectos, entre los cuales merece especial mención el *Esboço de*

---

<sup>20</sup> Puede verse su texto íntegro y su comentario en Gastaldi, Contratos, cit., t. I, cap. II. En cuanto a su antecedente, está relacionado con el Congreso de Roma que menciono en la nota 3, tratándose del trabajo que en ésta menciono como correspondiente al tema I, sub-tema I, 3 de tal Congreso., luego publicado en ED, LA, 1986-A-741, también con el texto íntegro.

<sup>21</sup> Sobre el valor de las notas se pronuncia Varela, Concordancias..., cit., Introducción, ponderando la inclusión de ellas, referidas a las concordancias y fundamentos del código.

Freitas –inconcluso, como sabemos-, preparatorio para el Código Civil de Brasil. De él hace una referencia concreta en la “nota” en análisis: “...he tenido presente....y sobre todo, el proyecto del Código Civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos”.

Esta clara referencia al jurista brasileño –con el cual intercambié, incluso, correspondencia y que también cita como orientador de su método- da por tierra con algún comentario respecto a que Vélez ocultó dicha fuente, quizá para aparecer como original en soluciones que había tomado de aquél.

En cuanto a la doctrina para su primer libro, destaca como sus “guías principales” a Savigny y Zacharie, Serrigny sobre el Derecho Administrativo del Imperio Romano y Story en su *Conflict of Law*.

Pero consultó una enorme cantidad de obras, que no es del caso describir ahora<sup>22</sup> y a las que hace alusión José María Moreno<sup>23</sup> con estas palabras: “No menos de quinientos volúmenes cuentan quizá las obras de los jurisconsultos que cita el eminente codificador argentino, para fundar las disposiciones que consigna el Código Civil; y aun cuando es imposible que la transcripción de la cita referente a una regla contenga el desarrollo completo de la doctrina en que se apoya, cuán disminuido queda el trabajo y cuán despejado el camino de la investigación, con el fácil examen de la fuente directa que emana de la ley”.

En lo que hace a la metodología, sabedor de su importancia, nos dice Vélez: *El método que debía observar en la composición de la obra ha sido para mí lo más dificultoso y me ha exigido los mayores estudios.....He dado cuenta de mi primer trabajo y del método que observo en la composición del proyecto de Código, porque uno y otro objeto merecen el examen y la discusión de los hombres competentes.*

De allí su análisis y la crítica de varios antecedentes, entre ellos el código francés, para el cual tiene duras palabras: *En el Código de Napoleón, y en los diversos Códigos que lo toman por modelo, no hay ni podrá haber método alguno*, pormenorizando su ataque, en clara referencia al sistema traslativo del dominio en dicho Código, al expresar a continuación: *Un solo artículo de un Código puede decidir de todo el sistema que deba observarse en su composición, o hacer imposible guardar un orden cualquiera. El artículo del Código francés que hace del título un modo de adquirir, y da a los simples contratos el efecto de transferir el dominio de las cosas, acababa con los derechos personales, que nacen de las obligaciones y de los contratos, y era imposible salir del laberinto que para el método del Código creaba ese*

---

<sup>22</sup> Para su enumeración remito a los trabajos citados en la nota 20.

<sup>23</sup> En su Introducción a las "Concordancias" de Varela, cit. en nota 4.

solo artículo.

Es decir, no sólo ataca el método en general, sino el modo de transmisión del dominio, respecto del cual se orienta en las soluciones del Derecho Romano y de Freitas, al consagrar el sistema de la tradición en su artículo 577 -también 3265-, sistema que justifica en la nota al primero de dichos artículos, ampliando la crítica al francés.

Volviendo al método, dice Vélez haber seguido a Freitas: *Yo he seguido el método tan discutido por el sabio jurisconsulto brasilero en su extensa y doctísima introducción a la recopilación de las leyes del Brasil, separándome en algunas partes para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la legislación, como lo dice el mismo señor Freitas, puede separarse un poco de la filiación de las ideas.*

No fue igual el método de Vélez, ya lo sabemos, pero con su orientación supera el modelo francés, al establecer las generalizaciones en los actos jurídicos, las obligaciones y los contratos, a diferencia de dicho modelo, que legisla estos temas a través de los contratos, mezclando el género con la especie.

Para algunos ha superado y para otros no, a Freitas. Por mi parte, le atribuyo a Vélez una mejor técnica al redactar sus normas, a las que, con razón, da un contenido más concreto, más categórico, como corresponde a una ley positiva.

Entre ellos cursaron correspondencia de elogio, como la que enviara Freitas a Vélez al agradecer el envío por parte de éste de su primer libro: *vi que comprehendeu perefiteamente o meu systema; e nada mais grato para mim do que essa espontanea uniformidades de ideas, que assim fortale a verdade da syntese que ousei formular*<sup>24</sup>.

Finalmente, Vélez, luego de explicar la distribución que hará de los temas en los sucesivos “libros” de su obra, menciona y justifica algunas exclusiones del código: derechos políticos, la muerte civil a la que descalfifica al señalar que es un *imperfecto simulacro para privar a los hombres de los derechos de familia, del derecho de testar y del derecho de todos sus bienes, penas que no permite nuestra Constitución política que abolió la confiscación, y que no se encuentra en nuestras leyes*. Acertado comentario, verdadera lección de respeto al individuo y a sus derechos.

También justifica la exclusión de capellanías, del patronato de ellas, de las personas eclesiásticas y de los religiosos, diciendo que ello corresponde a las relaciones del Estado con la Iglesia, de la adopción –señalando que no está en nuestras costumbres-, etc.

Como corolario de lo expuesto en esta “nota”, cito otro párrafo que es demostrativo de la humildad con que Vélez juzgaba su labor: *...yo no puedo prometer todas las leyes civiles que*

---

<sup>24</sup> Carta del 22 de noviembre de 1865.

*deben regir la República... Yo pondré, señor Ministro, los elementos y todos los antecedentes que me sean posibles para una obra de ese alcance; pero ella no puede ser completada si no vienen en su auxilio los estudios y las luces de todos los hombres competentes. No me prometo, pues, hacer el Código Civil que debe regir en la República Argentina; sino principiar la obra, y poner en las fórmulas del proyecto los problemas jurídicos, que otros hombres y otros conocimientos a los míos deben resolver.*

Por suerte para él pudo ver que estaba equivocado, pues su Código Civil se sancionó a "libro cerrado". Recibió elogios, aunque debió soportar críticas.

Lo que no pudo quizá ni siquiera presentir fue que su código se inscribiría entre los mejores del mundo y que rigió, y rige –casi incólume- el Derecho civil de su patria, orientando también soluciones para otras ramas jurídicas, pues en el Código Civil, "tronco" de toda la legislación, se encuentran los principios fundamentales de ésta.

#### **IV. El derecho de los contratos en el Código Civil. Aplicación de los principios de libertad.**

Al referirnos concretamente a los contratos, forzoso es ocuparse de aquel principio que ya he recordado y que es de su esencia: la autonomía de la voluntad, que no es otra cosa que el poder de autodeterminación que tiene el individuo para la celebración de aquéllos.

Verdadero "pilar" de la doctrina contractual y de su base, que es el contrato, tal principio encuentra su consagración legislativa a partir del Código Civil francés, aunque tiene raíces mucho más antiguas, pues puede decirse que el Derecho romano lo reconoció. Se complementa con el principio de la "fuerza obligatoria" y también con el llamado "efecto relativo".

La "autonomía de la voluntad" -se ha dicho con reiteración- de nada serviría si no va acompañada de la fuerza obligatoria. O sea, lo que autodetermino, se torna obligatorio. Y la ley se encarga de así consagrarlo, para lograr su respeto.

El "efecto relativo" completa la trilogía, porque no parece ni jurídico ni aún lógico, que quien ejerce su "autonomía" pueda hacerlo para obligar a un tercero. Dejaría de ser autonomía o autodeterminación.

Esa autonomía de la voluntad implica el ejercicio de una libertad, en este caso jurídica, dirigida al ámbito de los contratos, aunque va más allá, abarcando también el de los actos jurídicos.

Y como antes señalé, tiene apoyo constitucional, a partir del Preámbulo –por suerte no tocado por la última reforma- de nuestra Ley Fundamental, que asegura los beneficios de la

libertad para todos los habitantes, habiendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación considerado que ello tiene alcance "operativo", en el sentido de que no se trata de un mero enunciado sino de una cláusula que puede invocarse ante la vulneración del principio.

También cabe aplicar el art. 14, pues se acepta pacíficamente que éste, al consagrar los derechos lo hace de manera enunciativa, en conjunción con el art. 33, en cuanto admite que las declaraciones, derechos y garantías enumerados por la Constitución no deben ser entendidos como negación de otros que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

El "efecto relativo" completa la trilogía, porque no parece ni jurídico ni aun lógico, que quien ejerce su "autonomía" pueda hacerlo para obligar a un tercero. Dejaría de ser autonomía o autodeterminación.

En cuanto al art. 17, al garantizar la propiedad, se interpreta también como norma protectora de la libertad en el contrato, pues éste es un instrumento -al menos en la concepción más aceptada- de contenido patrimonial, independientemente de la noción que del mismo se tenga. Y ya sabemos que la protección a la propiedad -en pacífica interpretación- va mucho más allá de la simple protección al derecho de dominio, abarcando todos los aspectos de contenido patrimonial, al menos en líneas generales.

Fundamental es el art. 19, al consagrar el llamado principio de "reserva", ya mencionado, como su recepción expresa en el art. 53 del Código Civil.

Pienso también que el nuevo art. 42 CN –protección al consumidor-, aunque pueda considerarse superfluo o innecesario, cabe invocarlo en las relaciones contractuales, pues es mediante el contrato que se permite a los *consumidores y usuarios de bienes y servicios* acceder a ellos, *teniendo derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno*", agregando la norma que *las autoridades proveerán a la protección de esos derechos*.

Incluso, el derecho al recurso de "amparo", ahora introducido expresamente en el nuevo art. 43 CN, prevé su aplicación para actos no sólo de autoridades sino, aunque pueda parecer inapropiado, de *particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley*, agregando luego que *podrán interponer esta acción....en lo relativo a los derechos que protegen....al usuario y al consumidor....*

Ya entrando en el Código Civil, encontramos la tan conocida norma del art. 1197, que he transcripto párrafos antes, consagratória de la autonomía de la voluntad y la fuerza

obligatoria, con terminología mejor que la de su modelo francés<sup>25</sup>.

Varias normas reafirman a lo largo del código ese principio esencial –fundamentado por juristas y filósofos-, bastando señalar el también ya transcrito art. 910<sup>26</sup>.

El efecto relativo –que surge del art. 1195<sup>27</sup>- completa, como anticipé, los principios fundamentales antes enunciados.

En cuanto a los límites de esa autonomía, vuelvo a recordar el orden público, la moral y las buenas costumbres, enunciados en los arts. 21 y 953, sin perjuicio de las normas que establecen una suerte de “orden público en pequeño”, al configurar soluciones inderogables por las partes, como también cualquiera otra limitación de sus derechos que pueden surgir de un contrato.

Así la limitación establecida por el art. 1505 en cuanto el plazo máximo de las locaciones, o por los arts. 1380 y 1381, que restringen el pacto de retroventa a los inmuebles y le fijan un término máximo de tres años, las normas que imponen una forma determinada –art. 1810-, o que impiden contratar sobre algunos objetos –art. 1361, en algunos incisos- o con determinadas personas –art. 1358 o 1361, en algunos incisos-, etc.

Finalmente, existen las limitaciones impuestas en situaciones particulares, pero que tienen alcance generalizado: la lesión, la imprevisión y el abuso del derecho (arts. 954, 1198 y 1071, respectivamente).

Y en tren de limitar esa autonomía, encontramos rápidamente a los límites generales impuestos por la las locaciones, como cualquiera otra limitación en los derechos que pueden surgir de un contrato.

Obviamente, todo ello enmarcado en el principio elemental del derecho, su trasfondo, que es la buena fe. No se concibe el derecho de mala fe.

En cuanto a la amplitud de la autonomía de la voluntad, cabe referirla a dos aspectos habitualmente considerados: las denominadas "libertad de contratar" y "libertad contractual", aclarando que tal denominación no es más que ello y la adopto aclarando su significado, que es lo importante.

---

<sup>25</sup> Decimos esto porque el art. 1134 del Código Civil francés establece que las convenciones legalmente formadas "tienen lugar de ley" entre quienes las han hecho, lo que parece asimilarlas totalmente a la ley. En cambio, Vélez deja en claro que las convenciones obligan "como" la ley misma, lo que significa que no son iguales unas y otra, sino que el contrato, en la medida que se celebre voluntariamente, con todos sus requisitos y dentro de los límites legales, obligará a los contratantes y tendrá que cumplirse por éstos "como" si fuera una ley.

<sup>26</sup> Los arts. 1197 y 910 se han transcrito en las notas 6 y 8, respectivamente.

<sup>27</sup> Art. 1195 Cód. Civil: *Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros.*

Por "libertad de contratar" se entiende la que posibilita al individuo contratar o no. Su vulneración, en mi opinión, impide el nacimiento de un contrato. Me resisto a aceptar el llamado "contrato forzoso o necesario" como verdadero contrato. Es inaceptable llamar contrato a una relación impuesta, aunque a veces tenga efectos similares. Por eso, los casos del art. 1324 CC, prefiero llamarlos "transmisiones forzosas de dominio", pero no "ventas forzosas".

"Libertad contractual" se denomina la que permite fijar el contenido del contrato, con toda amplitud -al margen las limitaciones que existan-. Esta puede verse más vulnerada que la anterior. Por ejemplo, en el contrato por adhesión casi desaparece y si se mantiene la categoría de contrato es por la existencia de la libertad de contratar.

## **V. El Código Civil y su perdurabilidad.**

El Código Civil nos rige desde 1871. Varias han sido sus reformas, en especial la llevada a cabo por la ley 17.711. Varios han sido los proyectos de reformas, a partir del Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de 1936, culminando en los cuatro proyectos de reforma y unificación, el último de los cuales, de 1998, se encuentra en estado legislativo.

Al margen de aquellas reformas, la estructura del código y sus principios fundamentales siguen vigentes<sup>28</sup>, lo que ha determinado el análisis del porqué de la "perdurabilidad" de esa obra.

En diversas ocasiones me he pronunciado sobre ello, sin pretender ni antes ni ahora ser original.

Y he llegado a la conclusión, tampoco original, de que la perdurabilidad tiene como origen, a partir de la personalidad del codificador, que ya he destacado, y del bagaje de conocimientos que lo hacían un jurista de nota, una inteligencia brillante, una experiencia importante, tanto jurídica como política, un conocimiento de la realidad del país y una suerte de predicción de su futuro.

Tenía, en fin, un don especial que le permitió crear un Código Civil que se destacó y se destaca en el concierto de las naciones, fruto de una suerte de equilibrio entre el conocimiento jurídico y su práctica, entre el impulso y la reflexión, entre la inteligencia y la

---

<sup>28</sup> Decimos esto porque, aunque se acepte la opinión de que se "insufló" un nuevo espíritu en el Código o que se conmovió la fuerza obligatoria del contrato por la introducción de la lesión, imprevisión y el abuso del derecho, principios fundamentales como la autonomía de la voluntad fueron mantenidos, porque el código ya había permitido consagrar soluciones equitativas con base en las normas de Vélez –como sostengo en este trabajo- y, en fin, porque es inaceptable que se diga que recién con esa reforma se introdujo la buena fe, porque ésta ya estaba en la obra de Vélez –incluso tácitamente incluida en el art. 1198-, en numerosas normas expresas que marcan la diferencia entre la buena y la mala fe y, en definitiva, porque de lo contrario se tendría que decir que en su redacción original el código amparaba la mala fe.

sagacidad, entre la cautela y la audacia, entre la realidad y la intuición, enmarcado todo ello en un sentido común que campea en muchas soluciones de su código y que en más de una oportunidad nos asombra, como nos asombran sus soluciones de avanzada. En definitiva, un jurista a carta cabal<sup>29</sup>.

Unió a todo ello un lenguaje claro y contundente, que le permitió redactar normas con la precisión propia de un código, precisión a veces abandonada por otros códigos o aún proyectos nuestros de reforma. Sabía, y así se le había señalado, que su código debía enseñar derecho pero, sin dejar de cumplir semejante misión, dotó al mismo de una normatividad digna de elogios.

También por pedido expreso colocó notas a sus artículos, según los casos no sólo para que se conocieran las fuentes –aspecto fundamental para la interpretación- sino para explicar doctrinas, ampliar soluciones o dar sus razones para adoptarlas, efectuar comentarios que reforzaran el sentido de la norma y, en definitiva, para que con su lectura también se aprendiera derecho.

Tuvo sus fallas. ¿Qué obra humana no las tiene?. Se le señalan vacíos y, más grave, contradicciones.

Para justificarlas, cabe recordar la época en que elabora su obra, la carencia de elementos materiales como los que ahora estamos acostumbrados a utilizar, el tiempo en que concluye su tarea, la soledad de su trabajo, etc.

Pero tales falencias pudieron ser cubiertas merced a las virtudes que luce su código, en especial los principios y normas generales verdaderamente sabios y geniales, que permitieron su interpretación y adaptación a los tiempos.

He allí el origen de la perdurabilidad del Código Civil<sup>30</sup>, que permite solucionar los

---

<sup>29</sup> Que Vélez no se ocultó a la realidad, porque la había vivido y la vivía, lo han destacado, entre otros, los siguientes conceptos: "Y al encerrarse en su quinta de Once, para cumplir el arduo trabajo que Mitre le encomendara, no fue para abstenerse del medio en que su Código habría de regir. No importa que sobre su mesa las obras de los maestros franceses entonces en auge, se agruparan con las clásicas del Derecho Romano e hispánico. Aquel viejo sabio y sagaz, aunque llegara a deslumbrarse con la obra de Savigny y conociera a fondo la de los comentaristas del Código Napoleón, poseía para tamizar todo aquel caudal foráneo, el lastre de la experiencia de sus años intensamente vividos, de su conocimiento del país en su territorio y en sus hombres, el de sus dolores, el de sus angustias y hasta por qué no decirlo, el recuerdo de sus propias debilidades políticas...que le servirían para recordarle el barro humano y lograr así para su Código, ese raro equilibrio que haría de éste, uno de los más perfectos de su tiempo y del mundo" (Gastón F. Tobal, A los 75 años de la sanción del Código Civil, LL, 35, 1994)

<sup>30</sup> Desde otro ángulo, expresa Carlos M. Oliva Vélez, Centenario del Código Civil Argentino, Homenaje de la Revista La Ley, 29 de septiembre 1969, Introducción: ¿Cómo ha sido posible semejante perdurabilidad legislativa en el panorama de una República convulsionada hasta sus cimientos por violentas tempestades políticas y sociales?. Solamente un hombre profundamente enraizado en su medio, conocedor profundo de la realidad político-social de su país, podía prever las proyecciones futuras del medio humano que lo rodeaba; porque como sabía donde plantaba el árbol, anticipaba con seguridad el lugar donde sus frutos

problemas jurídicos de nuestro país, y lo ha permitido a lo largo de los años, adaptándose a la evolución socio-económica del país y logrando soluciones de justicia y equidad.

No me niego a su actualización y reforma, tampoco a la unificación –y a favor de ella, fundamentalmente en materia de obligaciones y contratos, me he pronunciado<sup>31</sup>- , pero remarco la necesidad de que cualquier reforma, más que tener en cuenta, tenga por base, parta de, las actuales normas, ordenándolas, suprimiendo contradicciones, eliminando repeticiones, simplificándolas cuanto sea posible, actualizándolas o incorporando las que sean necesarias para responder a la evolución y al progreso, pero manteniendo todas aquellas que no sea necesario reformar, sobre todo las que cuentan con una acertada, aceptada y aquilatada interpretación doctrinaria y jurisprudencial.

Es decir, reformar partiendo del código actual, respetando lo bueno, que es mucho.

## **VI. Perdurabilidad del Código Civil en materia de contratos.**

Para analizar este aspecto del Código Civil, bueno es referirse al valor del mismo, a su posibilidad de aplicación, en la contratación moderna, pues si es factible tal aplicación, si aquél puede comprender a ésta, entonces cabrá concluir en su perdurabilidad en materia de contratos.

Dejando de lado cualquier cuestión semántica, la terminología “contratomoderno” puede ser interpretada o aplicada de diversas maneras en el ámbito de la contratación.

Puede estar referida a la noción misma del contrato, es decir, si en el contrato “moderno” –por oposición al “clásico”- se da la misma estructura, elementos, de este último, o si se presenta con características diferentes.

Puede referirse a las llamadas “formas (maneras) modernas de contratar”, es decir, lo que he preferido denominar “formas modernas de manifestarse el consentimiento” (aunque

---

caerían al entrar en sazón. Vélez Sarsfield, antes de plasmar su ingente proyecto de juriconsulto, el Código Civil, había sido protagonista principal de nuestras luchas republicanas, puesto que en 1826 se incorporó a la Asamblea Constituyente rivadaviana, siendo su miembro más joven. Culminó su trayectoria pública, ya en gloriosa senectud, como conspicuo ministro de Mitre y Sarmiento. Al emprender la obra que lo consagraría ante la posteridad, no traía en su mochila únicamente los restos de su toga gastada por años de lucha en los estrados judiciales ni sus libros de investigador inspirado y erudito. Como actor que era del destino de su patria no podía limitarse al análisis estructural de la legislación recibida, con la modesta esperanza de poner algún orden en aquel pandemonium legislativo, legado abrumador heredado de la colonia, sintió la necesidad de asumir su papel protagónico y dejó, así, su impronta en la historia. Por eso, no sólo es hombre del pasado y del tiempo presente sino del futuro.

<sup>31</sup> Véase, entre otros, trabajos citados en nota 2.

algunas no sean para nada modernas)

Por ejemplo, los contratos sometidos a condiciones generales, los contratos por adhesión –que para algunos se subsumen o identifican con los primeros-, los contratos preparatorios y sus diversas especies –preliminares, etc.-, incluso los contratos consigo mismo –o autocontratos (éste no son modernos, en realidad. Ya Vélez los admitía, por ej., en su art. 1919) o con doble representación.

Puede referirse también a los contratos modernos propiamente dichos, o sea, a las figuras contractuales que han surgido superando los moldes clásicos. Ya no se trata de formas de contratar sino de figuras nuevas, que han aparecido en leyes o códigos modernos (aunque en este caso no todos esos contratos sean realmente modernos. Basta como ejemplo el contrato estimatorio, indudablemente inspirado en la *aestimatio* del derecho romano). Esas figuras constituyen la inagotable categoría de los contratos atípicos <sup>32</sup>.

Finalmente, la expresión “contrato moderno” hasta podría significar simplemente el conjunto de contratos que, de origen clásico o moderno, se siguen celebrando o desarrollando en la actualidad, si bien este significado no se tiene en cuenta cuando se hace referencia a aquella expresión.

Con estas premisas y partiendo de la base de que el principio de la autonomía de la voluntad tiene plena vigencia en la contratación moderna, enmarcando las nuevas formas de prestarse el consentimiento o las nuevas figuras contractuales –aunque hoy en día con mayores limitaciones, a través de normas de protección, en especial referidas a razones de política económica o tendientes a la protección del contratante más débil-, cabe analizar la perdurabilidad de nuestro Código Civil en la regulación de los contratos.

Un dato empírico nos dará respuesta inmediata, respecto de dicha perdurabilidad: en nuestro país, con ese código, se han desarrollado tanto los contratos clásicos incluidos en él, como las denominadas “formas modernas de prestarse el consentimiento” como numerosos –cada día más- contratos nuevos o, al menos, aplicación actualizada de viejas figuras.

En este último aspecto, se puede afirmar que mientras hay contratos que ya no se celebran en la ortodoxa modalidad de los códigos, o se celebran poco en su forma pura, se abren paso nuevas figuras, cada día más numerosas, tomándolas de leyes o prácticas extranjeras, muchas veces con adaptación a nuestras modalidades o aun creando contratos

---

<sup>32</sup> A ellos me he referido en mis siguientes publicaciones: El contrato de concesión privada, (tesis), 1969, publicada por Astrea, Buenos Aires, 1974, págs. 7 a 86; Contratos nominados e innominados (típicos y atípicos), en "Contratos, cátedra de Derecho Civil del Dr. Federico N. Videla Escalada", Víctor P. de Zavalía editor, Buenos Aires, 1971, t. I, págs. 165 a 222; Contratos, T. I, cit., cap. VII.

originales.

¿Cuál es entonces el fenómeno que se se ha producido para permitir esa amplitud de miras al contrato en nuestro país?.

Hace muchos años<sup>33</sup> contesté la pregunta y sostuve, sin mayor originalidad, que ello era posible en virtud de un Código Civil que, como ya expresé y vuelvo a insistir por su trascendencia, contenía principios y normas que calificué de “sabios, amplios y geniales”, que han permitido adaptar las soluciones a la evolución de la sociedad y de la contratación, a punto que denominé a este fenómeno “perdurabilidad del Código Civil”.

Y lo que dije con carácter general, cabe aplicarlo, quizá con mayor razón, a los contratos, e intentaré demostrarlo.

El Código Civil pudo superar la llamada “crisis del contrato” –crisis cualitativa, más no cuantitativa, porque cada día se contrata más- y permitió, como ya señalé, contemplar tanto las “formas modernas de contratación” como las nuevas figuras, al amparo del art. 1143<sup>34</sup> y, sobre todo, del 1197.

Incluso, a veces insinuó figuras modernas, como ocurre con la “locación-venta”, que permitió a la doctrina y jurisprudencia sostener, en el Código Civil, la base del moderno contrato de “leasing”, hasta su tipificación por la ley 24.441<sup>35</sup>.

Abundante doctrina y jurisprudencia confirman lo afirmado, al admitir y desarrollar jurídicamente figuras nuevas, comúnmente impuestas por los usos, antes de su regulación que, en nuestro país, se ha producido en muy pocos casos.

En tal sentido, merece destacarse el avance del derecho comercial, abarcando muchos nuevos contratos. Incluso, la penetración de normas propias del derecho comercial en la contratación, que ha originado la llamada “comercialización del derecho civil”, aunque cabe insistir que no ello no ha borrado los principios civiles, sino que los ha adaptado para las nuevas modalidades.

No hay que olvidar, por otra parte, que la doctrina general del contrato –que permite aprehender en sus normas a esas nuevas figuras- está prácticamente toda en el Código Civil, aplicándose a los contratos comerciales a través de la remisión prevista en los arts. 207 y I del Título Preliminar del Código de Comercio.

---

<sup>33</sup> Puede verse: trabajos del autor citados en nota 1. También: Marco jurídico del contrato moderno, Revista Voces Jurídicas, Mendoza, 1998.

<sup>34</sup> Art. 1143 Cód. Civil: *Los contratos son nominados, o innominados, según que la ley los designa o no, bajo una denominación especial.* Sobre el tema de los contratos atípicos remito a los trabajos mencionados en la nota 32.

<sup>35</sup> Sobre el contrato de “leasing” y sus antecedentes remito a Gastaldi, José María, *¿Qué es el leasing?*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

Es decir, en conclusión, que el Código Civil mantiene su vigencia, posibilitando solucionar los problemas derivados no sólo de los contratos clásicos, regulados, y sus nuevas derivaciones, sino también en todos los aspectos de la contratación moderna, lo cuales paso a analizar.

Lo hago desde la perspectiva que antes anuncié, o sea, con relación a: contratos clásicos, nuevas formas de contratación, contratos atípicos, contratos modernos –actuales-, todos ellos amparados en las normas del Código Civil, fundamentalmente a partir del principio de la autonomía de la voluntad que éste consagra, con su amplitud y sus límites.

En primer lugar, los contratos “clásicos”, regulados expresamente en los Códigos Civil y Comercial, mantienen su plena vigencia y un desarrollo cada vez mayor –sobre todo algunos de ellos, como la compraventa-. Además, nuevas modalidades aún en esos contratos, a punto tal que suelen darse verdaderos contratos predispuestos en la venta de inmuebles. La actualizada utilización de ellos es ya indicativa de la perdurabilidad del Código Civil, sus principios y también, en este caso, sus normas específicas.

Paradójicamente, hasta se han producido casos en que el Código Civil, dejado en una época de lado, ha recobrado vigencia. Vaya como ejemplo el tema de las locaciones de inmuebles urbanos que, luego de un largo período de ser reguladas en sus aspectos principales por leyes de “emergencia” –que de “emergencia” sólo tenían el nombre- volvieron a quedar, casi totalmente, en el marco de aquel código.

En segundo lugar, las que denomino “nuevas formas de expresión del consentimiento” (por otros mencionadas como nuevas formas de contratación), ubicando en ellas los diversos casos de los llamados “contratos preparatorios”, los contratos con cláusulas predispuestas, los contratos sometidos a condiciones generales –dentro de ellos o como variante los contratos por adhesión-, aclarando que todas estas categorías suelen entremezclarse cuando no identificarse algunas de ellas con otras.

También las modalidades propias de los negocios comerciales, terreno en que las leyes de la producción y del consumo han originado nuevas formas, como la contratación en masa o en serie o, en pocas palabras, los medios por los que la producción de bienes y servicios llega del productor al consumidor.

En todos ellos, si bien cabe mantener el principio de la autonomía de la voluntad, se atempera con las normas de integración y sobre todo de interpretación, por la aplicación de pautas como la interpretación en contra del predisponente, la preeminencia de las cláusulas individuales sobre las generales, la de las manuscritas sobre las impresas, como también la prohibición de cláusulas que eliminan la responsabilidad, etc.

Asimismo, cabe mencionar otros casos, como el sistema de venta en hipercentros de

consumo, por ejemplo, que presenta modalidades especiales, derivación de la contratación en masa o en serie.

No deben olvidarse, en este ámbito, las normas de la ley de defensa del consumidor nº 24.240, estableciendo pautas para la concertación de contratos sobre servicios o bienes – incluso inmuebles en algún caso- que implican modificar la expresión del consentimiento, en miras de proteger a la parte “débil” (*favor debilis*, aplicación moderna del principio del *favor debitoris*, consagrado como pauta de interpretación en el art. 218, inc. 7, del Código de Comercio, aplicable a la contratación civil conforme el principio de analogía y ante la falta de regulación de las pautas en el Código Civil <sup>36</sup>).

En todas estas modalidades el Código Civil se aplica, en sus principios y normas, sobre todo generales, segundo índice de su perdurabilidad.

En tercer lugar, la “inagotable”, al decir de Messineo, categoría de los contratos atípicos, es también una prueba evidente de la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad, que permite darles vida jurídica y también regularlos, esto último con apoyo de normas expresas o presuntas y partiendo, como dije, del art. 1143 del Código Civil y de los principios generales de éste, aplicables a todo contrato, por atípico que sea.

La autonomía de la voluntad reconocida en el Código Civil tiene, en efecto, esencial trascendencia en la incorporación a nuestro derecho de contratos atípicos muchas veces modernos, es decir, aquellos que se desarrollan en los últimos tiempos y que, en muchos casos, son importados, por así decir, de otros países.

Son habitualmente, en nuestro derecho, contratos no regulados, pues no se han dictado leyes que los contemplen expresamente. Incluso, en más de un caso, la doctrina resiste la regulación legal, por considerar que aún no se han afianzado lo suficiente como para enmarcarlos jurídicamente en moldes muy rígidos. Baste como ejemplo de ellos la concesión y como una derivación, el “franchising”, que hasta hace algunos pocos años no era aplicado en nuestro país. Otros, como el “leasing” o el “fideicomiso” han sido receptados en la legislación, mediante la ley nº 24.441.

De todos aquéllos, precisamente, la primer pauta regulatoria, como atípicos que son, según doctrina y jurisprudencia, es la que surge de la voluntad de las partes expresada en el contrato, o sea, que deriva de la autonomía de la voluntad.

Desde hace años he sostenido<sup>37</sup> que esa es la pauta principal, con jerarquía sobre las otras, y también la más importante, complementada con las normas sobre los contratos en

---

<sup>36</sup> Sobre estos principios me remito a Gastaldi, Contratos, cit. T. II, cap. XIV y Las X Jornadas de Derecho Civil y la regla *favor debitoris* (lo tratado y lo no tratado), ED, 117-838.

<sup>37</sup> Ver trabajos citados en nota 32.

general, los actos jurídicos y las obligaciones, en lo que sean compatibles y, recién subsidiariamente a mi criterio, la analogía, sin dejar de remarcar los usos, en especial cuando se trata de un contrato que ya adquirió lo que da en denominarse "tipicidad social" y, en último caso, los principios generales del derecho.

En la contratación atípica se admite, una vez más, la aplicación de normas generales, y aún particulares por analogía, del Código Civil, lo que indica su perdurabilidad en este aspecto.

En cuarto lugar, aludí a la calificación de contratos "modernos" en el sentido de que se practican en la actualidad, sean antiguos o nuevos, pero anticipé que ellos no son incluidos en tal calificación, reservada para los tres aspectos anteriormente considerados. Obviamente, rige para ellos el código actual.

En definitiva, el Código Civil mantiene su vigencia en la posibilidad de solucionar los problemas derivados de la contratación moderna, en los cuatro aspectos señalados, que abarcan, diría, la totalidad del ámbito contractual.

## **VII. A modo de conclusión.**

Me propuse demostrar la supervivencia y perdurabilidad del Código Civil, particularizando el tema en el derecho de los contratos.

El análisis efectuado permite concluir, sin ninguna duda, que he logrado mi propósito.

Obviamente, ello no es mérito mío, sino de la labor del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, plasmada en su magnífica obra, el Código Civil argentino, en el que volcó toda su capacidad y sus experiencias, su conocimiento de la ciencia jurídica y de la realidad de su país, lo cual se debió a sus antecedentes, que estimé necesario sintetizar, para comprender mejor su extraordinaria figura y su trascendencia en el mundo del Derecho.

Si esa supervivencia y perdurabilidad fue posible, lo fue porque la materia virgen, en este Código mucho más que en otros ejemplos extranjeros, lo permitía y lo permitió.

Como dije, por primera vez en esta ciudad de Córdoba al analizar el proyecto de Código Civil de 1998: Dios quiera que el proyecto de reformas actual, o cualquier otro, si se sanciona, se convierta, con el correr de los tiempos, en una obra destacada y respetada como lo ha sido el código o códigos que reemplaza.

Concluyo rindiendo, una vez más, mi homenaje al Código Civil y a su autor, de los que expresé ya en otras oportunidades y repito que, como el Derecho Romano, "sus efectos aún duran y perdurarán, no cabe duda, en el derecho de la civilización moderna".