

## ¿UNA NUEVA “CRISIS DEL CONTRATO”?

Por Juan Manuel Cafferata

**Sumario. 1. Introducción. La crisis del contrato desde una perspectiva histórica. 2. Los embates actuales. 3. La ambigüedad de la noción. 4. La antigüedad del concepto. Los nuevos paradigmas. 5. La insuficiencia del contrato. Los microsistemas. 6. El pensamiento de la doctrina. 7. La insuficiencia de la noción. Los microsistemas. 8. La falta de adecuación de la noción a la realidad. Los nuevos paradigmas y el rol de los jueces. 9. La ductilidad de la noción de contrato. Colofón**

### 1. Introducción. La crisis del contrato desde una perspectiva histórica.

El fenómeno a que se le ha dado en llamar la crisis del contrato<sup>1</sup>, se encuentra tradicionalmente asociado con el embate que sufrió uno de los presupuestos de la concepción ideológica clásica del contrato: el sistema económico liberal y los postulados de dicha escuela económica, según la cual la función primordial del Estado era limitarse a no provocar el problema económico colectivo, lo que se logra fundamentalmente con su no intromisión en las relaciones económicas de los hombres y la garantía de libertad de acción de los particulares, quienes movidos por una mano invisible, procurarán la obtención del resultado más ventajoso para el interés general. Esta concepción entra en pugna con la aparición de la idea del Estado de Bienestar, partícipe, director y actor principal la economía, lo que provoca repercusiones en el contrato mediante límites al principio de autonomía, por vía de la contratación coactiva, las normas imperativas, los controles, las reglamentaciones, etc.. Este fenómeno, conocido como el dirigismo contractual, implicó en los hechos una restricción de la autonomía de la voluntad y un

---

<sup>1</sup> Al respecto, véase al autor de la noción, RISOLÍA, Marco Aurelio, Soberanía y crisis del contrato, Abeledo – Perrot, Bs. As., 1958, pags. 1 y stes.

cambio en la concepción del derecho privado en general, la que fue designada como publicitación del derecho privado. Este fenómeno tuvo lugar en nuestro país desde principios de la década del 20 con la normativa de tutela en materia de locaciones, acentuándose a mediados del siglo XX. Esta situación reverberó en un particular pesimismo en la doctrina sobre el porvenir del contrato, pensándose que la intervención del poder público en este ámbito revestía un carácter progresivo e irreversible, que terminaría por ahogar finalmente a la autonomía privada. Este pronóstico alentador, finalmente, sólo quedó en el marco de la pura especulación.

## **2. Los embates actuales.**

Sin perjuicio de que estas previsiones agoreras sobre la suerte del contrato ya forman parte de la historia, en la actualidad se vislumbra una nueva tendencia, que ataca las mismas bases del instituto, repartiendo críticas en varios e importantes flancos. Así, se considera que el contrato, tal cual se encuentra concebido, representa una noción ambigua, antigua y ajena a la realidad, y, además, insuficiente a la hora de la comprensión de la variedad de los fenómenos económicos que conlleva la vida en relación. Analizaremos a renglón seguido, uno por uno, los distintos embates que viene sufriendo la figura, de cuyo conjunto deberemos colegir si nos encontramos o no frente a una nueva crisis del contrato.

## **3. La ambigüedad de la noción.**

La primera crítica que se realiza se vincula con la ambigüedad de la noción. En este sentido, se destaca la existencia de un cierto malestar respecto de la teoría contractual, ya que se muestra evidente la perplejidad que experimentan los operadores jurídicos y económicos frente al vocablo y sus significados, atento el amplio espectro de situaciones que abarca, que van desde el acto de compraventa de un producto en un supermercado o de un café al paso en un bar, hasta la completa elaboración de una franquicia o, incluso, hasta la realización de complejos negocios internacionales, pasando por servicios financieros o contratos electrónicos. Se discute hoy si es posible

elaborar un concepto unívoco de contrato. Algunos afirman que no hay un tipo “contrato”, una estructura singular que pueda así denominarse, sino muy “diferentes” modos de perfeccionar este negocio, que deben ser regulados en particular, sin pretensiones de generalización. En este sentido, se desprende que los conceptos tradicionales dejan insatisfechos al lector, porque una gran parte de la temática queda incomprendida o fuera del modelo por un contrato celebrado de modo instantáneo, entre iguales y de cambio, por lo que, se piensa, deben plantearse distinciones. Se concluye en la claridad del dilema: o se reformula el concepto de contrato de manera que pueda abarcar y explicar esas situaciones tan dispares, o ellas deben ser justificadas de otro modo, sin ponerlas al amparo de la figura contractual<sup>2</sup>.

#### **4. La antigüedad del concepto. Los nuevos paradigmas.**

De la mano de la crítica anterior, se prosigue la embestida contra la noción de contrato. Se entiende, además, que la misma, tal como se encuentra concebida, es decimonónica, antigua y, por tanto, vetusta, ajena a la realidad actual, e implica un retroceso en la evolución de los tiempos<sup>3</sup>. Así, se dice que, en la evolución del concepto de contrato se había pasado del status, cuando los efectos se derivaban de la situación en que la persona se encontraba, con total independencia de su voluntad, al contrato, cuando los efectos se derivan de la autonomía privada. Esta noción caería en crisis, pareciendo que se daba la corriente contraria, que se estaba pasando de nuevo del contrato, entendido como el instrumento que las personas emplean para vincularse en función de su autonomía privada, a un status, entendido ahora como la socialización del contrato, fenómeno que subsiste y se ha profundizado, ya que cuando el contratante acepta la imposición de un contrato por adhesión, porque el predisponente tiene un monopolio legal o de hecho, queda claro que los efectos derivan de la autonomía de las partes en muy poca medida. El adherente parece encontrarse en un mero status, y los efectos de su contrato derivan, en

---

<sup>2</sup> Las ideas expuestas se corresponden en términos generales con las de LORENZETTI, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, Parte General, Rubinzal – Culzoni Editores, 1º Ed., Santa Fe, 2004, pags. 19 y stes.

<sup>3</sup> Estas ideas y las que se exponen a continuación en esta sección, traducen básicamente los postulados de la tesis de NICOLAU, Noemí Lidia, Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría General del Contrato. T. I, La Ley, Bs. As., 2009, pags. 13 y stes.

realidad, de su situación. En sentido inverso, cuando existen en un mercado varias empresas dominantes y cada una de ellas, para mantenerse en su posición, adapta sus políticas a las de sus competidoras, a las que monitorea con minuciosidad sus precios, modos de comercialización y operatoria, observando el mercado en su totalidad, parecería que los efectos se derivan de un acuerdo de voluntades entre todas las empresas, pero no hay tal contrato, los efectos derivan de la situación en que se encuentra cada una de ellas y de sus conductas individuales.

Se procura entonces explorar y tratar de encontrarle sentido a la realidad de lo que la gente realmente está haciendo en la vida real del intercambio. Es necesario, por tanto, adaptar las normas y los conceptos a la realidad social, respetando los valores esenciales de la materia contractual, a los que se procura acomodar a los compases del derecho anglosajón. Si bien el derecho positivo argentino, en virtud de la definición legal de contrato, está inspirado en una concepción subjetiva, en la realidad opera según una concepción más objetiva, lo cual demuestra la necesidad de elaborar una nueva noción que constituya una síntesis de las dos concepciones vigentes y resulte el eje de una nueva teoría, más flexible, a fin de que el contrato sea de verdad eficaz y más justo. Se postula una visión tridimensional del mundo jurídico, y un concepto de contrato en que se integre esta visión, caracterizándose, por ejemplo, como el acto o negocio jurídico según el cual dos o más partes intercambian prestaciones o acuerdan respecto de una común manifestación de voluntad destinada a reglar derechos patrimoniales, obligándose de buena fe, con el fin de satisfacer intereses lícitos y útiles. Se intenta arribar mediante esta definición a un concepto más flexible, que permita subsumir cualquier modalidad contractual, sin dificultades técnicas, tanto el contrato perfeccionado por el sólo intercambio de prestaciones y las relaciones contractuales de hecho, como el contrato negociado y el predispuesto, e incluso, se le da una nueva función a la buena fe, como principio rector que ilumina el contrato, herramienta que permite respetar el acuerdo o mantener el equilibrio prestacional con la flexibilidad imprescindible para adecuarlo a sus circunstancias, imponiendo a las partes la obligación de renegociar sus acuerdos e intercambios cuando se suscitan modificaciones en las bases de la realidad social, ya sea que deriven de acontecimientos de la naturaleza, de

influencias humanas difusas e, inclusive, de hechos no culposos de las partes. De esta manera se reconoce que, en la realidad, el contrato no nace de una vez y para siempre, sino que debe ir adecuándose, como sostiene la teoría del contrato relacional, de raíz anglosajona, brindándosele gran trascendencia, por esta vía, al rol de los jueces, quienes deberían ser quienes tengan a su cargo la flexibilización del contrato y su adaptación a la realidad, a falta de acuerdo posterior de las partes sobre los puntos en conflicto. En este orden de cosas se enmarca esta teoría del contrato relacional, en la cual se hace especial referencia en el objeto del contrato, y se postula que, para obtener esta característica de adaptabilidad insita a esta novedosa noción, el objeto debe desmaterializarse: no se trata de una cosa o de un bien, sino de reglas procedimentales para determinarlo.

Se arguye que esta concepción que aparece como flexible y proclive a las mutaciones, puede inducir a pensar que se propicia un desquicio de las relaciones económico- jurídicas, cuando en realidad ocurre todo lo contrario, ya que la flexibilidad debe ser vista como una herramienta clave para mantener un orden de repartos menos anárquico en la sociedad, porque todo aquel que establezca un vínculo obligatorio sabría de antemano que los límites a la palabra empeñada son muchos, que no sólo se interpretará la fría letra del contrato sino que, por último, en caso de contienda, el tribunal analizará la realidad económica del vínculo y deberá determinar que el contrato se cumpla con justicia. En lugar de negar las influencias naturales y humanas que distorsionan la base del contrato, se las incorpora a él, por cuya razón ningún contratante podría ya sorprenderse, por ejemplo, si una emergencia económica o social, impacta en su negocio, pues la ha previsto con anterioridad y se ha obligado a adaptar sus derechos y obligaciones a la nueva situación.

Por tanto, se concluye, esta es una teoría abierta, adecuada, que ofrece una imagen fiel de la realidad, y se sustenta en un postulado básico: las partes tienen que mantener al contrato siempre en presente.

## **5. La insuficiencia del contrato. Los microsistemas.**

Por último en este derrotero hacia el olvido al que parece resignarse el porvenir de la noción, al contrato se le achaca su insuficiencia para ser base

fundacional de la regulación que establece el derecho en diversos ámbitos esenciales de la vida en relación. En este sentido, se hace referencia a la reforma de la ley 24.240 realizada por la ley 26.361 en el año 2008, que ha modificado los tres primeros artículos de esta reglamentación, modificando su ámbito de incumbencia. Con ello se ha buscado extender su aplicación, en consonancia con el artículo 42 de la CN y en respeto al mandato constitucional, ya que ahora quedan amparados todos quienes puedan invocar la existencia de una relación de consumo, entendida – de acuerdo al nuevo art. 3<sup>a</sup>- como el vínculo entre consumidor y proveedor, que podrá tener principalmente como fuentes a la voluntad unilateral, al acto ilícito y al contrato. Por tanto, el contrato, tradicionalmente concebido como la fuente de acceso al consumo, deja paso y se encuentra en paridad de condiciones con otro tipo de fenómenos jurídicos, como el acto ilícito y la voluntad unilateral. Se habla de que el legislador ha desplegado un adecuado programa protectorio que admite la expansión de los efectos del contrato de consumo hacia el más amplio campo de la relación de consumo, en los siguientes casos: a) en el cumplimiento de las obligaciones de información y seguridad. B) en el régimen de garantías legales, en particular en aquellas que aseguran el buen funcionamiento de las cosas comercializadas (arts. 11, 13 y conc. )y la provisión de repuestos y servicio postventa (12) y c) en la responsabilidad por vicio o riesgo de la cosa o servicio prestado.

Esta insuficiencia, asimismo, paradójicamente se relaciona con la calidad de autosuficientes que se le otorga a estos microsistemas o sistemas satélites, tal como el existente en materia de derecho del consumidor, en relación a las normas del derecho común, las cuales tendrían solamente un reducido ámbito de aplicación residual. Así, se entiende, en relación al art. 3 de la ley 26.361 sobre la aplicación de la ley, que cuando la norma señala que debe efectuársela de modo integrado con las normas generales y especiales aplicables a la relación de consumo, se colige que el texto no dice que se integra con otras leyes, sino con las vinculadas al consumidor, con lo cual se reconoce la autonomía del microsistem<sup>4</sup>a. El derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de derecho

---

<sup>4</sup> Opinión de Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, segunda edición actualizada, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pags. 49 y stes.

privado, con base en el derecho constitucional. Por tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo y aún derogatorio de normas generales. El microsistema está compuesto por las siguientes normas: la norma constitucional, los principios y valores del ordenamiento y las normas legales infraconstitucionales, sea el código del consumidor o un estatuto compuesto con normas dispersas, como ocurren en el caso argentino. Así se ha dicho que el derecho del consumidor presenta la característica de un microsistema con principios propios y hasta derogatorios del derecho privado tradicional. En la específica materia contractual, se afirma, el microsistema habría venido a alterar hasta su base fundacional, principios clásicos en materia contractual, como el principio de eficacia vinculante y el de relatividad de los efectos del contrato.

### **6. El pensamiento de la doctrina.**

Sin perjuicio de la formulación indisimulada de estos clamores, la doctrina que los profesa duda en afirmar que nos encontramos ante la crisis del contrato, tal cual se lo concibe. Aisladamente, en un acto de sinceramiento, se ha dicho que verdaderamente no puede negarse que la categoría de negocio jurídico está en crisis, por lo menos en algunos de sus aspectos: la idea de que hay un concepto general válido para todas las situaciones, la afirmación que la sola voluntad es causa de obligaciones con la exclusión de toda otra fuente, proponiéndose a este respecto no la desaparición de la regla, sino solamente el reconocimiento su insuficiencia para abarcar todos los supuestos, pasándose de un sistema de regla única a uno en que hay reglas y excepciones.

Más allá de esta reducida confesión, la doctrina cierra los ojos ante la misma realidad que se preocupa por presentar: si se postula la ambigüedad, la antigüedad y la insuficiencia de la noción de contrato, no puede entenderse otra cosa que la misma se encuentra en crisis, por más que se arbitren o indiquen soluciones para estas hipótesis conflictivas. Esta, por otra parte, es una de las acepciones de la palabra crisis, cuando se la concibe como una mutación importante en el desarrollo de ciertos procesos, o la situación de un

asunto o proceso cuando está en duda la continuación, modificación o cese. Ahora bien, esta idea de crisis del contrato no se vincula con la sumisión de la voluntad particular a los dictados del Estado de Bienestar, sino con la concepción misma del contrato y su vigencia, tal cual es entendida en nuestro derecho.

Nos permitimos disentir con las posturas anteriormente expuestas. El contrato sigue siendo la base fundacional de todo el sistema de relaciones jurídico – patrimoniales, no sólo en nuestro sistema de derecho, sino a nivel mundial. Seguirá siendo la tradicional vestimenta jurídica de operaciones económicas, sin perjuicio de los ajustes que corresponda realizarse. Cabe entonces adentrarnos a la crítica de las posiciones anteriormente expuestas, las que realizaremos, desde un orden inverso al cual han sido postuladas.

### **7. La insuficiencia de la noción. Los microsistemas.**

Vimos en primer lugar que se postulaba la insuficiencia del concepto de contrato para contener en su seno los distintos problemas y situaciones que se podían derivar en el ámbito del derecho del consumo. Así fue que se propició el reemplazo de la noción de contrato de consumo por otra, más adecuada al texto constitucional, el de relación de consumo, que permite comprender asimismo no sólo a las obligaciones de fuente convencional, sino a aquellas que se derivan de un acto unilateral de voluntad o de un hecho ilícito, con lo que el sistema de derecho del consumidor modifica su eje, llevándolo desde la relación contractual hacia la relación de consumo.

Esta concepción nos parece poco precisa y equivocada, y demuestra una tendencia habitual en nuestro derecho, de convertir en regla lo que es propiamente una excepción. Existen varias razones que sustentan esta posición. En primer lugar, el contrato es y va a seguir siendo ordinariamente, la vía que tienen las personas para el acceso al consumo. En un sistema de economía de mercado, como el nuestro, la asignación de los bienes no la realiza el Estado en función de las necesidades de las personas ni los mismos se encuentran diseminados en la calle a la espera de su recolección, sino que son los particulares quienes se procuran el acceso a los bienes y servicios por vía de sus recíprocas interrelaciones. El canal habitual, entonces, para el

consumo, es el contrato. Esta concepción, a contramano de ser imprecisa e insuficiente, es concreta, correcta y permite abarcar la gran mayoría de los fenómenos que se vislumbran en la vida del consumidor.

Así, por otra parte, lo demuestra la reglamentación legal vigente en la materia, la que, a poco que se la analice, pone de manifiesto que el derecho del consumidor sigue teniendo como eje al contrato, ya que, más allá de la modificación en sus tres primeros artículos, se ha mantenido en lo sustancial el resto de la normativa. Así ocurre con los arts. 4, 5 y 6, que consagran dos tradicionales deberes precontractuales, que tienen fundamental relevancia en la etapa de formación del convenio: el deber de información y la obligación de seguridad. Deberes cuyo incumplimiento, incluso, puede repercutir en la fase de ejecución del contrato, determinando su nulidad total o parcial, atento lo dispuesto por el art. 37 in fine de la ley. Lo mismo se puede decir de los artículos 7 y 8, que versan sobre la oferta, simple acto voluntario lícito concebido como la columna vertebral del contrato a cuya formación se tiende, y los efectos de la publicidad, la cual, en pos de proteger las legítimas expectativas, se reputa incorporada a un contrato ex lege, aún cuando se contraríe con cláusulas específicas del convenio. Nada distinto acontece con relación a las prácticas abusivas reprimidas por el art. 8 bis, las que pueden ser desplegadas por el proveedor en situaciones en las cuales se tiene en vista una potencial contratación. Todas estas normas han sido estudiadas tradicionalmente con motivo de la fase precontractual o de formación del consentimiento, en la que tienen lugar, y que se realizan teniendo en miras la contratación. También son normas que atienen a la esfera contractual las de los art. 9, 10, 10 bis y 10 ter, que atienen a las cosas usadas, la forma de los contratos de consumo, los efectos de su incumplimiento y los modos de rescisión. Lo mismo se puede decir de la garantía para cosas muebles no consumibles previstas por los arts. 11 a 17 y la modificación de los vicios redhibitorios del art. 18, que tienen como base un contrato de consumo, sin perjuicio de su aplicación a sucesivos adquirentes, en una excepción al efecto relativo de los contratos que viene de instituciones de antaño, tales como la evicción, que parte del mismo principio en los arts. 2096 y 2109 del c. Civil. Lo mismo se puede decir de los artículos referidos a la prestación de servicios, 19 a 24, y la reglamentación específica sobre los servicios públicos domiciliarios,

arts. 25 a 31, a los que se accede por vía de una contratación. No corresponde sacar otra conclusión de los arts. 32 a 36, que regulan particulares modalidades de contratos de consumo, las ventas domiciliarias y a distancia y las operaciones de crédito. Menos aún se puede colegir de los arts. 37, 38 y 39, que regulan las cláusulas abusivas, las que sólo pueden darse en un contrato, así como la reglamentación de control para los contratos de adhesión y la modificación de estos contratos. El último artículo de esta primera parte general de la ley, referido a los daños, el 40, es uno de aquellos en los cuales se pierde esta idea de contrato como base de la tutela. El resto de las normas de la ley regula cuestiones como la autoridad de aplicación, las acciones, la educación para el consumo, el arbitraje, las asociaciones de consumidores, etc.

Por tanto, más allá de cualquier declamación, el eje del sistema del consumidor sigue siendo en nuestro derecho el contrato, sin perjuicio de la tutela que, en casos particulares, se otorga a quien no ha contratado. Véase, por otra parte, que la conceptualización de la relación de consumo ha sido criticada por la doctrina en general por imprecisa, vaga y deficiente. Por otra parte, la referencia que realiza el último párrafo del art. 1 a “cualquiera que esté expuesto a una relación de consumo”, sin perjuicio de constituir un cajón de sastre para las hipótesis que a criterio del juez de turno deban quedar encuadradas en el marco de la ley, cuando se trata de ubicar los casos concretos, hay una manifiesta tendencia a identificar este caso con los supuestos de responsabilidad por daños, siendo preferible a este respecto una caracterización más precisa, como la del Código Brasileiro, que con relación a estos supuestos, extiende la tutela conferido al consumidor clásico al bystander, sin encuadrarlo dentro de la noción trina de consumidor, de orden contractual, al cual considera equiparado para estas hipótesis específicas.

Esta postura se traduce, asimismo, en la pretensión de autosuficiencia de estos microsistemas, encerrando en realidad una crítica al derecho de fondo, en este caso, al Código Civil. Quizás ese principio de autosuficiencia pueda ser aplicable a microsistemas como el de la ley de concursos o quiebras, en donde reinan principios de fondo y de forma distintos de los habituales teniendo en cuenta la particular situación falencial, regulando de forma compleja y completa la totalidad del fenómeno, pero en esta materia de defensa del consumidor es donde la normativa específica se muestra

insuficiente para acompañar la totalidad de la relación de consumo. No pretende la ley, por más que se intente otra cosa, ser una normativa autosuficiente que resuelva sobre todas las cuestiones que puedan ocurrir en la vida del contrato de consumo, sino representa sólo un correctivo de aquellos principios del derecho común cuya aplicación estricta pueda conducir a situaciones reñidas con principios elementales de buena fe, siendo todavía el derecho común la base de la reglamentación aplicable a estos contratos, a contramano de lo que se sostiene. E, incluso, deben tratarse con cuidado las modificaciones a los principios clásicos que se postulan, como el de la eficacia vinculante y el de la relatividad de los efectos, los que siguen siendo en verdad principios, aunque se los intenta colocar como excepciones, a contramano de lo que indica el sentido común. No pueden entenderse así a las cláusulas abusivas, las que, por otra parte, implican un refloreamiento de la normativa del Código, pues las normas dispositivas, como régimen general y normal de los contratos, son aquellas que mediante la sanción de estas cláusulas vuelven a cobrar vida. No puede decirse otra cosa del principio de la relatividad de los efectos del contrato, cuya aparente derogación en el estatuto del consumidor se derivaría del régimen de las cosas muebles no consumibles y de los daños causados por las cosas. Como se ha sostenido, en esta materia del daño, se persigue eliminar el distingo entre la esfera contractual y la extracontractual, siendo normas como las del art. 40, premisas señeras en esta tesitura, y que se enmarcan en esta particular esfera del derecho de daños. Tampoco se puede hacer otra interpretación de la subsistencia de la garantía legal para los sucesivos adquirentes, pues lo mismo está establecido en relación a la evicción por el decimonónico Código Civil, sin que ningún jurista pretenda hacer de esta excepción un principio. Esta concepción trae consigo peligros, cuando se intenta propiamente que aquel que no ha sido parte en el contrato de consumo, pueda solicitar la aplicación de normas que atienen específicamente a la esfera contractual, adentrándose en su reglamentación, como aquella interpretación que postula la posibilidad que tiene el fiador, como expuesto a una relación de consumo, de impugnar por abusivas las cláusulas del contrato de locación base al cual la garantía accede.

## **8. La falta de adecuación de la noción a la realidad. Los nuevos paradigmas y el rol de los jueces.**

Se ha visto, asimismo, que al contrato le cabe la crítica más aguda y mordaz que la doctrina concibe para una institución jurídica: su antigüedad y vetustez. Por tanto, se postula la modificación de cualquier concepto tradicional vinculado con la autonomía de la voluntad, por paradigmas relacionales, tomados del common law, como un complemento de este sistema contractual, al que se califica de poco apegado a la realidad.

Esta concepción, bajo una formulación atractiva y novedosa, esconde una serie de problemas, que obligan a su revisión.

En primer lugar, se vale de conceptos aplicables a un sistema jurídico distinto al de raíz latina, al que pertenece nuestro derecho. Postula, en este sentido, modelos relacionales, alejados a la noción básica del acuerdo, núcleo de nuestra noción de contrato. En tal sentido, debe destacarse que el sistema del common law en materia contractual es intrínsecamente distinto. El mismo se sustenta en principio en el cumplimiento de determinadas formalidades típicas, desconociéndose de modo general el principio del efecto vinculante de la simple promesa. Se encuentra más apegado a principios de la tradición romanista que a esta idea clara y concreta del principio consensualista. Por otro lado, se encuentra en un sistema en que, al no existir las normas dispositivas, cada contrato se torna en un verdadero libro, en el cual se prevén todos los supuestos, efectos y consecuencias que puedan tener lugar, a diferencia de un paradigma como el nuestro, en que las normas dispositivas brindan auxilio a los contratantes para los casos de ambigüedad o insuficiencia de la reglamentación convencional, cooperando con la autonomía privada.

Es por eso que, pretender transvasar los modelos de un sistema jurídico diametralmente distinto, no sólo ataca nuestra idiosincrasia, sino que vuelve más difícil la dinamización del tráfico jurídico, el que precisa de una gran simpleza en los instrumentos contractuales, la que presta, en nuestro sistema, la noción clásica de acuerdo, las normas dispositivas y la reducción del formalismo. Estos son, por otra parte, los conceptos que manejan los

operadores jurídicos en el día a día, más allá de especulaciones teóricas de difusa aplicación práctica.

Por otra parte, el paradigma salvador muestra sus verdaderos dientes cuando se especifican las concretas consecuencias de su postulada aplicación. En este sentido, como se ha visto, teniendo en cuenta que el contrato es el presente, se vuelve difusa la determinación del objeto contractual, la que debe ser motivo constante de negociación entre las partes, y se torna la práctica de la renegociación como una cultura prácticamente obligatoria para cualquier desinteligencia o cambio de las circunstancias que pueda existir en la realidad social, exista o no responsabilidad de los contratantes. Se hace uso de la vía de la buena fe para introducir a este efecto implícito de la contratación moderna, que debería advenir para salvar la economía del contrato ante cualquier modificación que la pueda tornar inexplicable. De esta forma, se persiguen crear esquemas amplios y abiertos, en los que, a falta de constante acuerdo de las partes, sea el juez quien tenga que decidir la complementación de la regla contractual. E, incluso, lo que es más peligroso, se llega a abrir la puerta para que, en aras de esta protección de la realidad social, se instituya la emergencia económica o social como algo ordinario, de lo cual ningún contratante debería sorprenderse, ya que la debió haber previsto con anterioridad, adaptando sus derechos y obligaciones a esta nueva situación.

Este paradigma, bajo la luz de una aparente apertura, esconde la poco disimulada intención de abrir la esfera contractual al total arbitrio judicial. Es marco fecundo para la contienda, pues las partes, en virtud de este esquema “real” o “relacional”, ante cualquier duda o interpretación disímil del contrato, ante cualquier modificación de la situación circundante, tienen un pretexto para acudir a la vía judicial, procurando, de esta manera, ir acompañando sus comportamientos contractuales a los devenires del día a día. Se destruye, entonces, con una concepción a la que cabría calificarla de “new age”, ya que instruye a “vivir el presente”, la caracterización del contrato como acto de previsión, garante de la seguridad jurídica y de la estabilidad, ideales a los cuales se los concibe casi malas palabras. Curándose en salud, arguye esta postura que podría pensarse que esta concepción afecta los valores orden, previsibilidad y seguridad, pero no debe perderse de vista que estos valores son relativos y provisionales, porque están supeditados a que el régimen

general sea justo. Si el régimen es o se vuelve injusto, aunque esos valores inferiores estén provisionalmente satisfechos, en cualquier momento se tornará necesario remover la injusticia del sistema, en cuyo caso de poco servirá el orden establecido ni las previsiones y seguridad provisionales adoptadas. De esta manera, se lega la defensa de la justicia al arbitrio judicial, el que no cuenta, entonces, con pautas claras a la hora de resolver, pues sólo deben procurar la satisfacción de la justicia del caso concreto. Se visualiza a la judicatura como el eje del sistema, olvidándose que, por lo menos en países como el nuestro, inviste el mismo imperium un juez con competencia comercial exclusiva de la Capital Federal, que un juez de primera instancia con competencia múltiple civil, comercial, laboral, de familia, minas, agrario y navegación de cualquier punto recóndito del país. No pretendemos subestimar la labor de los jueces, pero sí, ponerles coto mediante leyes a las cuales deban circunscribir sus decisiones.

Así, se postula un sistema que, incluso sobre la base del common law sobre la cual se sientan sus fundaciones, es distinto, pues en el derecho anglosajón, el juez no es árbitro de fallar según su leal saber y entender, sino que se encuentra atado a lo que dispongan los precedentes jurisprudenciales en cada materia.

Finalmente, por la aplicación de esta vía, se llega a legitimar y consagrar como algo normal y ordinario, lo que verdaderamente es una situación de excepción, como es la emergencia económica y social, no siendo necesaria, a esta altura de los hechos y en nuestro país en particular, remarcar la peligrosidad de una concepción que culmina consagrando la ordinariedad de lo extraordinario, y de este régimen de emergencia, en el que lamentablemente hemos vivido.

### **9. La ductilidad de la noción de contrato. Colofón**

Finalmente, si se repara en los cuestionamientos efectuados a la misma noción de contrato, el lector se encuentra con que sus contradictores son los más subjetivistas y consensualistas que existen en la materia. Así, dejan fuera del ámbito del consentimiento, institutos básicos de la asignatura, en los que debiera estar fuera de todo cuestionamiento la actividad voluntaria del hombre,

como los supuestos de contratos por adhesión a condiciones generales y los de aceptación de una oferta por medio de hechos concluyentes, a los que se caracteriza como hipótesis de obligación contractual sin consentimiento – terminología que demuestra un evidente contrasentido-, y se trata de manera conjunta con los casos de contratos celebrados por dementes que no hayan sido declarados tales, supuestos del art. 473 del C. Civil.

En aras de reforzar su postura, los críticos ubican la posición opuesta en un subjetivismo extremo, propio de la concepción clásica, en la que cada contrato era una artesanía, y el consentimiento implicaba verdaderamente la discusión verbal o escrita de todos y cada uno de los puntos sobre los que versaba el contrato. Así, se desconoce que la existencia de consentimiento, según una noción moderna de contrato, que tiene base en nuestro propio Código, no precisa de un período precontractual de negociación y tratativas, sino que a estos efectos es suficiente la realización de una oferta y su aceptación, la que, a tenor de lo dispuesto en expresas y decimonónicas normas, como las de los arts. 918, 1145, 1146, 1876 y concordantes del Código Civil, puede darse a luz mediante manifestaciones tácitas de la voluntad, inferencias deductivas o hechos concluyentes que impliquen una manifestación real e incontrastable de la voluntad negocial en el mundo de los hechos, insusceptible de una reserva expresa en contrario. Se prescinde de todos los aportes realizados a la hora de remozar esta clásica concepción consensualista, aportes que han podido introducirse en función de la aplicación y la amplitud de las normas del Código que tanto se critica. Por tanto, se postula una artificial dicotomía, propia de nuestro país: o se está con el concepto antiguo y voluntarista de contrato del Código Civil, o se adopta la nueva y moderna concepción propuesta.

Es cierto que el derecho no puede mantenerse anquilosado sin dejarse ventilar por el reflujo de los tiempos venideros. Nadie pretende tamaña solución. Tampoco lo ha hecho nuestro derecho, que ha admitido instituciones que implican una modificación de tradicionales principios de la concepción clásica, como son la lesión y la teoría de la imprevisión, que implican correctivos a principios tradicionales como el *pacta sunt servanda*, pero no su lisa y llana derogación. Que ha incorporado directrices generales, como la buena fe, que permiten colmar lagunas, crear deberes y ampliar la esfera de

facultades de nuestros magistrados. Pero lo que no puede postularse en modo alguno es la total insuficiencia o ambigüedad de un sistema o concepto, pues el propio Código Civil ha formulado una concepción amplísima del contrato, en la cual caben una serie de funciones, que la doctrina muchas veces olvida. No sólo existe el contrato obligatorio, sino también el dispositivo, el asociativo, el de segundo grado, el de garantía, funciones que, más allá de su constante nombramiento, son desconocidas cuando se analiza, en general, instituciones clásicas como el consentimiento, el objeto y la causa, prescindiendo de esta amplitud que otorga el concepto de contrato del Código Civil y las concretas normas que a su alrededor existen.

En estos tiempos en los cuales ser original ya no es ser novedoso, sino reinterpretar instituciones, se torna necesario reconocer que el contrato dentro de nuestro derecho privado es un río de amplio cauce y confín, que permite contener en su seno, como elocuentemente se ha dicho, a negocios tan disímiles como la simple compra de un diario mediante un gesto, la serie de operaciones complejas por las que se concluye una transacción en una gran industria, la venta de una vaca o de un huevo, de un ordenador, o de un ramo de flores, o de una fábrica llave en mano, por mal que a algunos les pese, siendo necesario, tan sólo, algunas adecuaciones en función de los tipos de contratación, sin necesidad de la creación de lo que se ha dado en llamar “un modelo general con excepciones”