



# ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

## RESISTEMATIZACION CONTRACTUAL EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION<sup>1</sup>

**Alejandro E. Freytes**

Sumario: I. Introducción. 2. La autonomía de la voluntad y sus límites. 3. Fuerza obligatoria del contrato. 4. El desmoronamiento de la concepción clásica. El dirigismo contractual. 5. El diseño tripartito del Código Civil y Comercial de la Nación. 6 Colofón: un nuevo paradigma.

### **1. Introducción.**

Una revisión que abarque el último siglo de la teoría general del contrato deja ostensible que este negocio jurídico sufrió una transformación progresiva y profunda.

Se ha dicho con acierto que se está edificando un nuevo orden contractual<sup>2</sup>, sustentado en elaboraciones teóricas de tiempos pasados, respetadas y defendidas entonces, pero frágiles y endebles en la actualidad.

Vincenzo Roppo, una de las voces más autorizadas de la reciente doctrina italiana, analizando la situación en los albores del tercer milenio<sup>3</sup> sostiene que la figura y el régimen contractual son hoy atacados por profundos factores de transformación dejando a ambos con rasgos poco estables y definidos.

Es irrefutable que la noción de contrato como vínculo con proyecciones jurídicas o como instrumento de intercambio de bienes y servicios ha experimentado mutaciones, desgajamientos o alteraciones del diseño clásico que pergeñaron los autores

---

<sup>1</sup> El presente texto corresponde a la Conferencia de incorporación como Académico de Número de la Academia Nacional del 29 de marzo de 2022.

<sup>2</sup> STIGLITZ, R. *Un nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación*, LL, 2014-E, 1332, Sec. Doctrina.

<sup>3</sup> ROPPO, V. *El contrato del dos mil*, Ensayos de la Revista de Derecho Privado, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

racionalistas del siglo XVIII, y que hoy resultan irreconocibles en la multifacética realidad negocial por sus variados requerimientos operativos.

Es que el paradigma contractual que imaginaron los juristas que abordaron el movimiento codificador en la Europa del siglo XIX, de donde se desplazó a la América Hispánica, se sustentaba en un vínculo paritario, singular, de prestaciones equilibradas, fruto de una voluntad interna elaborada sin vicios que la afecten, manifestada sin restricción alguna por ciudadanos libres, capaces y económicamente autorreferentes, que podían discernir con la más absoluta libertad las cláusulas de un acuerdo que protegía sus intereses patrimoniales volcados en los moldes típicos que los códigos preordenaban.

Pero el mundo se alteró sensiblemente desde aquella concepción supuestamente igualitaria y equilibrada. Los cambios socio-económicos obligaron a modificar los moldes jurídicos, imponiendo una urgente adecuación a un orden que se presenta absolutamente distante y distinto de aquel otrora soñado.

Ha dicho recientemente Denis Mazeaud<sup>4</sup> estudiando la situación francesa que si la reforma del *Code* de 1804 se impusiera, -como él propiciaba entonces y como definitivamente se impuso por la *Ordonance* 131/2016- ello supondría aceptar que el Código Napoleón ha dejado de ser el estuche del derecho común de los contratos y la fuente de sus reglas fundamentales, pues lo esencial del derecho de los contratos se hallaba fuera del ámbito del Código Civil francés, residiendo en la legislación de consumo, el Código de Comercio o el Boletín Civil de fallos del Tribunal de Casación, presentándose como un ordenamiento diseminado, fragmentado, difuso y desintegrado.

Entre nosotros, Edgardo I. Saux, ha señalado con acierto<sup>5</sup> que tales cambios se han debido a tres causas esenciales: la manera de contratar, la inexistencia de una voluntad interna sana y sin vicios, y una profusa legislación complementaria que ha conmovido los pilares sobre los que se asentaron las estructuras contractuales de nuestro Código Civil de 1871, todos factores que han terminado acotando, cuando no, restringiendo seriamente el ejercicio tradicional de la autonomía privada.

---

<sup>4</sup> MAZEAUD, D. *Las reformas al Derecho francés de los contratos*, La Ley, Bs. As., 2014-B, entrega del 17 de marzo de 2014.

<sup>5</sup> SAUX, E. *Contratos en general. Disposiciones generales. Definición. Libertad de contratación. Efecto vinculante. Facultades de los jueces. Breves referencias al Proyecto de Código Civil y Comercial unificado del año 2012*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-I, Problemática central. Contratos en general, Rubinzal Culzoni, Bs.As., 2014, p. 11.

El mundo globalizado permite hoy una más ágil circulación de bienes y servicios, y ha debido abandonar el modelo clásico de contrato de cambio celebrado entre partes que expresan libremente su voluntad, sin vicios ni cortapisas, fruto de la autonomía negocial más genuina y perfecta. Actualmente los contratos se celebran en su mayoría por mera adhesión<sup>6</sup>, sin tratativas previas que den tiempo a reflexionar, influidos por regulaciones estatales que le dan un marco inexorable y que contienen cláusulas generales idénticas para toda una categoría negocial.

El contrato, figura jurídica que ha sentido como ninguna otra los vaivenes políticos, sociales y económicos de la civilización, ha visto así conmovida la noción clásica de consentimiento, que perdió su carácter de pauta basilar del instituto, dando paso a nuevas modalidades contractuales, en las que no se advierte un reparto de riesgos fruto del ejercicio puro y genuino de la autonomía privada, sino la propuesta de un negocio pergeñado unilateralmente sin negociación de sus cláusulas, desplazando la custodia de su equilibrio al Estado y a sus órganos de control.

Hace relativamente poco tiempo encumbradas voces pronosticaron el ocaso del contrato<sup>7</sup> y el mito perimido de la autonomía tratando de advertir que la figura perdía inexorablemente los perfiles eminentemente consensualistas defendidos en los siglos XVIII y XIX<sup>8</sup>.

Sin embargo, en la evolución normativa jusprivatista, hay paradójicamente un reverdecimiento de la autonomía, fenómeno que Federico de Lorenzo<sup>9</sup> ha llamado “el péndulo de la autonomía de la voluntad” evidenciado en varios de nuestros proyectos de reforma al Código Civil histórico y manifestado a través de institutos novedosos como el consentimiento informado en prácticas médicas, los testamentos vitales, las modificaciones al régimen de capacidad, las directivas sobre el propio cuerpo, las disposiciones de trasplantes de órganos entre vivos o *mortis causae*, los pactos de

---

<sup>6</sup> DREUX, G. *De la nature juridique des contrats d'adhesion*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Sirey, Paris, 1910; DE CASTRO Y BRAVO, F. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Civitas, Madrid, 1985; GORLA, G. *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, Vallardi, Milano, 1963, n° 3 y 4; MARQUEZ, J.F. – CALDERON, M. *Contratos por adhesión a condiciones generales en el proyecto de código civil y comercial de 2012*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2014-I, Problemática central. *Contratos en general*, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2014, p. 267 y ss.

<sup>7</sup> GILMORE, G. *The death of contract*, Ohio, EEUU, 1974, p. 61.

<sup>8</sup> STARCK, B. y BOYER, R. *Derecho Civil. Obligaciones*, Paris, 1986, tomo II.

<sup>9</sup> DE LORENZO, F. *El péndulo de la autonomía de la voluntad*, *Derecho Privado*, libro homenaje al Dr. Alberto Bueres, Hammurabi, Bs. As., 2001, p. 447.

convivencia en cuestiones de familia, la tendencia a la supresión de la prohibición de pactos de herencia futura, el alcance *post mortem* de los efectos contractuales, por ejemplo en el fideicomiso, el vínculo filiatorio fundado en la vocación procreacional, entre muchos otros.

Esta tendencia se advierte incluso en los proyectos de unificación regulatoria del derecho contractual europeo como los Principios de UNIDROIT, el Proyecto Gandolfi de la Academia de Jusprivatistas de Pavía, o el Proyecto del Prof. Ole Landó tratando de resguardar a los vulnerables del tráfico frente a los que asumen un rol protagónico, para mitigar así, los abusos contractuales y propender a una libertad contractual sustentada por un marco de equidad, justicia y razonabilidad.

La concepción que elaboró la doctrina clásica se asentaba en dos pilares inmovibles que conferían solidez absoluta al acuerdo: la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato.

## **2. La autonomía de la voluntad y sus límites.**

La *autonomía privada* como la llamaba Federico de Castro y Bravo<sup>10</sup> -piedra angular sobre la que se cimenta todo el sistema del Derecho Privado-<sup>11</sup> supone la facultad de los particulares de regir y gobernar sus propios intereses mediante manifestaciones de la voluntad rectamente expresadas. Desde esa óptica, el contrato es la expresión más sublime, amplia y genuina de ejercer aquella autonomía, y constituye una categoría ideal para brindar seguridad jurídica a las transacciones, aportando certeza a las obligaciones en la medida que el derecho puede procurarla.

Pero el concepto no solo entraña la facultad de crear vínculos recíprocos, sino también la de fijar su contenido dentro de límites regularmente amplios. El contrato no es solamente la conjunción de voluntades independientes que exteriorizan un estado anímico de los contratantes, sino también, y aquí radica lo trascendente, un reglamento al que las partes deben necesariamente adecuar sus conductas pues el ordenamiento jurídico las obliga a respetar escrupulosamente el compromiso asumido. El contrato se

---

<sup>10</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. El negocio Jurídico, Civitas, Madrid. 1971.

<sup>11</sup> Así, las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bs. As en septiembre de 1997, por recomendación de su Comisión 3° que reflexionó sobre *La autonomía de la voluntad, problemática actual*, la declaró como un “..principio general del Derecho, de fuente constitucional, cuya aplicación excede el ámbito de los contratos, alcanza a los actos jurídicos en general”.

presenta así con un contenido reglamentario que consiste en la formulación de un precepto de la autonomía privada.<sup>12</sup>

Como la ley autoriza a los particulares a darse reglas, a las que luego reconoce fuerza vinculante, se ha discutido si esas declaraciones coincidentes de la voluntad que emergen del acuerdo, constituyen una fuente del derecho. Cualquiera sea la respuesta que se brinde a ese interrogante, queda claro que no es la voluntad privada por sí sola la causa inmediata de las consecuencias jurídicas que el negocio provoca, pues estas necesitan inexorablemente del reconocimiento del derecho positivo que dota de fuerza vinculante y eficacia a la voluntad libremente expresada. Sin ese reconocimiento de la ley, tales efectos no se producirían.

Es que la voluntad de los sujetos se mueve en pos de la realización de resultados empíricos o prácticos de índole económica, que suponen un cambio que se quiere lograr en la situación preexistente, y que cuentan con la protección de la ley que hace jurídicamente exigible su realización<sup>13</sup>. Así por ejemplo, en la compraventa el comprador piensa en la vivienda y el vendedor en la obtención del dinero en efectivo que necesita, pero ninguno de ellos repara en la evicción, en los vicios redhibitorios o en la resolución por incumplimiento. Sin embargo, ambos actúan con la firme convicción, aunque fuere inconsciente, de que el contrato que perfeccionaron cuenta con amparo jurídico, que existen normas y tribunales que autorizan a reclamar el cumplimiento de las obligaciones que de él emergen, aunque carezcan de la versación que les permita la representación mental de los efectos propios del negocio. El derecho, en auxilio de la voluntad de las partes, acuerda consecuencias jurídicas al acto, las que se ajustan a los fines prácticos que los negociantes persiguieron desde el inicio de las tratativas.

La autonomía individual principio que sobrevuela todo el campo de acción del acto jurídico, también se proyecta en otros sectores de la actividad humana como el de los derechos reales y el de los derechos no patrimoniales. Sin embargo, en estas esferas jurídicas las facultades que emanan de la autonomía se ejercitan de modo mucho más acotado en comparación con el ámbito privilegiado del derecho contractual. Tanto en

---

<sup>12</sup> APARICIO, J. Contratos. Parte General, Hammurabi, Bs. As., 1997, tomo I, p. 87.

<sup>13</sup> DANZ, E. La interpretación de los negocios jurídicos, Suárez, Madrid, 1926, p. 21; ROPPO, E. Il contratto, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 9 y ss; entre nosotros, LLAMBIAS, J. Tratado de Derecho Civil. Parte General, 5ta. edición, Perrot, Bs. As. 1973, tomo II, p. 299; BORDA, G. Tratado de Derecho Civil. Parte General, 6ta. edición, Perrot, Bs. As., 1976, tomo II, p. 72 entre muchos otros.

materia de relaciones de familia -arts. 401 a 723- como en el ámbito de los derechos reales -arts. 1882 a 2276- los vínculos se rigen por el estatuto que establece el propio orden positivo, que margina al mínimo la actuación de la voluntad de los particulares. Basta leer a modo de ejemplo, nuestro art. 454 sobre el régimen patrimonial del matrimonio, o el art. 1884 -en el título de disposiciones generales sobre derechos reales- para apreciar cuan restringida está la función de la libertad individual en esos espacios jurídicos. No hay pues duda alguna que donde el principio alcanza su máxima expresión y esplendor, desarrollo e impacto es el ámbito de los contratos.

Allí se manifiesta en toda su magnitud con dos libertades esenciales, como las dos caras de una moneda: la *libertad de contratar* y la *libertad contractual*.

La primera, supone que las partes son libres de negociar, pueden hacerlo cuando quieran y con quien quieran, pues en principio, nadie puede ser constreñido a celebrar un contrato determinado o a celebrarlo con persona alguna. Solo por excepción pueden señalarse los supuestos del contrato de promesa -que impone la obligación de celebrar el contrato definitivo diseñado en el preliminar- o algunos supuestos de contratación coactiva de empresas concesionarias de servicios públicos a las que el ordenamiento positivo veda rehusarse a contratar con eventuales usuarios interesados en la provisión de los bienes o servicios que vuelcan al mercado. En estos casos, la negativa a contratar puede suponer el ejercicio abusivo de un derecho, que la legislación no tolera pues entrañan actos discriminatorios que infringen derechos y garantías constitucionales.

La segunda, se traduce en la posibilidad de las partes de establecer, dentro de amplios límites, la reglamentación contractual a través del clausulado que estimen más conveniente a sus intereses. Larenz la denominó libertad de configuración interna<sup>14</sup>.

Pese a su vasta amplitud esta facultad de configurar el clausulado del negocio no es absoluta, tiene límites infranqueables: las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Así, el ordenamiento positivo mediante normas *imperativas* puede prohibir la celebración de un contrato de determinado contenido, imponer que estos se sujeten a ciertas condiciones o modalidades, -lo que significa desproveer de efectos a los negocios que las contravengan, por ejemplo, fijando plazos máximos y mínimos en la

---

<sup>14</sup> LARENZ, K. *Derecho de las obligaciones*, traducción de Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, tomo I, p. 73.

locación de cosas- o establecer de modo imperativo ciertos derechos a favor de la parte más débil que no pueden ser enervados por pactos en contrario, como ocurre con las disposiciones que regulan el contrato de consumo. Del mismo modo, normas imperativas impiden también a los particulares enervar las disposiciones que regulan la capacidad de los otorgantes (art. 1000 a 1002), el objeto (arts. 1003 a 1011), la causa (arts. 1012 a 1014) o la forma (arts. 1015 a 1018) del contrato so pena de acarrear la nulidad del acto.

En cambio las normas *dispositivas* no comprometen la autonomía privada, están desprovistas de carácter coactivo y son por tanto supletorias de la voluntad de las partes (art. 962), que pueden apartarse de ellas desplazándolas o acordando de manera diferente a su contenido.

El segundo valladar lo constituye el *orden público* una noción imprecisa, de contenido elástico, y variable en el tiempo y en el espacio, elaborada por la dogmática jurídica de los países de tradición latina, ajena al ordenamiento germánico y utilizada para designar a un conjunto de principios que por comprometer el interés social no pueden ser abrogados por la autonomía privada<sup>15</sup>. Sustentan la organización social en sus más variados campos, aseguran la realización de valores que se reputan esenciales para una comunidad civilizada<sup>16</sup> y se vinculan con las instituciones fundamentales del derecho privado: la personalidad, la capacidad, la familia, el orden sucesorio, el régimen de bienes, etc.

Aunque en muchas ocasiones las normas *imperativas* son de orden público, no siempre ocurre lo mismo, pues el orden público entraña un conjunto de principios subyacentes que pueden servir de sustento tanto a normas *imperativas* como a normas *dispositivas*. Por ello no es dable asimilar la imperatividad de una norma con su vinculación al orden público en una inapropiada equiparación.

Así, son de orden público las disposiciones que regulan la locación de cosas, la protección de consumidores, de datos personales (*habeas data*), de emergencia económica, entre otras.

---

<sup>15</sup> ORGAZ, A. *Los límites de la autonomía de la voluntad*, en Nuevos Estudios de Derecho Civil, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1954, p. 77 y ss.

<sup>16</sup> APARICIO, J. *Contratos...ob. cit. tomo I*, p. 93.

Los derechos fundamentales o personalísimos también constituyen un límite infranqueable a la libertad de autodeterminación, y los contratos que comprometen la vida, la dignidad, o la integridad humana no reciben tutela jurídica, sino bajo ciertas y estrictas condiciones (arts. 17, 54 y 55)

En un sentido amplio también integran el concepto de orden público las *buenas costumbres* referidas a principios que comprometen los valores humanos fundamentales en un tiempo y en un lugar determinado.

Pero no es exacto asimilar ambos conceptos. El orden público tiene raigambre estrictamente jurídica, abarcando los principios fundamentales del ordenamiento positivo, político y económico; las buenas costumbres por el contrario, están más estrecha y específicamente vinculadas con la moral. Son valoraciones éticas predominantes en un medio social y en una fracción temporal. No se trata de la ética particular, filosófica o religiosa, sino de normas morales reconocidas en la conciencia social de una época<sup>17</sup>. Y si bien es cierto que cabe escindir al derecho de la moral, no puede desconocerse que aquel se endereza siempre hacia un objetivo moral, que es conseguir una regulación justa que asegure la convivencia pacífica entre los hombres. El derecho aspira por tanto a armonizar con valores éticos, pero desde una perspectiva estrictamente jurídica.

Un contrato puede ser inmoral por su contenido con independencia de los fines que animan a las partes a celebrarlo, como ocurriría con el pacto que obligue a no contraer matrimonio o a valerse de influencias ante un funcionario público para agilizar un trámite a cambio de una prestación dineraria. A la inversa, el negocio puede presentarse lícito en su contenido u objeto, y podría reputarse inmoral por los fines que persiguen las partes: por caso, la locación que concede el uso y goce de un inmueble para depositar allí bienes robados, si tal propósito hubiere sido conocido por ambas partes y fuere determinante en la celebración del acto.

### **3. Fuerza obligatoria del contrato.**

---

<sup>17</sup> ORGAZ, A. *Los límites...*, ob. cit. p. 352 y ss.

El principio de autonomía negocial completa su significado con el de *fuera obligatoria del contrato*, que entraña la sujeción de las partes al contenido libremente acordado al que quedan inexorablemente compelidas hasta su íntegra ejecución.

Como adelantamos, las personas son libres de contratar, pero cuando han hecho uso de esa libertad, deben atenerse escrupulosamente a lo convenido pues del contrato nace una regla que las vincula de una manera independiente de su voluntad, por obra del ordenamiento jurídico que sanciona la máxima *pacta sunt servanda*, esto es, el deber de cumplir escrupulosamente la palabra empeñada.

Vélez Sarsfield inspirado en Marcadé y en el art. 1134 del Código Napoleón, consagró la regla en su art. 1197 equiparando las convenciones a las leyes, máxima hoy reproducida con ligeras variantes en el art. 959 del reciente plexo legal.

Si alguna vacilación quedaba con el anterior texto de Vélez, el del nuevo ordenamiento va precedido del epígrafe “efecto vinculante”, expresión que despeja toda duda al respecto y reafirma de modo inequívoco la consecuencia más trascendente del clausulado contractual: compeler a las partes a su ejecución.

Así, el principio *pacta sunt servanda*, constituyó un pilar básico del ordenamiento jurídico y de la vida en sociedad, insuflando estabilidad a las convenciones en beneficio de la seguridad del tráfico. Gracias a esta máxima el contrato llegó a concebirse como irrevocable e inmutable en el tiempo, indemne a toda circunstancia de cualquier naturaleza que amenazare con moverlo.

Y así, el dogma de la voluntad tuvo un notable significado ideológico y político, y por ende consecuencias jurídicas, nacidas de la conexión de la voluntad con la libertad, pues exaltar la voluntad implicó exaltar la libertad individual, una precondition cultural para un modelo socioeconómico que se afirmó en gran parte de occidente en los albores del ochocientos: el modelo de la sociedad burguesa y la economía capitalista contrapuestas al *ancien régime* rígidamente estratificado donde los individuos pertenecían por su nacimiento a “clases” que determinaban indeclinablemente su destino social, económico, cultural y jurídico. Pero en las postrimerías del siglo XVIII la sociedad burguesa liberó a los individuos de su atadura a las clases sociales, sosteniendo que independientemente del determinismo de su cuna, cada hombre -si era capaz y tenía suerte-, podía voluntaria y libremente construir su propia condición social y económica.

El contrato libre y voluntario, se constituyó de este modo en el instrumento para la identificación de los destinos individuales<sup>18</sup>.

De allí entonces que aunque la máxima del irrestricto respeto a la palabra dada tuviera origen medieval, fue en el siglo XVIII donde encontró sus más convencidos defensores, los cultores de la escuela económica liberal, para quienes las leyes del mercado y el egoísmo individual constituían los mejores motores de la felicidad, la prosperidad y el bienestar general de las naciones. Para ellos, el Estado no debía inmiscuirse tratando de alterar las leyes de la naturaleza ni las acciones de los individuos, aun cuando estos fueren egoístas, asegurando que de la libertad brota espontáneamente todo bien posible. Lo resumían el repetido aforismo del “*laissez faire...*”

De tal guisa, era fácilmente deducible que para los jueces los contratos eran tan obligatorios como las leyes. Guardianes de ambos, la función que les cabía era asegurar su invariable cumplimiento, y así como les estaba prohibido juzgar el valor intrínseco de las leyes, del mismo modo les estaba vedado rehusarse ordenar la ejecución de los contratos so pretexto de equidad<sup>19</sup>

El principio reinó incommovible durante buena parte del siglo XIX por obra de la codificación, imponiéndose con particular rigurosidad y vigor, pese a las críticas que se le hicieron al desdeñar la justicia intrínseca del convenio, con la que se pretendió muchas veces conmooverlo o enervarlo.

#### **4. El desmoronamiento de la concepción clásica. El dirigismo contractual.**

Sin embargo, el tiempo y los inexorables dictados de la realidad, comenzaron a conmoover los cimientos ideológicos de la concepción clásica del contrato, producidos por la evolución económica de la sociedad capitalista que arrastró consigo los

---

<sup>18</sup> ROPPO, V. El contrato, traducción de Eugenia ARIANO DEHO, Gaceta Jurídica, Lima 2009, p. 59.

<sup>19</sup> APARICIO, J. Contratos..., ob. cit., tomo I, p. 74, recuerda las expresiones de Portalis en el discurso preliminar con el que elevó al Consejo de Estado el proyecto de Código Civil Francés: “*Se gobierna mal cuando se gobierna demasiado. El oficio de la ley consiste en protegernos del fraude ajeno pero no en dispensarnos de utilizar nuestra propia razón. Si fuera de otro modo, la vida de los hombres bajo la vigilancia de las leyes no sería otra cosa que una larga y vergonzosa minoridad*” y las de Vélez Sarsfield en el párrafo final de la nota al art. 943 “*Dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin error, dolo, ni violencia, y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos*”.

fenómenos de la masificación y la estandarización. Pronto se advirtió que la igualdad jurídica era solo una noción formal y abstracta, en los hechos existían profundas y sustanciales desigualdades entre los hombres derivadas de su disparidad de fuerzas económicas.

Los individuos no eran tan buenos por naturaleza como candorosamente se había sostenido, pues para satisfacer sus intereses personales y egoístas, nadie duda en explotar la situación de desventaja de los demás. Se tornó imposible seguir sosteniendo que lo convencionalmente acordado fuera invariablemente justo, pues la libertad de la parte más débil constituía en realidad una quimera; el vulnerable no está en situación de discutir en paridad de condiciones el clausulado contractual, antes bien, debe admitir mansamente las que impone el sujeto más versado, más experimentado y económicamente mejor posicionado en el mercado.

La primera intervención estatal para corregir los aprovechamientos de los débiles por los fuertes, se practicó en el derecho laboral, por vía de una legislación voluminosa y compleja, que impuso disposiciones imperativas que entrañaron un claro límite a la autonomía individual, intentando proteger la impotencia obrera frente a la prepotencia absorbente de los poderosos patronos. La doctrina italiana llamó al fenómeno incremento de la *autonomía colectiva*<sup>20</sup> sobre la *autonomía individual*.

Pero esa injerencia del poder público tuvo otras manifestaciones más evidentes, por las ideas economicistas del siglo XX que abandonaron la función meramente policial del Estado destinada solo a controlar los comportamientos particulares, y defendieron una más rectora y efectiva con poder suficiente para impactar en el mercado de bienes y servicios y producir así, importantes restricciones a la libertad de contratar, sustentando la idea de que el poder público no solo debe asegurar a los ciudadanos libertad e igualdad formal sino también sustancial, impidiendo que la búsqueda del interés privado dañe el interés general. La aparición de los contratos normados, regulados o reglamentarios importó un fenómeno de penetración del derecho público en el derecho privado, y consecuentemente con ello, un impacto fenomenal en el libre y soberano desarrollo de la autonomía negocial<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> ROPPO V. El contrato..., ob. cit. p. 65

<sup>21</sup> REZZONICO, J. Contratos con cláusulas predisuestas, Astrea, Bs. As., 1987, p. 15 y ss.

Pese a ello, no podría afirmarse con sensatez que el fenómeno implicó el estrangulamiento del derecho privado a manos del derecho público, más bien y como afirmó Santos Briz con su acostumbrada elocuencia<sup>22</sup>, fue una atenuación del carácter individualista del derecho civil y un afianzamiento de su carácter social.

Entre nosotros el progresivo límite al desenvolvimiento de la autonomía se vio incrementado con una novedosa legislación privatista que a través de la reforma de 1968 incorporó al Código histórico instituciones como el abuso del derecho, la imprevisión, el reforzamiento de la equidad y el fortalecimiento de las facultades judiciales para mantener el equilibrio genético y funcional del acuerdo.<sup>23</sup>

Se relativizó y elastizó entonces la concepción de pura estirpe individualista pergeñada por las escuelas *ius* filosóficas del siglo XVIII que presentaban al contratante como un hombre egoísta y calculador, idealmente aislado, que no medraba en perjudicar a sus congéneres para satisfacer sus intereses patrimoniales. En su lugar, el nuevo modelo presentó a un hombre inserto en un contexto económico muy distante y muy distinto de aquel, sujeto a vínculos sociales, con una autonomía encauzada y enderezada a satisfacer además de los propios, los intereses compatibles con el bien común.

El tipo venerable de contrato que configuró el máximo triunfo de la autonomía como alguna vez expresó Josseland<sup>24</sup>, experimentó a partir del siglo XX un cambio radical y profundo, por vía de normas imperativas que consagraron un *dirigismo contractual* que amenazó con ahogar definitivamente a la autonomía privada.

Pero debe advertirse que las restricciones no solo provinieron del intervencionismo estatal, sino también del profundo cambio de la realidad económica donde se desenvuelve naturalmente el negocio. Hasta el siglo XIX la industria y el comercio se vinculaban de modo artesanal, las relaciones entre productores y consumidores tenían carácter esencialmente personal, los contratos se celebraban directamente entre ellos precedidos de reflexión y negociación. Pero el desarrollo de la industria y el auge del maquinismo sustituyeron la producción artesanal por la estandarizada para poder volcar al mercado grandes cantidades de bienes y servicios, en

---

<sup>22</sup> SANTOS BRIZ, J. *Derecho económico y derecho civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 167.

<sup>23</sup> MOSSET ITURRASPE, J. *Justicia contractual*, Ediar, Bs. As., 1977.

<sup>24</sup> JOSSERAND, L. – BRUN, A. *Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*, Bosch, Bs. As., 1950, tomo II, volumen I, p. 31

un mundo en expansión que incrementaba su comercio internacional y desarrollaba su comunicación con ritmo vertiginoso.

Esta nueva realidad productiva, impuso sustituir al contrato individual y paritario por el contrato de masas, de cláusulas predispuestas sin posibilidad de modificación. Desaparecieron los tratos precontractuales, la elaboración conjunta del clausulado, y la aceptación mutó en una mera adhesión.

Hoy muchos contratos se celebran según modalidades muy distintas de aquellas que supuso la doctrina clásica. La automatización de las conductas y la mecanicidad que ellas trasuntan, evidencian que muchas veces la voluntad y hasta la declaración de las partes permanecen en las sombras: la aprehensión de un billete, de un ticket, o de un vale contra el pago del precio ya fijado de antemano, son suficientes para consumir un convenio desprovisto de toda ceremonia, por ejemplo, al subir al micro, o aparcar el automóvil en una playa de estacionamiento. Estas relaciones contractuales de hecho<sup>25</sup> como las llamó la doctrina germana, han superado la idea de contrato como instrumento de la voluntad individual, como expresión directa de la personalidad de los autores y han dado paso a una figura objetiva e impersonal. Si para la tesis clásica, el contrato era la fusión íntima de voluntades, para la sociedad actual se presenta muchas veces como el resultado de conductas mecánicas<sup>26</sup>, lindantes con lo inconsciente y concluidas por personas que en ocasiones, ni siquiera tienen comprensión cabal del acto que celebran, como ocurre hoy con muchos contratos informáticos.

Pero de ello no puede inferirse el agotamiento del contrato. Si la situación se observa con agudeza y cierta cuota de realismo se infiere que no hubo una crisis del contrato sino más bien de la autonomía privada<sup>27</sup>, o como nos apunta Giorgio Oppo desde la siempre esclarecida doctrina italiana, una crisis de la palabra y del dialogo<sup>28</sup> que no conmovió al contrato como figura esencial de la vida en sociedad, sino que lo

---

<sup>25</sup> MOSSET ITURRASPE, J. *Las relaciones contractuales fácticas (obligaciones que nacen del mero comportamiento)*, LL, 1993-B-274.

<sup>26</sup> Hasta la aceptación ha sido aligerada al darse cabida a la que realiza directamente el resultado al cual está dirigida la voluntad del autor mediante comportamientos determinados que permiten suponerla (art. 979), y que pueden implicar aceptación y cumplimiento simultaneo. Así el contrato puede nacer tanto de la declaración como de un comportamiento social típico que conforme a las circunstancias y a los usos, revele la voluntad del autor.

<sup>27</sup> ALTERINI, A. *Los pilares del contrato moderno*, LL, 2008-C-1084, Sec. Doctrina

<sup>28</sup> OPPO, G. *Desumanizzazione del contratto?* Rivista di Diritto Civile, año 1998, tomo I, p. 525.

ajustó a los tiempos que corren probando así su versatilidad y ductilidad para recrearse, adaptándose a las nuevas realidades socioeconómicas de los pueblos.

De allí que resulte paradójal<sup>29</sup> hablar de crisis del contrato en una época en que las relaciones contractuales se han multiplicado alcanzando niveles impensables en tiempos pasados. Lo prueban no solo las figuras surgidas de una nueva matriz de negociación, -contratos sujetos a condiciones generales o emergentes del consumo, ambos hijos de la centuria pasada-, sino también la evidente e indiscutida pervivencia de los contratos discrecionales, incrementados con noveles figuras que otrora solo tenían tipicidad social y que ahora han alcanzado la legal al incorporarse al ordenamiento positivo (leasing, fideicomiso, contratos bancarios, agencia, franquicia, concesión, son ejemplos singulares).

Pero entiéndase bien, las nuevas versiones contractuales impuestas por una realidad socioeconómica indiscutible e irreversible pueden haber variado el perfil del negocio, aminorado el carácter absoluto y rígido de la autonomía dieciochesca insuflada en el movimiento codificador, pero en modo alguno han alcanzado para herir, menos aún suprimir la fuerza obligatoria del contrato emanada de las convenciones libre, equilibradas y justamente acordadas.

El *pacta sunt servanda* ciudadela inviolable de las legislaciones latinas, es cierto que se ha visto atenuado en su rigor por obra de la realidad y la labor del legislador, pero las razones de su intervención –aunque siempre justificadas-, no podrán jamás ser tan profundas y desbastadoras como para terminar con este pilar indiscutible de la vida en sociedad, pues el contrato reposa sobre un equilibrio jurídico -su causa- pero no necesariamente sobre su equilibrio económico<sup>30</sup>.

Esta sobreviviente “robustez” de la autonomía, como señala Saux, se advierte incluso en el art. 960 de nuestro Código Civil y Comercial que veda a los jueces la facultad de modificar los contratos, salvo cuando alguna de las partes, autorizadas por la ley, se lo requiera expresamente (vrg. abuso del derecho, ejercicio de posición dominante en el mercado, vicios del consentimiento, lesión, imprevisión, frustración del

---

<sup>29</sup> APARICIO, J. Contratos..., ob. cit. tomo I, p. 80.

<sup>30</sup> VOLKMAR, M., *Revisión de los contratos por el juez en Alemania*, LL, 12-11, Sección Doctrina, recuerda las palabras del Prof. NIBOYET, miembro informante de la Comisión que trató “*La revisión de los contratos*” en ocasión de la *Semaine Internationale de Droit*, celebrada en París, 1937.

fin contractual, etc.), o de oficio cuando se afecte de modo manifiesto el orden público<sup>31</sup>.

## 5. El diseño tripartito del Código Civil y Comercial de la Nación

Lejos de confirmarse en los hechos el crepúsculo contractual<sup>32</sup> por desvanecimiento o agotamiento de la figura, se produjo en cambio una recreación de ella, remozada y adecuada a los tiempos que corren.

Hoy la declaración de voluntad común tiene fuerza obligatoria en la medida que se adecue a nuevos confines: respeto irrestricto a las normas imperativas –poseedoras de un rango preferente al precepto privado y a las normas supletorias-, una convención individual y socialmente útil, y un negocio que se adecue al principio de máxima reciprocidad de los intereses en juego.

De allí que la fuerza obligatoria todavía esté sujeta a los vallados históricos de la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958 y 961) que confirman su carácter relativo pero aun vinculante, desde que *los contratos no solo obligan a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor*, fórmula del nuevo art. 961 que en mucho recuerda al texto originario del art. 1198 de Vélez luego modificado por la ley 17.711.

Los imperativos de previsibilidad y estabilidad que parecían gobernar inmuebles, deben hoy flexibilizarse y adecuarse a las exigencias de equidad, proporcionalidad y respeto a la dignidad de los contratantes. El *solidarismo contractual* propone una lectura menos rígida y absolutista de los principios que regulan el derecho de los contratos, haciéndolo menos descarnado ante injusticias o desequilibrios surgidos del clausulado convenido.

Analizando el despliegue que hoy tiene la autonomía de la voluntad se advierte que el Código Civil y Comercial ha innovado la teoría general del contrato entendida como ese universo de normas de carácter general que conforman la base del régimen

---

<sup>31</sup> SAUX, E. *Contratos en general...*, ob. cit. p.42; CAMELO, G. *Algunos aspectos de la reforma proyectada en la teoría general de los contratos*, en Derecho Privado. Reforma del Código Civil – III- Contratos, Infojus año II n° 4 p. 5.

<sup>32</sup> GILMORE, G. *Death of contract*, Ohio, EEUU, 1974, p. 61.

común aplicable a todo contrato, complementada claro está, con las disposiciones sobre los actos jurídicos en general y los contratos típicos regulados.

Se ha *fragmentado el tipo contractual* según la intensidad con que interviene la autonomía privada en la formación del consentimiento y se han incorporado de modo expreso *principios y deberes* liminares derivados del principio cardinal de buena fe.

I. La división del tipo generó una escisión bien marcada diferenciando los contratos *discrecionales*, negociados o paritarios en los que rige plenamente la autonomía privada, de los contratos celebrados *por adhesión a condiciones generales* redactados por el proponente sin intervención alguna del adherente. A su vez, aplicable a ambas especies, se ha incluido un régimen especial para supuestos en los que el negocio concertado -fuere paritario o por adhesión- lo sea de consumo, regido por un estatuto especial previsto en el Título III que contempla y a veces replica, en una duplicidad impropia de una buena técnica legislativa, las disposiciones de la ley 24.240 y sus modificatorias.

Se ha intentado justificar esta excesiva reglamentación<sup>33</sup> sosteniendo que la impone la dinámica constante de las relaciones de consumo y la sectorización de la legislación consumerista, sin advertir que no es este el temperamento mayoritariamente admitido por la legislación comparada que no mantiene esta doble regulación<sup>34</sup>. Ni siquiera en Europa se ha impuesto tal extrapolación pese a la proliferación de directivas comunitarias referidas al consumo que deben necesariamente incorporarse al derecho interno de los estados miembros, lo que justificaría el trasvasamiento del derecho del consumidor a los códigos fundales. En la mayoría de los sistemas estadales se han mantenido esas previsiones en legislaciones especiales.

En nuestro caso, el método aparece aún más desaconsejable, si se repara en que el Código Civil y Comercial no ha incorporado en bloque todo el régimen de consumo a su articulado, sino solo una porción que constituye el núcleo duro de tutela, dejando vigente la normativa específica de la ley 24.240 y sus modificatorias, para crear así una

---

<sup>33</sup> SOZO, G. *La resistematización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código 2012*, SAEIJ, Revista de Derecho Privado, Año 2, N° 4, p. 79 y ss., BAROCELLI, S. *Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el Nuevo Civil y Comercial*, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año VI, N° 1, La Ley, Bs., As., 2015, p. 63.

<sup>34</sup> Salvo el Código Civil Alemán a través de su reforma de 2002 o el Código de Quebec de 1991, la mayoría tienen normas específicas independientes ajenas a los códigos de fondo, temperamento que también siguen los países latinoamericanos.

suerte de doble régimen que obliga a un pertinaz y permanente cotejo normativo, como si esta redundancia diere mayor fuerza persuasiva al sistema tuitivo.

1. Cuando el contrato se celebra en paridad de condiciones, porque las partes exhiben una similar posición para entrar en la negociación y desarrollarla, ambas actúan su autonomía por igual mediante tratativas conducentes a definir el alcance y envergadura de los derechos y las obligaciones mutuas y a distribuir los costos de transacción, ventajas y sacrificios. En definitiva, ejercitan en plenitud su libertad de contratación (art. 958). En estos contratos el *iter* negocial se inicia con los *pour parler*, o tratativas previas que ahora han recibido especial reglamentación en el diseño de 2015 (art. 990), ratificando la libertad de contratación y los deberes que las partes asumen durante su desarrollo (confidencialidad, secreto, conservación de la cosa, etc.)

2. En los contratos *por adhesión* en cambio, las partes no ejercen similar poder de negociación pues el acuerdo se celebra con base en un contenido predispuesto por una de ellas o por un tercero, y la otra se limita a expresar dócilmente su conformidad, sin haber participado en la configuración del clausulado. La del art. 984<sup>35</sup> es la primera noción que brinda nuestro derecho positivo de los contratos por adhesión aunque el art. 38 la ley 24.240 ya los mentaba sin definirlos.

Las pautas incluidas en la Sección Segunda no son novedosas en el reciente Código pues recogen criterios ya trazados por la doctrina y la jurisprudencia desde hace décadas, e incluso incorporadas al orden interno, por ejemplo en los arts. 14 y 15 de la ya derogada ley de prehorizontalidad 19.724, en el art. 11 de la ley de seguros 17.418 y en los arts. 37 y 38 de la ley 24.240. Son un conjunto de reglas que sancionan requisitos formales que deben reunir las cláusulas generales predispuestas (art. 985), la prevalencia de las cláusulas particulares negociadas que sean incompatibles con las cláusulas generales preformuladas (art. 985), el arraigado principio de interpretación *contra stipulatorem* (art. 987), y el necesario control judicial de las cláusulas generales aun mediando previa autorización administrativa (art. 989).

El predisponente puede ser un proveedor aislado, una empresa o un grupo de ellas de un determinado sector de la actividad comercial que fijan con antelación y en

---

<sup>35</sup> Un pormenorizado análisis de las disposiciones del Código Civil y Comercial sobre contratos por adhesión sujetos a condiciones generales, formula STIGLIZ, R. *Nuevos temas incorporados a la teoría general del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, 25 de febrero de 2015, p. 1

términos generales y abstractos una normativa encaminada a uniformar el contenido rígido de un sinnúmero de contratos posteriores. Suprimida así la etapa prenegocial, no hay espacio para tratativas, para acordar o discutir condiciones. El adherente está compelido a aceptar en bloque los términos que se le proponen por lo que la configuración interna del acuerdo escapa a su esfera de actuación.

La redacción previa permite prever aspectos esenciales o secundarios con idéntico detallismo y esa minuciosidad del texto posibilita la inclusión de cláusulas que pueden exceder las previsiones del derecho dispositivo, y aun derogarlo, disponiendo lo contrario de las normas supletorias. Estas reglas particulares que ocupan el segundo rango de la prelación legal (art. 964), aplicables a los contratos en general, tienen una función ordenadora y permiten encauzar de manera más ecuánime los intereses de las partes o suplir el silencio de los contratantes según la presunción del legislador. Cuando no hay justificación suficiente para su desplazamiento, hay entonces motivo bastante para discutir el alcance y la finalidad de la cláusula pactada que genere un desequilibrio prestacional irritante.

Otro riesgo cierto que suponen los contratos por adhesión es la posibilidad de incluir cláusulas oscuras, ambiguas, sorpresivas o directamente perjudiciales por abusivas o vejatorias que agraven notoriamente las obligaciones del adherente o aligeren las del predisponente. Entrañan una alteración del sinalagma creando una situación ventajosa para el estipulante, y aunque son propias de este ámbito o de los contratos de consumo, pueden afectar incluso a los contratos paritarios<sup>36</sup>, aunque los primeros, -dada su especial técnica de formación- facilitan un terreno más propicio para su multiplicación, circunstancia que obviamente el predisponente no desaprovecha. Así, las técnicas contractuales predispuestas pueden ser construcciones desequilibrantes, la injusticia es inherente a las mismas porque la falla es ingénita y entonces la desigualdad solo se corrige con controles externos para bloquear el desequilibrio preordenado por una de las partes.

---

<sup>36</sup> STIGLIZT R. *La teoría del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, LL, 2012, C-1288

3. La tercera especie la constituyen los *contratos de consumo*, que ya en los Fundamentos del Proyecto de 2012<sup>37</sup> aparecen caracterizados no como un tipo especial más, como la compraventa, sino como una fragmentación del tipo general que influye sobre los tipos especiales –por ejemplo, compraventa de consumo- lo que implica que su regulación no deba verse inordinada dentro de los contratos especiales o típicos, sino dentro de la regulación de la figura general.

Para esta porción de contratos se han incorporado disposiciones que suponen una protección mínima, que funciona como el *núcleo duro de tutela*, que no puede ser modificado por convención de partes o ley especial. Así se destacan el deber de información (art. 1110), la prohibición de publicidad engañosa (art. 1101 inc. a) o comparativa que conduzca a error (art. 1101 inc. b), el reconocimiento a favor de los consumidores de acciones de cesación de publicidad ilícita y la publicación a cargo del proveedor de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria (art. 1102), el reconocimiento de la publicidad como fuente heterónoma de obligaciones a cargo del oferente/proveedor (art. 1103), la reglamentación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia (art. 1114 a 1116), y la incorporación de normas sobre cláusulas abusivas o sorpresivas (arts. 988, 989, 1117 a 1122) complementarias del primigenio art. 37 de la ley 24.240.

Este subsistema especial se orienta a tutelar al consumidor o usuario para neutralizar el desequilibrio en que se encuentra por su mayor vulnerabilidad. Comparativamente hay una protección más intensa que la que se brinda al adherente de un contrato preformulado, pues el de consumo puede celebrarse discrecional o paritario, y suponer de igual modo una situación desventajosa.

El desequilibrio que supone el vínculo entre proveedor/profesional y consumidor/profano prevalece por sobre la modalidad de celebración, que es indiferente para declarar procedente la aplicación de la tutela especial del régimen de consumo. Tanto es así que las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente, o aprobadas expresamente por el consumidor (art. 1118).

---

<sup>37</sup> *Fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012*, redactado por la Comisión de Reforma designada por Decreto del PEN 191/2011.

En alguna medida, las previsiones sobre el consumo incluidas en los códigos de fondo o en leyes especiales se han convertido en una fuente cada vez más importante del derecho de los contratos. En Europa las directivas comunitarias incorporadas a los sistemas internos han traído reformas apremiantes que incrementaron las normas imperativas inderogables, redujeron las dispositivas, incorporaron al lenguaje legislativo términos propios de la jerga tecno-económica del sector, e incrementaron las causales de nulidad y de rescisión contractual. Incluso se ha llegado a plantear un problema de supremacía normativa pues algunas de esas disposiciones comunitarias emergen de autoridades administrativas que invaden la competencia de los órganos internos encargados de dictar leyes que restrinjan la libertad individual. Algunas de estas consecuencias señaladas por la doctrina extranjera más reciente<sup>38</sup>, podrían observarse también en nuestro reciente ordenamiento positivo.

II. Pero el advenimiento del este nuevo diseño contractual que introdujo el Código Civil y Comercial de 2015 no se redujo solo a la fragmentación tripartita del negocio incluyó también una renovación de *principios y deberes* liminares ahora incorporados efectivamente al derecho positivo sustentados en el principio cardinal de buena fe. Anejos a las normas legales, informan reglas de comportamiento presentes no solo en la etapa de gestación sino también, y principalmente, durante la ejecución del acuerdo.

La buena fe –reconocida en el art. 9- es un arquetipo o modelo de conducta social que se proyecta al ámbito contractual, imponiendo lealtad en el trato y proceder honesto, esmerado y diligente, fidelidad a la palabra dada, respeto a la confianza suscitada entre contratantes probos.

Su primera función es colmar las inevitables lagunas legales cerrando el sistema legislativo<sup>39</sup>. Por muy analítica que fuere la ley jamás podrá prever todas las situaciones posibles mediante normas concretas; solo regula los eventos más frecuentes, las vicisitudes más recurrentes. Mediante este principio general es posible identificar otras alternativas de la vida del contrato, sirviendo así de parámetro sucedáneo para solucionar eventuales conflictos entre particulares. Desde esa misma perspectiva la buena fe como pauta de interpretación e integración permite corregir la voluntad privada

---

<sup>38</sup> ROPPO, V. El contrato del dos mil..., ob. cit, p. 39 y ss.

<sup>39</sup> GALGANO, F. El negocio jurídico, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 454.

que ha dado vida al acuerdo, superando la limitación natural que tienen los otorgantes para elaborar un contenido capaz de imaginar todo el porvenir, por ejemplo presagiando acontecimientos sobrevenidos capaces de impactar en el cumulo de derechos y obligaciones nacidos de la convención.

Por otro lado, la buena fe constituye una regla de conducta debida cuyo desconocimiento puede derivar en incumplimiento contractual<sup>40</sup> por ejemplo, permite verificar si cada parte honra el deber de “realizar el interés” contractual del otro, si evita causarle daño imponiéndole una contraprestación inicua o inútil, si le informa respecto de circunstancias sobrevenidas que puedan malograr el propósito básico del acuerdo, si se exige al deudor un sacrificio desmedido en comparación a la prestación del acreedor, Violaciones a estas cargas contractuales, rayanas en el abuso del derecho, aparecen absolutamente inadmisibles y contrarias a la buena fe contractual. Así, este parámetro de conducta tiene carácter recíproco, señalando los confines exactos de cuanto resulta exigible a cada parte en la fase ejecutiva del convenio.

La lealtad, la colaboración, el cuidado, la prudencia y la protección del cocontratante, naturales derivaciones del principio de buena fe, tienen hoy un indiscutible impacto en el armazón de la relación contractual.

Por ello, el nuevo ordenamiento no tolera *desproporción* entre los derechos, las obligaciones y los poderes del profesional y del consumidor, máxime cuando crean ventajas significativas para uno en detrimento del otro, o cuando sustentan actos lesivos (art. 332) que habilitan una modificación o reajuste equitativo de las prestaciones, aunque se trate de contratos discrecionales.

Desde esa misma perspectiva, se consagra la *cláusula rebus stantibus* ligada a un criterio de justicia que clama eximir de cumplimiento al deudor agobiado por una prestación que aunque realizable se ha vuelto inequitativa por desproporcionada o excesivamente onerosa por circunstancias sobrevenidas (art. 1091), y se admite ahora la

---

<sup>40</sup> GALGANO, F. El negocio jurídico, ob. cit., p. 455, expresa: "...es un núcleo preceptivo cargado de irradiaciones. Dotado de base empírica es, al mismo tiempo, criterio ideal de conducta y fuente de deberes. No solamente entraña una directriz de interpretación o una frontera que pone coto a la extralimitación, sino que puede importar una fuente activa de heterointegración contractual..."; en igual sentido HERNANDEZ GIL, A. *Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe*, discurso pronunciado en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 22 de julio de 1979, citado por APARICIO, J. *Contratos...*, ob. cit., tomo I, nota 107, p. 105; DE AMUNATEGUI RODRIGUEZ, C. *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, nota 218.

liberación de acreedor de recibir una prestación desprovista de la finalidad común que impulsó a las partes a negociar y que luego se malogró, despojando al acuerdo del propósito práctico que lo sustentaba (art. 1090).

Desde otro costado, la *razonabilidad* se impone como una directriz según la naturaleza, envergadura y finalidad del acuerdo: por ejemplo en los contratos de duración obligando a la parte que rescinde anticipadamente a brindar a la otra oportunidad de renegociar (art. 1011); en la compra-venta, obligando al comprador a realizar todos los actos que fueren necesarios para que el vendedor pueda entregar la cosa vendida (art. 1141 inc. b); en el suministro, habilitando a resolver solo si el incumplimiento es tan notable que ponga razonablemente en duda la posibilidad del contrario de atender con exactitud los posteriores vencimientos (art. 1184), etc.

Pero también hay *deberes* que ahora han sido especialmente previstos en la reciente reglamentación contractual.

Desde el inicio mismo de las tratativas precontractuales las partes asumen deberes secundarios de conducta sustentados en reglas morales de convivencia y solidaridad social que en la etapa de gestación tienen medular relevancia para no frustrar injustificadamente las negociaciones encaminadas a la consumación del convenio, a riesgo de tener que reparar el daño sufrido por el afectado confiado en la celebración regular y oportuna del acto (art. 991 y 992).

Al formular las reglas de interpretación contractual (art. 1067) se protegen la *confianza* y la *lealtad* que las relaciones contractuales generan entre las partes involucradas obligándolas a deferírselas recíprocamente y aclarando que el derecho positivo argentino no tolera la contradicción con conductas previas jurídicamente relevantes propias de un sujeto que ha infringido su deber de coherencia.

En aras de proteger la *dignidad humana* (art. 1097) al referirse a las cláusulas abusivas, se declara que los proveedores deben garantizar condiciones de protección y trato digno a los consumidores y abstenerse de conductas vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

Así, el nuevo ordenamiento aparece orientado a la búsqueda del equilibrio negocial, moralizando los comportamientos particulares y dotándolos de ética y juridicidad.

## 6. Colofón: un nuevo paradigma

En resumen, el contrato *intangibile*<sup>41</sup> que imaginaron los autores del siglo XVIII y que mantuvo la codificación decimonónica como expresión basilar e inmovible del sistema, fue sustituido en el siglo XX por un contrato *evolutivo* hijo de una realidad irreversiblemente cambiante e imposible de soslayar.

Aunque el consensualismo clásico continúe dando vida y vigor a contratos cualitativamente significativos, estos son hoy cuantitativamente insignificantes. De allí que si la teoría general de los contratos del movimiento codificador pudo satisfacer las necesidades de aquella sociedad industrial, en los albores del tercer milenio, ese cuerpo de normas básicas ha debido adaptarse a los imperativos actuales, pues el desarrollo del derecho tiende a regular la aldea global, y como ha dicho Galgano con acierto, ese será en el futuro, el punto de referencia<sup>42</sup>. El contrato de la economía y de la sociedad globalizada es un negocio en el cual la flexibilidad terminará moderando la certeza y la estabilidad.

Pero entiéndase bien, este nuevo paradigma no supone abrogar de cuajo el modelo individualista que, claro está, continuará imperando en el ámbito de los contratos discrecionales que cumplirán una función residual en la contratación moderna, a la par del sistema diseñado para negocios con asimetría formal en el poder de negociación que definen y perfilan el nuevo paradigma negocial.

Actualmente esta inequivalencia no solo reside en los binomios proveedor/consumidor y proponente/adherente, se proyecta a otras relaciones vastas y frecuentes como gestores/preponentes, bancos/clientes, intermediarios financieros/inversores, arrendadores/arrendatarios, por lo que es dable pensar que el legislador, si ya no lo hizo, continúe introduciendo reglas que contemplen el desequilibrio robusteciendo la nueva especie contractual.

En ese sentido la resistemización operada propone una resignificación permanente de la función de la autonomía privada.

---

<sup>41</sup> SANTOS BRIZ, J. *El Derecho Civil. Evolución de su concepto y tendencias actuales*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

<sup>42</sup> GALGANO, F. *La categoria de contratto alle sorgie del terzo milenio*, Contratto e impresa, anno XVI, n° 2, 2000, p. 926.

De allí que el nuevo diseño contractual,<sup>43</sup> que puede entreverse detrás del viejo, en modo alguno está completamente definido, es el reflejo de una realidad aun magmática, apenas naciente, cuya evolución y desarrollo definitivos son todavía imprecisos debido a los avances provisorios, incompletos, espasmódicos y muchas veces contradictorios que presentan las adecuaciones legislativas de países como el nuestro que actualizan sus plexos normativos a esta nueva realidad.

Lo importante es que el derecho, siempre hijo de su tiempo, haya advertido que este *aggiornamento* de la figura y su régimen resultaban ya ineludibles.

En la mitología griega el dios Proteo, al que Homero llamó en La Odisea “el anciano hombre de mar”, sugiere al primero, al primordial, al primogénito hijo de Poseidón en la teogonía olímpica, pastor de la manada de focas de su padre, que podía predecir el futuro pero para evitar hacerlo transmutaba su figura en diversas formas; solo se lo revelaba a quienes eran capaces de capturarlo y retenerlo. Moraba en la arenosa isla de Faro cercana al delta del Nilo, desafiado a profetizar el porvenir solo se doblegaba cuando los esfuerzos de su extraordinaria ductilidad eran vanos, entonces retomaba su apariencia habitual, decía la verdad, y regresaba al mar.

Su capacidad de metamorfosis se convirtió en el prototipo de flexibilidad, versatilidad y adaptación a las circunstancias cambiantes y a los férreos dictados de la realidad; el español derivó de este antecedente el sustantivo proteo y el adjetivo proteico para mentar esa facultad infinita de mudarse.

Las instituciones *ius* privatistas, y entre ellas especialmente el contrato, han exhibido similar capacidad de transformación, recordando a la deidad helena. Y lo han hecho frecuentemente compelidas por requerimientos humanos.

En el mundo actual ha surgido un nuevo colectivo que se erige como una pieza clave del modelo económico: los vulnerables, sujetos cada vez más empoderados para pedir el reconocimiento de sus derechos individuales y las garantías para asegurarlos. Estos son los que hoy interpelan al contrato obligándolo a adecuarse con versatilidad exquisita a los imperativos del mercado global.

Antes que los remeros de Odiseo

---

<sup>43</sup> ROPPO, V. El contrato del dos mil... ob. cit. p.13.

fatigaran el mar color de vino  
las inasibles formas adivino  
de aquel dios cuyo nombre fue Proteo.  
Pastor de los rebaños de los mares  
y poseedor del don de profecía,  
prefería ocultar lo que sabía  
y entretener oráculos dispares.  
Urgido por las gentes asumía  
la forma de un león o de una hoguera  
o de árbol que da sombra a la ribera  
o de agua que en el agua se perdía.  
De Proteo el egipcio no te asombres,  
tú, que eres uno y eres muchos hombres.

Jorge Luis Borges