

RICARDO LUIS LORENZETTI

TRATADO DE LOS CONTRATOS

Tomo I

- | | |
|--|--|
| <input type="checkbox"/> Redes contractuales | <input type="checkbox"/> Distribución |
| <input type="checkbox"/> Contratos de consumo | <input type="checkbox"/> Agencia |
| <input type="checkbox"/> Contratos de adhesión | <input type="checkbox"/> Concesión |
| <input type="checkbox"/> Compraventa | <input type="checkbox"/> Franquicia |
| <input type="checkbox"/> Permuta | <input type="checkbox"/> Hipercentros de consumo |
| <input type="checkbox"/> Aprovisionamiento | <input type="checkbox"/> Círculos de ahorro |



RUBINZAL - CULZONI
EDITORES

CAPÍTULO I

EL TIPO Y LA ATIPICIDAD

SUMARIO: *Introducción.* 1. Noción de tipicidad en materia de contratos. 2. La dinámica de los modelos contractuales. *Primera Parte. El tipo.* 1. El tipo referido a la noción general de contrato. 1. Caracteres del tipo contractual. 2. Tendencias actuales. II. El tipo referido a los contratos especiales. 1. Cuestiones ajenas al tipo especial. A) Problema de la admisibilidad. B) Problemas relativos a la formación de un contrato válido. C) El control estatal de entrada al mercado. 2. Los contratos especiales. A) La finalidad económico-social como elemento para el tipo y la calificación. B) Funciones facilitadora, delimitativa y de programación. C) Las funciones contractuales típicas. *Segunda Parte. Los contratos atípicos.* I. La determinación de las normas aplicables. 1. La calificación del contrato. 2. Jerarquía de normas, interpretación, integración, rectificación: aplicación de normas generales, especiales, imperativas y supletorias. 3. La solución jurídica basada en los problemas típicos. II. Existencia de un solo contrato. 1. Contratos típicos. 2. Atípicos puros. 3. Atípicos mixtos. A) Prestación principal y accesorias pertenecientes a distintos tipos. B) Prestaciones principales pertenecientes a distintos tipos. 4. El negocio jurídico indirecto. 5. Existencia de varios contratos. *Tercera Parte. Uniones de contratos típicos y atípicos.* I. La existencia de uno o varios contratos. II. Uniones de contratos de origen legal. 1. Contratos autónomos recíprocos. 2. Contrato principal y accesorio. 3. El subcontrato. 4. Sucesión de contratos. III. Uniones de contratos de origen convencional. 1. Negocio realizado a través de varios contratos. 2. Finalidad supracontractual.

Introducción

1. Noción de tipicidad en materia de contratos

El problema que trataremos seguidamente surge de un desajuste: para la lingüística, el tipo es un símbolo representativo de la cosa

figurada; para la teoría legal es un modelo que el legislador dispone para el uso de los contratantes; es, en definitiva, un modo de programar las relaciones jurídicas subsidiando aquellos vínculos que se ajustan al mismo, adjudicándole efectos jurídicos. En cambio para los contratantes actuales, no es ninguna de las dos cosas: no representa la realidad económica y ha dejado de ser un subsidio para ser un obstáculo.

En el Derecho Romano se utilizó la categoría de los contratos nominados para fijar de un modo cerrado la posibilidad de crear obligaciones: sólo en los casos permitidos por la ley podían surgir obligaciones de fuente contractual¹. A fin de flexibilizar esta rigidez el Derecho Justiniano incorporó a los innominados². La política legislativa de nombrar y regular legalmente un contrato continuó con los códigos civiles de base romanista y continúa hasta la actualidad, en la que advertimos capítulos destinados a la noción y elementos de los contratos (parte general) y una regulación referida a los contratos en particular (parte especial).

La evolución jurídica permitió percibir que no sólo la ley es fuente de Derecho, sino también la costumbre. De allí que pueda señalarse que hay una tipicidad legal, referida a contratos disciplinados en la ley, y otra social que contempla normas jurídicas que

regulan contratos con fuente en la costumbre³, que justifican la denominada tipicidad social⁴.

Seguidamente trataremos este tema señalando: que la tipicidad se refiere a la parte general y a la parte especial de los contratos, que esta última está particularmente en crisis por la proliferación de nuevos modelos, que las nuevas formas deben ser agrupadas en virtud de la finalidad perseguida, que a partir de ello existe una regulación basada en el contrato más representativo de la finalidad perseguida, que existen contratos atípicos y uniones de contratos.

2. La dinámica de los modelos contractuales

Actualmente han surgido nuevas modalidades de contratación, para cuya designación se utilizan las expresiones contratos "modernos" o "posmodernos". Ambos términos pertenecen a la sociología y a la filosofía, y son sumamente ambiguos y polisémicos, ya que existen cientos de definiciones tanto sobre lo moderno como lo posmoderno⁵. Por la razón apuntada, prescindiremos de esa terminología para referirnos al impacto del fenómeno sobre la técnica jurídica, y en especial, sobre la tipicidad.

³ Hay tipicidad social "cuando corresponde a una categoría de negocios que son realizados habitualmente en el lugar de celebración", adquiriendo relevancia los usos que tienen eficacia jurídica (ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles, comerciales y de consumo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998).

⁴ Anteproyecto de Código Civil, elaborado por la comisión creada por decreto 685/95, presentado el 18-12-98 bajo la firma de los Dres. Héctor Alegría, Atilio Anibal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman. "Art. 914. *Contratos atípicos con tipicidad social*. Se considera que tienen tipicidad social los contratos correspondientes a una categoría de negocios que son realizados habitualmente en el lugar de celebración. En subsidio de la voluntad de partes, están regidos prioritariamente por los usos del lugar de celebración".

⁵ El movimiento de la posmodernidad jurídica es importante en el mundo actual. Hemos tratado el tema de la posmodernidad jurídica en nuestro libro *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995. Conf. JAYME, Erik, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica*, en *Rivista di Diritto Civile*, XLIII, 1997, 6, Cedam, 1997; DOUZINAS, WARRINGTON y MC VEIGH, *Postmodern jurisprudence*, New York, 1993; LIMA MARQUES, Claudia, Prólogo al libro *Fundamentos do Direito Privado*, de Ricardo Luis Lorenzetti, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998. En el Derecho nacional: GHERSI, Carlos A., *La posmodernidad jurídica*, Buenos Aires, 1995.

¹ La idea de que sólo hay obligación cuando hay una causa responde a la necesidad de protección del deudor y al principio *favor libertatis*; alguien está obligado sólo si hay un contrato, un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito que causen la obligación.

² Conf. entre muchos BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho Romano*, Reus, 1979, p. 507. En Roma existía el problema de que si una parte efectuaba una prestación y ella no correspondía a un contrato nominado no tenía acción legal porque no había causa fuente de la obligación. La categoría de los contratos innominados surge para solucionar este problema: si un sujeto cumplía una prestación y ello no correspondía a un contrato nominado, en determinados casos se le concedía, no obstante, una acción para obtener la contraprestación convenida. Existe un consenso aceptable acerca de la existencia de cuatro modalidades: 1) *do ut des*: la causa es la dación ya realizada de una cosa y la que se esperaba consistía en la transferencia de la propiedad de una cosa (permuta); 2) *do ut facias*: la causa es también la transmisión de una cosa y la esperada era otro comportamiento; 3) *facio ut des*: inversa a la anterior; 4) *facio ut facias*: ambas prestaciones tenían un objeto distinto de la transmisión de la propiedad. Los principales contratos innominados fueron la permuta y el contrato estimatorio. En el Derecho argentino, conf. MASNATTA, Héctor, *El contrato atípico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

Los modelos contractuales que surgen de la tipicidad están en un punto crítico, ya que su uso ha disminuido considerablemente en la actividad económica, que se organiza en base a criterios disímiles a los previstos en la ley. De esta manera, el orden y la programación contractual que ideó el legislador decimonónico, tan detallista y rígida, pensada para guiar a los particulares, ha sido sustituida por los nuevos modelos surgidos de la costumbre, la legislación especial y la voluntad de los particulares, que se han constituido en la vanguardia innovativa.

Además, la disolución de las fronteras entre lo civil y lo comercial, así como la aparición del distingo entre contratos paritarios y de consumo, atacan al corazón de la clasificación de los códigos civiles y comerciales proponiendo un orden distinto del existente.

También hay que considerar que la unidad interna de cada tipo ha explotado al ritmo del surgimiento de una enorme cantidad de variaciones dentro de cada contrato: hay una compraventa de inmuebles distinta de la de una empresa, o de patentes, o de jugadores de fútbol.

La función del tipo como incentivo puede ser puesta en duda: la locación de servicios ha sido regulada mínimamente y hoy constituye uno de los principales ámbitos de la actividad contractual.

Han proliferado los vínculos atípicos y la tipicidad social. Surgieron combinaciones de elementos de distintos tipos legales, nuevas formas, contratos que cumplen varias funciones, al punto tal que cabría pensar que la excepción se ha convertido en regla.

Por último, aparece la celebración masiva de vínculos que dan lugar a uniones de contratos en las que los objetivos económicos no se alcanzan mediante un contrato sino de varios, utilizados estratégicamente en función de un negocio o en redes que forman sistemas, presentándose la necesidad de un concepto de "finalidad económica supracontractual".

La crisis de la tipicidad, como modelo, es normal en un período de mutaciones sociales como el que vivimos y se expande a todo el Derecho Privado⁶.

⁶ Por ejemplo, en el Derecho Laboral han surgido los contratos atípicos temporarios que se oponen al modelo de contrato por tiempo indeterminado. La familia fue regulada mediante un estatuto típico, pero encontró también su forma anómala: el

Si el tipo es un indicio del grado de desarrollo económico en un determinado tiempo y lugar, parece evidente que los tipos legales existentes en el Código pertenecen a una época distinta de la que vivimos.

Seguidamente veremos la noción de tipo legal y los cambios que se producen.

Primera Parte – El tipo

I. El tipo referido a la noción general de contrato

1. Caracteres del tipo contractual

El contrato es un instrumento para la realización de actividades económicas, es "una relación entre partes en el proceso de programación de intercambios en el futuro"⁷. Para que ello sea posible, el Derecho debe subsidiarlo concediendo acciones para que esas promesas sean ejecutables.

Una de las posibilidades es conferir acción sólo a aquellas relaciones jurídicas que reúnen los elementos de un "tipo legal" previamente definido. Así, en nuestro Derecho, la "obligación" tiene su causa en el contrato, el cuasicontrato, en el delito, el cuasidelito, la voluntad unilateral y la ley. El contrato, como tal, es entonces un "tipo legal" cuyos elementos deben darse en una relación jurídica para que surja una obligación.

Durante un largo período de la historia del Derecho se legisló sobre tipos de contratos, de modo que sólo los que estaban nombrados o regulados tenían acción⁸. En tiempos más recientes se admitió la posibilidad de que fuera la autonomía privada la fuente de las obligaciones, sin necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos en la ley, surgiendo

concubinato, la familia ensamblada y se discute la legitimidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Los derechos reales atípicos también existen: el cementerio privado, el tiempo compartido, el club de campo, ponen en crisis tanto la tipicidad como el *numerus clausus*.

⁷ McNEIL, *The new social contract*, 1980, cit. por CALAMARI y PERILLO, *Contracts*, West Pub., 3d.ed., Minn., 1987, p. 2.

⁸ En el Derecho Romano los contratos nominados significaron la posibilidad de conceder una acción que no se admitía para los innominados. Por ejemplo, en el Digesto se refiere a los contratos nominados *do ut des* (doy para que des), de modo que sólo si el vínculo se subsumía dentro de esta categoría había acción.

así el fenómeno de la atipicidad⁹. A posteriori, admitiéndose la costumbre como fuente de Derecho, se llegó a la conclusión de que la reiteración de conductas pueden crear un tipo de contrato que no es establecido por la ley sino por la costumbre, dando origen a la tipicidad social.

Así configurada, la tipicidad, legal o social, como la atipicidad, son conceptos que en materia contractual tienen un doble campo de aplicación:

- Uno de primer orden, que está dado por el concepto mismo de contrato. Toda relación jurídica que no reúna los requisitos que la ley establece para el contrato, no causa obligaciones, salvo que sea otra fuente jurídica.
- Otro, de segundo orden, está referido a la descripción de las diversas clases de contratos que se pueden celebrar.

La cuestión del tipo es más conocida en relación a la parte especial que contempla las diferentes clases de contratos típicos o atípicos. En este campo pueden destacarse dos aspectos: la estructura y la función del tipo¹⁰. La primera está dada por la regulación propia de cada tipo contractual, como una suerte de concreción en el caso de lo dispuesto en la parte general. La función describe la finalidad práctico-jurídico-económica que se le requiere al contrato, es decir, la denominada causa objetiva o económico-social.

2. Tendencias actuales

La noción del tipo legal contractual no es inmutable, ya que el mismo tuvo muchas variaciones a lo largo de la historia. Actualmente hay dos tendencias en los Derechos occidentales.

En la cultura jurídica de influencia italo-franco-germana hay una fuerte gravitación de la noción de tipo contractual. En los códigos civiles que nacieron inspirándose en el Código Napoleónico fue común que se pensara en establecer apriorísticamente los distintos aspectos de un contrato, de modo tal que las partes sólo tuvieran que optar

⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Tecnos, 1970, t. I, p. 248.

¹⁰ Conf. GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 710.

entre distintas tipologías a la hora de celebrar un vínculo. Se pretendía así una sociedad más ordenada racionalmente.

En la cultura anglosajona no se piensa que los tipos de contratos sea un asunto que pueda determinar el legislador, sino que surge de la multiplicidad de decisiones emanadas de la autonomía privada. La acción se otorga siempre que exista una causa para obligarse y no un contrato típico. Se admite la intervención legislativa, pero ésta no establece un orden apriorístico, sino que se limita a receptar algunas formas contractuales a fin de darles protección jurídica y establecer los límites; su actuación es ulterior y basada en el dato empírico: no es racional-apriorística¹¹.

Actualmente la realidad ha impuesto acercamientos a ambas posiciones. La doctrina del tipo ha tenido que admitir una gran cantidad de combinaciones de los contratos creados por el legislador, y también, la noción de tipicidad social que se remite a la costumbre como fuente de Derecho. La postura que rechaza toda noción apriorística ha tenido que enfrentar una profunda legislación nacional e internacional, que tiende a homogeneizar las contrataciones mediante regulaciones típicas. La globalización económica plantea la necesidad de armonizar legislaciones y ello sólo puede hacerse tomando en cuenta elementos esenciales, mínimos, dejando libertad a los individuos para que las recepten y las adecuen a sus intereses.

En esta tendencia se busca un "tipo mínimo", menos exhaustivo y detallista, pero más efectivo para enfrentar los cambios. La intensa evolución y creatividad de los particulares ha puesto en crisis los modelos extensos, abarcativos, propios de los códigos civiles del siglo pasado, para establecer nociones generales en determinados grupos de contratos, pero dejando un amplio campo a la autonomía privada.

II. El tipo referido a los contratos especiales

1. Cuestiones ajenas al tipo especial

Antes de examinar el tipo contractual especial debemos precisar

¹¹ Para una crítica de esta noción, conf. NICOLAU, Noemi, *La autonomía de la voluntad como factor de resistencia a la tipicidad en el sistema de Derecho Privado argentino*, en F. D. del '29-6-95.

gún Gete Alonso y Calera, se trata de la función contractual que describe la finalidad que se refiere al contrato y que integra el tipo¹⁵. Para Mosset Iturraspe es un modo de clasificar los contratos de acuerdo a criterios económicos¹⁶. Más allá de estas discrepancias, hay coincidencia en que la finalidad económico-social es el elemento que se utiliza para definir los distintos tipos especiales de contratos.

La mencionada finalidad es objetiva y se distingue claramente de los motivos, que para algunos autores se subsumen en el concepto de causa-fín. La causa objetiva toma en cuenta el proceso económico y no la voluntad específica de cada contratante en particular.

B) Funciones facilitadora, delimitativa y de programación

El tipo legal así descripto cumple varias funciones:

Función facilitadora: el establecimiento de normas relativas a la compraventa, si son generales, puede facilitar la obra de los particulares, de modo que no necesitan inventar el contrato cada vez que quieren realizar la operación jurídica. El tipo se presenta entonces como una experiencia social consolidada en reglas de carácter supletorio.

En el plano económico, ello significa una disminución de los costos de transacción, por lo cual se trata de normas eficientes, siempre que sean lo suficientemente generales. La generalidad de las normas garantiza que los repartos económicos queden en manos de los particulares. En cambio, si se establecen disposiciones demasiado específicas, estas decisiones tienen efectos distributivos que restringen la autonomía¹⁷.

Función delimitativa: el tipo legal especial consagra un deber

¹⁵ Ob. cit., p. 710.

¹⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, ed. act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 92.

¹⁷ La bibliografía sobre este tema es abundante y coincidente: conf. FULLER y EISEMBERG, *Basic contract law*, West, 4^o ed., 1981; POSNER y KRONMAN, *The economics of contract law*, Boston, 1979; KENNEDY, Duncan, *Form and substance in private law adjudication*, Harvard Law Rev., 1976, p. 1713. Un marco institucional estable para la contratación no sólo disminuye costos, sino que facilita el desempeño económico al hacerlo previsible, como lo puso de manifiesto la escuela económica neoinstitucional (conf. por todos NORTH, Douglas, *Insituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, 1995).

ser, y como tal, muestra lo deseable en el desarrollo de una finalidad económico-social específica.

El apartamiento injustificado, sin base, del sentido común, del derecho supletorio, provoca una "desnaturalización" que, aplicada en sectores específicos, tiene efectos delimitativos. Así sucede en el Derecho del consumo, en el que dada la debilidad que el legislador presume en el consumidor, se establece el carácter abusivo de cláusulas que "desnaturalizan" las obligaciones (art. 37, ley 24.240).

De tal modo, el tipo especial cumple una función de control junto al orden público¹⁸.

Función de programación: según esta función, el tipo establece apriorísticamente las clases de finalidades que el Derecho considera susceptibles de protección, definiendo figuras contractuales y las cláusulas que caracterizan a las mismas. Esta clase de función es la que se encuentra cuestionada y que, según nuestra opinión, no debe cumplir el tipo¹⁹.

C) Las funciones contractuales típicas

De este modo se definen tipologías genéricas asociadas a la finalidad, y dentro de ellas un contrato tipo "principal" que tiene la posibilidad de ser el "líder", y por ello, aplicar sus normas en forma subsidiaria a otros contratos que persiguen el mismo objetivo. Por ejemplo, se sostiene que hay una finalidad de cambio, en la que la compraventa es el contrato modelo cuyas normas se aplican en subsidio a otros vínculos que persiguen el mismo propósito. De esta manera la causa apreciada en sentido objetivo cumple un rol tipificador²⁰.

Seguidamente expondremos las principales funciones económico-sociales identificadas por la doctrina y que servirán de orden a este

¹⁸ Más adelante desarrollaremos algunos aspectos de la noción de orden público de dirección, protección y coordinación, y en cada contrato mostraremos algunos aspectos prácticos de este enfoque.

¹⁹ Luego veremos algunas cuestiones vinculadas a este aspecto. Es claro que una regulación detallada de un contrato, en el contexto de una economía cambiante, provoca más dificultades que beneficios, como lo hemos visto anteriormente.

²⁰ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 205; BUERES, Alberto, *El objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, p. 111.

que muchas cuestiones que son aparentemente novedosas en la práctica no precisan de la noción de “tipo legal especial”, pudiendo ser solucionadas con algunas normas de carácter general. La aclaración es necesaria porque hay un cierto abuso en llamar “nuevos contratos” a todo lo que se presenta sin ninguna diferenciación, para luego reclamar regulaciones típicas especiales.

Entre ellas podemos indicar:

A) *Problema de la admisibilidad*

Una relación contractual puede merecer protección o ser simplemente permitida o prohibida por la norma. Para estos problemas no es necesaria la existencia de un tipo especial porque pueden aplicarse las normas generales sobre sujetos, objeto y causa, y el orden público en sus diversos aspectos¹².

B) *Problemas relativos a la formación de un contrato válido*

Algunas nuevas prácticas no se refieren a la tipicidad, puesto que no llegan a ser “nuevos contratos”, sino a aspectos relativos a la formación de un vínculo válido¹³. Tampoco aquí es imprescindible la noción del tipo-especial siendo suficiente con nociones generales aplicables al Derecho patrimonial. En este caso, el concepto de público es mucho más relevante que la noción de “tipo”.

C) *El control estatal de entrada al mercado*

En otros casos, la tipicidad del contrato surge como un modo de solucionar otras cuestiones. Es claro que cuando se autoriza a determinadas personas a realizar un contrato el legislador persigue una

¹² Muchos de los principales conflictos que plantea la franquicia, por ejemplo, no precisan de una regulación especial. La existencia de dominación puede ser juzgada por el derecho de la competencia; la responsabilidad del franquiciante, por la responsabilidad por daños; los conflictos del trabajo por el Derecho Laboral; la rescisión por la regulación general del contrato.

¹³ El cajero automático, la venta a domicilio, el marketing directo son problemas que se vinculan con el consentimiento contractual. El alquiler de úteros, por ejemplo, se relaciona con el objeto y los derechos personalísimos.

función de protección, vinculada al orden público. Este tipo de normas se refieren, en realidad, a una regulación de la entrada al mercado, permitiendo participar sólo a quienes reúnan determinadas condiciones de solvencia o idoneidad; así sucede en la actividad financiera, el seguro, la medicina prepaga, y otras semejantes.

2. *Los contratos especiales*

A) *La finalidad económico-social como elemento para el tipo y la calificación*

Betti ha indicado que los contratos tienen una función socialmente trascendente, en forma independiente de lo que los individuos quieran¹⁴. En razón de ello, desarrolló lo que autores posteriores denominaron noción de causa objetiva, o finalidad económico-social del negocio. Ella sería la razón económico-jurídica o práctico-social.

Los negocios tienen una finalidad individual que persiguen las partes, y para cuya apreciación hay que investigar caso por caso e internarse en la particularidad de cada vínculo. Las mencionadas finalidades pueden categorizarse por grupos, puesto que los individuos no pueden ser tan originales, de modo de ser absolutamente distintos los unos de los otros, en cuanto a sus intereses económicos. De manera que unos fines individuales coinciden con otros, pudiendo ser agrupados. Por ello, apreciados externamente, pueden ordenarse los contratos según categorías de finalidades que se persiguen dentro de una sociedad determinada y en un tiempo dado. No se trata de establecer un concepto previo de origen estatal al que los contratantes deben ajustarse, como lo pretendió la concepción originaria de la doctrina de la causa objetiva, sino de observar la conducta de los particulares y extraer de ello reglas generalizables sobre los propósitos que persiguen y las técnicas que utilizan para obtenerlos.

Los autores han discrepado sobre la designación conceptual de esta técnica. Según la concepción de Betti, es una finalidad económico-social que puede tener carácter de causa categorial, tipificante. Se-

¹⁴ BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de M. Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 144.

libro. Muchos contratos pueden cumplir varias funciones o algunas funciones afectar aspectos parciales de algunos contratos, dando lugar a un fenómeno de anomalía que veremos en el desarrollo del libro.

Las funciones son las siguientes:

Función de cambio de la titularidad: la finalidad que persiguen estos contratos es la modificación en la propiedad de una cosa o de un derecho a cambio de un precio. El contrato "príncipe" es la compraventa, aunque en nuestro régimen jurídico hay una separación entre la transmisión de cosas y de derechos. En el primer caso se incluye la compraventa, permuta, suministro, *catering* y muchos otros. En el segundo, la cesión de créditos, cesión de deudas, cesión de contrato, cesión de derechos hereditarios.

El tipo genérico sufre modificaciones importantes en función:

- Del vendedor, dando origen a la compraventa comercial.
- Del comprador débil, a través de la compraventa de consumo.
- Según el bien (de inmuebles destinados a vivienda, lotes por mensualidades).

Función de transferencia en el uso: en ellos no se altera la titularidad sobre una cosa, sino sólo su uso. El contrato tipo es la locación de cosas en la que se cede el uso y goce sobre una cosa a cambio de un precio. Se incluyen en esta categoría el arrendamiento rural, el *leasing*, aspectos contractuales del club de campo, del tiempo compartido y de los cementerios privados.

Función financiera: la finalidad en este caso es el aprovechamiento económico del dinero, siendo el contrato tipo el mutuo. La finalidad especulativa se logra contratando sobre el dinero²¹ u otros bienes en función dineraria, como ocurre en el caso de las cotizaciones de materias primas (*commodities*), o de hipotecas (*securitización*) (ley 24.441), o los contratos de bolsa. Se pueden incluir en esta categoría a numerosos contratos como el *leasing*, *factoring*, bancarios, *underwriting*, bolsa, financiación de proyectos.

Función de garantía: mediante estas relaciones jurídicas se pretende brindar una seguridad respecto del cumplimiento de otro contrato. El modelo es la fianza, comprende la promesa del hecho ajeno, *factoring* con finalidad de garantía, fideicomiso en garantía.

²¹ Préstamos de dinero con interés a través del mutuo.

Función de custodia: en esos hay una cosa ajena que se entrega para su guarda y conservación. El modelo es el depósito. Se incluyen el contrato de depósito regular voluntario, necesario, gratuito en el ámbito civil y oneroso en el comercial, el garaje y la caja de seguridad.

Función de colaboración gestoria: se trata del encargo de actos jurídicos y materiales. En el primer caso el modelo es el mandato y se incluyen corretaje, comisión, agencia, concesión, franquicia. En el encargo de actos materiales los contratos base son la locación de obra y de servicios. Abarca el contrato de edición, de representación teatral, sobre derechos intelectuales, informáticos, transporte, contratos profesionales, consultoría, contrato de publicidad, *management*, peaje, turismo.

Función de colaboración asociativa: dos o más partes contratan para obtener una finalidad común. El modelo es la sociedad y se incluyen los contratos parciarios, asociativos, agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas. También la colaboración asociativa entre personas físicas como los equipos profesionales. También ingresan en esta categoría los contratos parasocietarios.

Función de colaboración asociativa en redes: esta modalidad se da a través de uniones de contratos que conviven en un sistema conexo. Funcionan como redes comerciales el contrato de agencia, de distribución, la franquicia, la concesión y los hipercentros de consumo.

Función de previsión: estos contratos están destinados a la prevención de riesgos: la renta vitalicia en el Derecho Civil y el Derecho de Seguros en el Comercial. El primero es el más antiguo, pero el segundo es el que ha tomado el rol de contrato modelo. Se le asimilan contratos como el de previsión en el régimen de aseguradoras de riesgos del trabajo, de jubilación y en algunos casos la medicina prepaga.

Función de recreación: contratos que tienen una finalidad de entretenimiento: juegos de azar, destreza física, rifa.

Función extintiva: su finalidad es extinguir conflictos de derecho. El modelo es la transacción y comprende contratos declarativos de derechos dudosos, los de sometimiento a la mediación y el arbitraje.

Función de gratuidad: en nuestro Derecho son admitidos la donación y la renta vitalicia.



Lo cierto es que hoy, la definición del artículo 957 acertadamente concluye con la necesidad de alcanzar una noción mediante el recurso de acudir a una pluralidad de disposiciones. Ahora se afirma que el contrato es un acto jurídico celebrado entre dos o más partes (y no personas), se alude a la necesidad de que medie consentimiento y se describe lo que en el artículo 1137 se enunciaba como "reglar sus derechos", estableciéndose la función del contrato: crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Como se advierte, se alcanza una noción en una única disposición.

Las partes contractuales deben hallarse ostentando intereses opuestos⁴.

La definición legal requiere que las partes alcancen un consentimiento y éste deberá serlo en punto a crear, regular, modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Lo expresado evoca la definición del acto jurídico bilateral en cuanto requiere el consentimiento unánime de dos o más partes.

En efecto, el nacimiento a la vida jurídica del contrato requiere el consentimiento, y éste, a su vez, resulta de la "armoniosa integración de la oferta con la aceptación", no bastando con que ambas declaraciones de voluntad se intercambien y lleguen al mutuo conocimiento de quienes las emitieron, siendo menester, además, que se combinen "en el sentido de integrarse recíprocamente", de modo tal que se produzca "una coincidencia de las voliciones de ambas partes con relación al objeto y a la causa del contrato"⁵.

Lo que se quiere significar es que no se puede ver un contrato allí donde la voluntad destinada a reglar los derechos de las partes no alcanza a concretarse por existir discrepancias, aunque la divergencia no represente entidad suficiente o se refiera a circunstancias secundarias o parciales.

p. 436, quien aclara que parte contractual es un centro de intereses, de ordinario compuesto por una sola persona, pero en torno del cual pueden reunirse varias personas que persigan el mismo interés (por ej., varios adquirentes o varios enajenantes de la misma cosa).

⁴ CSJN, 31-7-73, E. D. 49-492. Al señalar que "el contrato como figura jurídica no puede concebirse, en estricto derecho cuando, como en el caso, no existen dos sujetos en el negocio jurídico, en sus roles de acreedor y deudor. Si los intereses de los que concurren al acto no son opuestos sino concurrentes o paralelos, no existe contrato". En el mismo sentido: CNCiv., sala D, 17-10-79, E. D. 85-702.

⁵ SCJBA, 9-11-71, E. D. 40-577.

Ocurre que el contrato presupone una zona de coincidencia que es precisamente donde tiene su más profunda base, pues si tanto las voluntades como las declaraciones no coinciden en un punto o zona, habrá disenso, pero no contrato⁶.

A lo expuesto debe añadirse que el consentimiento, como antes la "declaración de voluntad común", requiere ser declarado. Es que la voluntad no manifestada carece de relevancia jurídica, a punto tal que sólo puede ser apreciada por su declaración⁷.

Otro elemento tipificante de la definición está relacionado con la patrimonialidad de su objeto. Ocurre que al aludir el artículo 1003 del Código al objeto contractual y enunciarlo, añade que debe ser susceptible de valoración económica, lo que presupone una apreciación pecuniaria o, lo que es lo mismo, debe tener valor patrimonial⁸.

Limitado el contrato a las relaciones jurídicas que surjan entre las partes en el marco de los derechos con contenido patrimonial, quedan excluidas de su ámbito las relaciones jurídicas entre partes donde, como el matrimonio, si bien hay acuerdo sobre una declaración de voluntad común, lo es en punto al sometimiento a un esquema normativo (configuración interna), en cuya creación las partes no participan; los intereses de quienes concurren al acto no son opuestos, sino concurrentes, y se desenvuelven fuera del ámbito patrimonial.

Siendo el contrato un acto jurídico bilateral y patrimonial, ya quedó expresado que requiere de partes que, con intereses opuestos, acuerden

⁶ CNFed.CC, sala I, 24-5-85, E. D. 117-661.

⁷ En el sentido expuesto se tiene expresado que es imposible fundar en la voluntad no manifestada una acción de cumplimiento o nulidad del contrato. Y que si bien la voluntad es el alma del contrato, esa voluntad sólo puede ser apreciada a través del prisma de su declaración. La simple intención no manifestada carece de virtualidad jurídica, porque para anudar la compleja y sutil trama de sus relaciones jurídicas, los hombres necesitan una base segura, cierta, concreta, que no puede ser otra que su declaración (CNECC, sala IV, 19-4-83, E. D. 104-566).

⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., *Teoría de los contratos. Parte general*, Zavallia, Buenos Aires, 1971, p. 138; MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 234. Y así lo sostiene la Corte nacional: "Por contrato se entiende el acto jurídico, bilateral y patrimonial, en el cual están en presencia dos partes, que formulan una declaración de voluntad común en directa atinencia a relaciones patrimoniales y que se traduce en crear, conservar, modificar, transmitir o extinguir obligaciones" (CSJN, 31-7-73, E. D. 49-492).

mediante una declaración de voluntad crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (ver arts. 17 y 234, ps. 81 y 766 respectivamente, t. I, y 725, p. 12 en este tomo).

Lo expuesto significa que el contrato es un instrumento apto no tan sólo para la constitución de relaciones obligacionales —o sea, creación de relaciones creditorias—, sino además para transformarlas —por ejemplo: la novación (arts. 933 y ss.)—, para transferirlas —por ejemplo: la cesión de derechos (art. 1614)— o para aniquilarlas (extinguirlas) como, por ejemplo, el pago por entrega de bienes (arts. 942 y ss.), o la compensación (arts. 921 y ss.), o el distracto.

Complementariamente, el contrato no es apto por sí solo para constituir derechos reales en forma inmediata. Sirve como “título”, pero el perfeccionamiento del derecho real sobre inmuebles exige, además, la satisfacción del “modo”, que está dado por la tradición (arts. 750 y 1392)⁹.

Finalmente, cabe señalar que si bien el contrato es el resultante de una manifestación del consentimiento, esa manifestación de voluntad está dirigida a lograr fines (propósitos) prácticos o empíricos (más concretamente a satisfacer intereses o necesidades de las partes) tutelados por el ordenamiento jurídico¹⁰.

IV) Significado de la reforma

La reforma constituye un logrado intento de mejorar la definición contenida en el artículo 1137 del código derogado. En efecto, desde un punto de vista, concluye el debate abierto en tiempos lejanos sobre la interpretación restrictiva que debía suministrarse a la definición. En ese sentido, inicialmente Lafaille¹¹ y luego Acuña Anzorena¹² sostenían que la expresión contrato se circunscribía sólo a la creación de derechos creditorios, por lo que correspondía el empleo de la palabra “conven-

⁹ MOSSET ITURRASPE, *Contratos* cit., p. 38; LLAMBÍAS, J. J. y ALTERINI, A. A., *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, t. III-A, p. 15.

¹⁰ CCCom. de Azul, 4-8-98, “Rubilar, Z. c/Molina, E.”, D. J. B. A. 155-8210.

¹¹ LAFAILLE, H., *Derecho Civil. Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1953, vol. 1, p. 3.

¹² ACUÑA ANZORENA, A., en SALVAT, R. M., *Tratado de Derecho Civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Tea, Buenos Aires, 1950, N° 13-b, p. 30.

ción” para referir a la creación, extinción y modificación de los vínculos. La reforma opta decidida y correctamente por la tesis amplia al enunciar las cinco funciones del acto jurídico: crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas.

Art. 958 Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

D) Resumen

En el Código, sin mencionarla, se describe el principio de la autonomía de la voluntad, declarando, como premisa, la libertad de las partes para celebrar un contrato y determinar su contenido. La disposición incluye límites que se pueden denominar *límites inherentes a la autonomía de la voluntad* y que se hallan constituidos, entre otros, por: (a) la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958); (b) la facultad acordada a los jueces de modificar el contrato cuando sea a pedido de partes *cuando lo autoriza la ley*, o de oficio cuando *se afecta, de modo manifiesto, el orden público* (art. 960).

II) Concordancias

Principio de buena fe (art. 9°); abuso del derecho (art. 10); abuso de posición dominante (art. 11); orden público (art. 12); facultades de los jueces (art. 960); carácter de las normas legales (art. 962) y prelación normativa (art. 963).

III) Interpretación de la norma

Dice Lorenzetti que el contrato es expresión de la libertad para autoobligarse, de allí que el primer principio que fundamenta todo el sistema es el de la libertad¹³ y añade:

— La libertad significa que ambas partes pueden elegir entre con-

¹³ *Tratado de los contratos. Parte general* cit., p. 135.

tratar o no hacerlo y una vez que lo deciden pueden disponer el contenido de la obligación según sus intereses. Esta decisión de autoobligarse requiere una declaración de voluntad, y por esta razón también se estudia este tema como "principio de la autonomía de la voluntad".

- Las partes declaran su voluntad de autoobligarse en forma bilateral, porque de lo contrario no se estaría en el campo de un contrato, sino de la declaración unilateral de voluntad o de un testamento.
- Una vez que existe una declaración de voluntad bilateral, ésta es obligatoria, ya que así como hay libertad para obligarse, hay un deber de respetar la palabra empeñada (autorresponsabilidad).

El principio de la autonomía de la voluntad ha sido útil a fin de explicar, comprender y justificar la fuerza obligatoria del contrato. Dicha tesis afirma que el hombre, al ser libre por esencia, no puede obligarse sino por su propia voluntad. De ello se deduce que es la voluntad lo que determina al sujeto a contratar, la elección de con quién lo hace y, esencialmente, el contenido del contrato.

Las obligaciones que las partes asumen lo son tal como han sido voluntariamente queridas. La libre voluntad del sujeto establece la medida o extensión de las obligaciones que él asume.

Y como se supone que la voluntad del sujeto no está dirigida a afectar sus propios intereses, se afirma que las obligaciones, voluntarias y libremente consentidas, son justas¹⁴.

Este principio, tal como ha sido enunciado, fue desenvuelto con mayor énfasis en el siglo XIX por los filósofos del liberalismo y por los comentaristas del Código Civil francés.

Tal como quedó expresado, afirmaban que la obligación contractual tiene por única fuente la voluntad de las partes, de suerte tal que la fuerza obligatoria del contrato no era el resultado de la autoridad del legislador. El Estado limitaba su acción en facilitar al acreedor la ejecución por el deudor del compromiso que libremente había consentido.

¹⁴ GHESTIN, ob. cit., N° 31, p. 18; CARBONNIER, ob. cit., t. II, vol. II, parág. 92, p. 127.

La voluntad, entonces, se elevaba a categoría esencial en la creación de Derecho¹⁵.

El Código incorpora el principio de la autonomía de la voluntad que constituía sólo un reconocimiento de la doctrina y de la jurisprudencia.

La autonomía de la voluntad en el campo contractual era (y es), ante todo, libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, libertad para la elección del otro contratante y la posibilidad de dotar de contenido al contrato. Significa, además, la libertad de elección del tipo contractual y la libertad de construir otros distintos.

El principio de la autonomía de la voluntad es útil para explicar el porqué de la fuerza obligatoria del contrato.

En su origen "las convenciones legalmente formadas" equivalían a la ley y no podían ser revocadas más que por el mutuo consentimiento o por las causas establecidas en la ley (por todos, art. 1134, Código Civil de Francia de 1804).

El individualismo no admitía racionalmente la posibilidad de que el juez revisara el contrato, con fundamento de que éste era el resultado de un acuerdo entre iguales y libres y, por ende, "no otra cosa que justo".

De modo que lo acordado sólo era factible de ser modificado por las mismas partes, celebrando otro contrato. Se consideraba inadmisibles que el contrato fuera revocado mediante una declaración unilateral.

El individualismo consagraba la preeminencia del valor "seguridad" por sobre el de la "justicia contractual". Y la seguridad estaba dada por el principio de la inmutabilidad o intangibilidad de la palabra empeñada.

Tampoco conceptualmente se aceptaba que el contrato se tornara injusto, pues no era imaginable que quien por esencia es libre auto-limitara su libertad al contratar, para consagrar una consecuencia injusta contra sí mismo.

Esta visión del contrato no ha resistido la marcha del tiempo y se ha manifestado legislativamente en el curso de los últimos 70

¹⁵ WEILL y TERRÉ, ob. cit., ps. 51 y ss.

años como desubicada con relación a la realidad contractual ya que muy a menudo, en el momento de la conclusión del contrato, uno de los contratantes se encuentra en situación de inferioridad y, por tanto, de desigualdad con relación a su cocontratante. Ese desequilibrio de fuerzas se manifiesta concretamente en la elaboración unilateral del contrato por la parte que dispone del poder de negociación. Sin embargo, en esta última categoría de contratos, los formados por adhesión a cláusulas predispuestas, el nuevo Código decididamente afirma, en caso de colisión, la prevalencia de la autonomía de la voluntad por sobre la "regla contractual predispuesta" (art. 986).

Así concebida, la ley contractual es a veces el reflejo de esa desigualdad y la fuente de una injusticia que se traduce por abusos y excesos. Como quiera que sea, dotar de contenido al contrato sigue siendo, como principio general, en los contratos negociados individualmente, una cuestión atinente a la voluntad de las partes. La excepción se halla constituida por el carácter indisponible de las normas legales cuando ello resulte de su contenido o de su contexto. Así lo establece el nuevo Código (art. 962).

Hoy, vale afirmar que el rol de la autonomía de la voluntad no debe ser entendido como una supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales, sino como un principio relativo y subordinado a los límites que les son inherentes. En el Código los límites inherentes a la autonomía de la voluntad se hallan constituidos, entre otros, por: (a) la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958); (b) la facultad acordada a los jueces de modificar el contrato cuando sea a pedido de partes *cuando lo autoriza la ley*, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público (art. 960).

A los fines de una prelación normativa, aplicable en caso de eventual conflicto de normas entre disposiciones contenidas en leyes especiales y el Código, este último hace prevalecer: (a) las normas imperativas de la ley especial y del Código; (b) las normas particulares del contrato; (c) las normas supletorias de la ley especial, y (d) las normas supletorias del Código (art. 963).

En orden a la integración del contrato, el Código hace predominar las normas imperativas por sobre las cláusulas incompatibles con ellas, lo que no deja de ser una aplicación del principio de prelación normativa.

Finalmente, en punto a las formas del contrato, se adopta el principio de libertad, salvo que la ley imponga una forma determinada (art. 1015).

IV) Significado de la reforma

La consagración legislativa del principio de autonomía de la voluntad significa el reconocimiento de la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, libertad para la elección del otro contratante y la posibilidad de dotar de contenido al contrato. Significa, además, la libertad de elección del tipo contractual y la libertad de construir otros distintos. Todo lo expresado, dentro de los límites legales (arts. 9º, 10, 12, 958 y 960).

Por lo demás, el principio de la autonomía de la voluntad es útil para explicar el porqué de la fuerza obligatoria del contrato (art. 959).

Art. 959 Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

Art. 960 Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

I) Resumen

El Código, bajo la denominación de efecto vinculante, consagra el principio de la *fuerza obligatoria del contrato*, pero apartándose de la literalidad del texto del artículo 1197 del código derogado. Para alcanzar un concepto de lo que significa "efecto vinculante" o "fuerza obligatoria del contrato" vale recordar que esta disposición tomó como fuente lo dispuesto por el artículo 1134 del Código Civil vigente en Francia. Más allá de que se atribuye a Domat la fórmula empleada en el Código Civil francés¹⁶, es Marcadé quien la desenvuelve enér-

¹⁶ DOMAT, ob. cit., N° 7, p. 17.

gicamente¹⁷, aun cuando, si bien aclara que las convenciones no son leyes "propriadamente dichas", como mínimo les asigna categoría de reglas a las cuales las partes deben sometimiento "como a la ley misma".

II) Concordancias

Ejercicio de los derechos (arts. 9º a 12); contratos en general, definición (art. 957); libertad de contratación (art. 958); facultades de los jueces (art. 960); buena fe (art. 961).

III) Interpretación de las normas

III.1) *Las funciones del orden público en la teoría contractual*

La doctrina ha avanzado en la calificación de distintas modalidades del orden público y sus funciones en la teoría contractual¹⁸, y el Código ha receptado concepciones innovadoras en esta materia. En virtud de ello cabe distinguir entre:

III.1.A) *El orden público como garantía procedimental al consentimiento pleno*

El Código prevé una serie de dispositivos destinados a garantizar que efectivamente se exprese la autonomía privada, como una garantía para que exista un consentimiento pleno. Se interviene para organizar un procedimiento para tutela al emisor de la declaración de voluntad (el error, dolo, violencia, lesión) y al receptor (el principio de confianza, o reconocibilidad del error).

Se trata de un problema que atañe a las partes y al buen entendimiento entre ellas, se vincula con los sujetos.

¹⁷ MARCADÉ, V., *Éléments du Droit Civil Français*, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, Paris, 1847. Este autor, si bien explica que el primer apartado del art. 1134 del Cód. Civ. francés no quiere significar que las convenciones legalmente formadas sean "leyes propriadamente dichas", aclara que esas convenciones "forman una regla a la cual las partes deben someterse como a la ley misma". Si se compara lo expresado precedentemente con el texto del art. 1197 del código derogado, se habrá hallado su fuente auténtica.

¹⁸ Para mayor ampliación conf. LORENZETTI, *Contratos. Parte general* cit.

III.1.B) *El orden público de protección de la parte débil*

El problema aquí es que las partes pueden haber emitido correctamente su declaración y expresado el consentimiento, pero hay una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión, negociación, sino mera adhesión. Estas circunstancias que antes no interesaban al Derecho, sino a la Sociología, han sido juridizadas mediante normas de orden público.

El Código contiene numerosas disposiciones que tienen este sentido, en las reglas sobre contratos celebrados por adhesión y en las referidas a las relaciones de consumos. No es una intervención que distorsiona la autonomía, sino que la mejora permitiendo que los contratantes se expresen en un pie de igualdad. Por ello es una garantía procesal y objetiva en la igualdad de oportunidades para expresar el consentimiento.

III.1.C) *El orden público de coordinación. Función ambiental*

El orden público de coordinación pretende articular el ejercicio de los derechos individuales con el conjunto social y económico. Se trata de normas imperativas que controlan la licitud de lo pactado por las partes, principalmente, su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico.

Este *minimum* inderogable se distingue del orden público de protección y de la garantía subjetiva al pleno consentimiento, en que no se refiere al proceso de formación del consentimiento, sino a su resultado.

En este campo siempre existieron normas que coordinaron la actuación de los contratantes con el orden económico, principalmente con el mercado.

El Código contiene innovaciones importantes porque incorpora la coordinación con ciertos valores sociales y ambientales.

Existen numerosas disposiciones de este tipo cuando regula el objeto y la causa de los actos jurídicos, cuando se refiere a la dignidad en los vínculos, cuando establece principios de sociabilidad como la buena fe o el abuso del derecho en el título introductorio.

Es destacable la incorporación del abuso de derecho respecto de los derechos de incidencia colectiva (art. 14), que permite hablar de una función ambiental del contrato.

III.1.D) *El orden público de dirección*

En muchas constituciones y numerosas leyes especiales, se ha constituido un “orden público económico” obligatorio. Cuestiones atinentes al comercio exterior, derecho de la competencia, cambiario, impositivo, son imposiciones que se hacen a los contratantes y que recortan sus posibilidades de actuación.

Todo ello da una idea de cierta dirección, cierto modo de organizar económicamente una sociedad, que aparece nítidamente expresada en la Carta Constitucional, en las leyes inferiores.

En este caso lo relevante es la justicia distributiva; son los objetivos económicos que tiene el Estado y que se imponen a la población, y se mira al contrato en función de las externalidades económicas.

III.2. *Efecto vinculante*

Los autores franceses de fines del siglo XIX desarrollan las ideas precedentemente enunciadas. Así, COLIN y CAPITANT, quienes expresan:

- a) Las partes de un contrato están obligadas a respetarlo, a observarlo, como están obligadas a observar la ley.
- b) El acuerdo que se ha formado entre ellas las obliga como la ley obliga a los individuos.
- c) El respeto a esta ley, creada por la voluntad de los interesados, se impone a los jueces encargados de interpretarla.
- d) Los jueces no pueden modificar la convención, como no podrían cambiar el texto de la ley, cuyo cumplimiento tienen por misión asegurar. Cuando el juez se halla colocado frente a los términos de una convención, no puede modificarla con el pretexto de que las condiciones impuestas a una de las partes son contrarias a la equidad, draconianas o leoninas. Los jueces –agregan– no tienen el derecho de atenuar el rigor de las obligaciones impuestas a las partes¹⁹.

Las dos disposiciones que consagran la fuerza obligatoria del contrato y sus limitaciones requieren de un tratamiento conjunto.

¹⁹ COLIN y CAPITANT, ob. cit., t. III, *Teoría general de las obligaciones*, N° 470, p. 690.

La fuente conceptual –no la literal–, de la primera de estas disposiciones, se halla constituida por el artículo 1197 del código derogado en tanto afirmaba que “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

Es que el individualismo no admite racionalmente la posibilidad de que el juez revise el contrato, con fundamento de que éste es el resultado de un acuerdo entre iguales y libres. De modo que lo acordado sólo es factible de ser modificado por las mismas partes, celebrando otro contrato.

Desde ese punto de vista, la concepción liberal es irreal en cuanto afirma que el contrato es el producto de partes iguales y libres ya que implica ignorar a sabiendas que hoy, predominantemente, el contrato es el resultado de la configuración interna de una sola de las partes que, por concentrar sobre sí el poder de negociación, se autoatribuye la creación exclusiva del contenido del contrato, dejando a la parte débil la decisión de concertar sobre un esquema predispuesto o, de lo contrario, no contratar.

Por lo tanto, el rol de la autonomía de la voluntad no puede traducirse en una supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales, pues ello importaría lo mismo que admitir la inexistencia de límites impuestos a la libertad contractual.

Equivaldría a enfrentar la voluntad individual con el ordenamiento legal.

Lo expresado hasta aquí ha motivado que desde hace tiempo y recurrentemente se aluda a la *crisis del contrato*, se anuncie su deceso y se examine lo que se ha dado en denominar “la declinación de la voluntad contractual”, etcétera.

Y ello con fundamento en: (a) las restricciones de lo acordado por las partes y que resultan de las normas imperativas, lo que se enuncia como la “publicización” del contrato, y (b) en su estandarización a través de fórmulas predispuestas.

Como se advierte, la crisis está referida a los términos en que fue concebida la autonomía de la voluntad. Y eso es positivo desde una perspectiva social.

De allí que quepa afirmarse que el contrato no ha muerto ni se halla en situación de crisis. Por el contrario, se recrea y se halla en pleno apogeo.

En suma, hoy, la declaración de voluntad común tiene fuerza obligatoria en la medida que lo acordado por las partes se halle conforme con el ordenamiento jurídico. En el Código los límites a la fuerza obligatoria del contrato son los que provienen de la ley, del orden público, la moral, las buenas costumbres (art. 958) y del carácter imperativo de las normas (art. 962). Esto significa que el rol de la autonomía de la voluntad no debe ser entendido como una supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales, sino como un principio relativo y subordinado a los límites que le son inherentes.

Pero el principio vinculante subsiste en el Código con toda su intensidad al punto que los contratos obligan "no sólo 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*" (art. 961).

En efecto, en el Código se reproduce el principio vinculante como efecto de todo contrato válido en su celebración que constituye lo que históricamente se ha enunciado como la "fuerza obligatoria del contrato" y que refuerza al punto de establecer, como novedad, que "Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante" (art. 965). Sin embargo, la fuerza obligatoria del contrato cede por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé (art. 959) lo que no constituye una novedad ya que se halla previsto en el artículo 1134 del Código Civil francés y reproducido literalmente en igual disposición por el Proyecto Catalá para Francia del año 2006.

De lo que se desprende del artículo 959, es la convalidación del principio de la fuerza obligatoria del contrato, pero incluyendo los límites que le son inherentes como, por ejemplo, que, a pedido de una de las partes, el juez modifique el contrato cuando lo habilita la ley o de oficio cuando lo estipulado afecte de modo manifiesto el orden público (art. 960). Otras aplicaciones en que declina la fuerza obligatoria del contrato por acuerdo de partes se encuentra en el caso de

rescisión de los contratos de larga duración en que la parte que la decide debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociarlo (art. 1011, 3^{er} párr.). Lo propio acontece en los supuestos de *Frustración de la finalidad* (art. 1090) e *Imprevisión* (art. 1091). Las aplicaciones expuestas precedentemente hoy han adquirido universalidad. Por ejemplo, las previsiones de renegociación previstas en el Proyecto Catalá para Francia, en los artículos 1135-1 y 2.

IV) Significado de la reforma

Si bien el Código reconoce la fuerza del principio condicionado a la validez del contrato, enuncia restricciones al contenido, entre ellas, la posibilidad de modificarlo o extinguirlo, siempre y cuando lo sea por acuerdo de partes o "en los supuestos en que la ley lo prevé", así como la facultad de los jueces de modificar "las estipulaciones" cuando lo autoriza la ley, o de oficios cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

Art. 961 Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo 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.*

I) Resumen

No sólo se reproduce lo relativo a la aplicación de la buena fe que se halla prevista en el código derogado (conf. ley 17.711), sino que se introduce el principio de razonabilidad como una obligada derivación del exordio. Y ello en razón de que se retorna al texto originario de Vélez en cuanto establecía que "los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubieren sido virtualmente comprendidas en ellos". Y se añade a continuación: "...con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor".

II) Concordancias

Principio de buena fe (art. 9º); abuso del derecho (art. 10); deber de buena fe (art. 991); contratos de larga duración (art. 1011), e intención común (art. 1061).

III) Interpretación de la norma

Se renueva el criterio previsto en el artículo 1198.1 del código derogado y, por tanto, la buena fe ha sido nuevamente acogida como directiva de celebración, interpretación y ejecución de los contratos, y calificada como la primera regla a la que se hallan sometidas las partes²⁰, la piedra angular para la interpretación de los contratos²¹. Ha sido concebida como “la convicción de obrar conforme a derecho”²².

Participa de la naturaleza de un estándar de conducta “arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo con la conciencia social imperante”²³. Por ello se tiene decidido que “la buena fe es una exigencia que domina todo el ordenamiento jurídico, no sólo en lo referente a la constitución de la relación, sino también en la ejecución e interpretación de cualquier aspecto de la convención (art. 961), exigiéndose una conducta clara, diligente y sincera de las partes, tanto en el proceso formativo de los contratos como durante toda su vigencia y hasta su posterior extinción para que funcione adecuadamente el mismo”²⁴.

La buena fe, objetivamente, presupone que las declaraciones de voluntad han sido elaboradas con un criterio que atiende a la recíproca lealtad y corrección debidos y esperados en todo el *iter* contractual, desde la etapa formativa hasta que el contrato se agote con la ejecución.

El sentido que debe asignarse al artículo 961 del Código al establecerse que el contrato debe interpretarse de buena fe, no es otro que

²⁰ CNCiv., sala E, 16-6-82, “Bellotti, P. c/Mastropietro, F.”, J. A. 1984-II-560.

²¹ CNCiv., sala F, 23-6-82, “Pelemene, S. c/Ercoli, H.”, J. A. 1984-I-551.

²² CNCiv., sala G, 6-3-98, “Ravelli, J. c/Asociación Mutual”, D. J. 1999-2-451.

²³ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Teoría del contrato*, vol. I, Madrid, 1996 y 2007, Nº 7, p. 398; CNCiv., sala F, 31-8-90, “Urbinafi López, O. c/Seoane Sistemas SA”, J. A. 1991-II-548.

²⁴ CNCom., sala A, 17-11-2004, “Rodríguez, R. c/Bank Boston”, D. J. 2005-1-828.

“como lo exige la buena fe”, aun cuando en la hipótesis a dilucidar, una de las partes o todas, al tiempo de la celebración o en etapa funcional, no se hubieran inspirado en la referida regla²⁵.

La buena fe constituye un modelo o paradigma de conducta de “ejecución continuada”, desde la etapa de tratativas (punto de partida) hasta la extinción del vínculo (punto de llegada). En consecuencia, va de suyo que el sentido y alcance que se suministre a lo que sea objeto de interpretación habrá de atender a aquella que se conforme más acabadamente a un “desenvolvimiento leal” de la relación contractual y que sea individual y socialmente útil en punto a la realización de los intereses o resultados que las partes se proponen alcanzar. Y esto deberá serlo en el marco de un contenido que no se desentienda de las normas éticas pues, de lo contrario, el ordenamiento legal no lo considerará merecedor de tutela.

Por lo demás, la voluntad declarada debe ser interpretada en el sentido y con el alcance que mejor se conforme a la confianza que haya suscitado quien la expresó. De donde la buena fe presupone la aplicación del principio de autorresponsabilidad de quien emite una declaración y de legítima confianza de la parte a quien va dirigida.

De lo hasta aquí expresado, se advierte que el alcance del “obrar de buena fe” obliga al deudor “no sólo cumplir las prestaciones expresamente asumidas en el contrato sino también a observar los deberes de conducta que exceden del propio y estricto deber de prestación, pero que encuentran su justificación en la estructura misma de la relación contractual en todas sus fases”²⁶. Y, con la reforma, extiende su aplicación no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos (en los contratos). Y para ello se crea el paradigma del “contratante cuidadoso y previsor”.

La buena fe constituye un continente que atrapa en su formulación una serie de principios imperativos como los de previsibilidad y estabilidad contractual que deben acompañarse con las exigencias

²⁵ MESSINEO, ob. cit., t. II, p. 110.

²⁶ CNCiv., sala I, 13-4-2004, “Rabe, J. c/Pasco Tennis Paddle SA”, J. A. 2004-III-318.

de equidad, de proporcionalidad, de coherencia, de lealtad, de colaboración y de solidaridad.

En lo profundo, lo que la doctrina del solidarismo contractual propone es simplemente una lectura menos rígida de las reglas que regulan el derecho de los contratos como, por ejemplo, aquellas que hacen prevalecer el imperativo de la seguridad jurídica, haciendo abstracción de circunstancias afines al contexto económico y social y que contemplan los intereses legítimos del contratante dominado y conduce a reconducir los desequilibrios contractuales más inadmisibles aunque contraríen el respeto de la palabra dada.

El Derecho positivo contractual no es más un derecho descarnado cuyas reglas se despliegan sin consideración por la situación concreta en la cual se desenvuelven las personas en que ellos encuadran la actividad.

Actualmente, las cualidades específicas y las características personales de los contratantes, así como el estado del mercado dentro del cual se inscribe el contrato que ellos concluyen, son tenidos en cuenta en vista de la determinación del régimen de sus relaciones contractuales.

Ese pragmatismo legislativo se expresa no sólo por la proliferación de status contractuales especiales (consumidores en general, asalariados, etc.), sino también por el desarrollo de derechos especiales emergentes que se integran al Derecho común (usuarios de medicina pre-paga, de telefonía celular, de servicios bancarios, de planes de ahorro, de tarjetas de crédito) que obedece a lógicas políticas, económicas y sociales diferentes y que, por ello, lo hacen objeto de sensibles alteraciones.

En suma, el Derecho común de los contratos, o sea, la doctrina general del contrato, debe ahora integrarse, especialmente, con los derechos del adherente-consumidor y de los usuarios. Lo que significa que debe ser "refundado".

Por ello, se puede aludir al advenimiento de un nuevo orden contractual que se halla en la renovación de los principios.

Además de las normas legales, se hallan principios en la doctrina de los jueces así como reglas y conceptos contractuales nuevos o renovados cuyo impacto es considerable en nuestro Derecho contractual

positivo, y, de ellas, principalmente las reglas secundarias de conducta o deberes accesorios a los principales.

Con relación a éstas, acontece que el contrato no engendra solamente las obligaciones principales, las que integran el principio comutativo. Produce además normas de comportamiento como la lealtad, la colaboración, el cuidado, la prudencia y la protección así como deberes de transmisión como el de información. Se trata de reglas secundarias de conducta que trascienden el tipo de contrato concluido, que derivan del principio de buena fe y que constituyen el armazón de toda relación contractual.

Una aplicación de lo expuesto se halla constituida, a modo de ejemplo, por el "contratante cuidadoso y previsor" (art. 961) o por las obligaciones del fiduciario, quien debe cumplirlas "con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él" (art. 1674). Como se advierte, aparecen las figuras del "contratante cuidadoso y previsor" y la del "buen hombre de negocios" como paradigmas del "contrato virtuoso".

IV) Significado de la reforma

En una apretada síntesis, cabe señalar que el principio de buena fe aparece inicialmente en el nuevo Código con relación a cómo deben ser ejercidos los derechos (arts. 9º y 10).

En la teoría general del contrato, el Código ha renovado la trascendencia de la buena fe en etapa formativa y funcional del contrato, así como principal directiva de interpretación (arts. 991, 961 y 1061). Una aplicación de lo expuesto constituye la oponibilidad del boleto de compraventa del adquirente de buena fe al concurso o quiebra del vendedor (art. 1171). Además, ha desenvuelto normativamente el principio de buena fe a través de sus derivaciones que, sin enunciarlas como deberes agregados a los principales, las describe en cada aplicación.

Art. 962 *Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.*