TESIS
8268



UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

TESIS DOCTORAL EN CIENCIAS JURÍDICAS

POR UNA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO: BASES PARA SUPERAR LAS CONSECUENCIAS DEL EQUÍVOCO RACIONALISTA

DIRECTOR DE TESIS: RAMIRO PRIETO MOLINERO

DOCTORANDO: JOSÉ ANTONIO ADOLFO BARBÓN LACAMBRA

BUENOS AIRES, 13 DE JUNIO DE 2018

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

CAPÍTULO I: NECESIDAD DE REFORMULAR EL CONCEPTO DE CONTRATO

I.- Planteo del Problema

1.- La dicotomía conceptual

a) Punto de partida

Cualquier abogado ajeno al estudio o la práctica del derecho penal, sin hacer grandes esfuerzos, recuerda la definición de delito: conducta típica antijurídica y culpable. Tal vez ello sea producto de la unanimidad existente en el ámbito académico respecto a la certeza de la misma, pues en todas las cátedras universitarias del país, sean causalistas, finalistas, garantistas, abolicionistas, o de la corriente de que se trate, ese es el concepto enseñado; el que, a su vez, se refleja en la jurisprudencia.

En pocas palabras, todos los abogados –no solo los penalistas– sabemos que delito es la conducta típica antijurídica y culpable. Ahora bien ¿podemos trazar un paralelo con el concepto de contrato? Nos parece que no. ¿Por qué no?, si mayoritariamente es definido como un acuerdo de voluntades y caracterizado como el acto jurídico bilateral y patrimonial por antonomasia.

Porque, aún sin cuestionar la definición paradigmática de contrato, las restricciones y excepciones opuestas por prestigiosa doctrina al alcance material de lo acordado por los particulares, nos impide concluir con certeza apodíctica que el consenso entre dos o más partes en cuanto a sus derechos personales de naturaleza patrimonial sea realmente un contrato.

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

¿Significa esto que no sabemos realmente qué es un contrato? En probidad, no, no lo sabemos. Porque la modernidad, a diferencia de los romanos (quienes estructuraron un sistema de acciones desde la perspectiva funcional de la parte que reclamaba), aceptó sin beneficio de inventario la tesis de Rousseau[1] –para quien la convención es la que crea a la sociedad– y, por consiguiente, quedan dotados de juridicidad los vínculos de los hombres que la componen.

A tal punto está eviscerada la idea del pacto, que las distintas "Teorías Generales del Contrato" son apenas una ilustración de los elementos que lo conforman y las contingencias que pueden afectarlo. No hay una explicación real y verdadera sobre lo que es un contrato. ¿Es realmente el contrato un acuerdo de voluntades? ¿Todo lo acordado es jurídico? ¿Estaba en lo cierto Fouillée al afirmar: "*quién dice contractual dice justo*"? No. Y como enfatizara Casiello: "por cierto que no"[2]. Pero como la presente es una tesis doctoral, la originalidad requerida no se agota en manifestar la disconformidad con la opinión predominante; es preciso indagar en lo profundo de las cosas para mostrar qué y cómo son las realidades con las que tratamos cotidianamente en la práctica del Derecho, única realmente importante[3].

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

En las páginas que siguen planteamos la reformulación del concepto de contrato, porque a nuestro juicio, el debate sobre lo que realmente *es* no se ha hecho desde una perspectiva propiamente jurídica.

---

[1] ROUSSEAU, Jean Jacques, *Contrato Social*, traducción de Fernando de los Ríos, Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1990, págs. 46 y 47.
[2] CASIELLO, Juan José, "La buena fe y la revisión del contrato", en *Tratado de la Buena Fe en el Derecho* (Marcos M. Córdoba, Coord.), Buenos Aires, Editorial La Ley, 2005, Tº I pág. 354.
[3] CARNELUTTI, Francesco, *Metodología del derecho*, traducción de Ángel Ossorio, México, Unión Tipográfica Española Hispano Americana, 1940, pág. 33.

b) Importancia teórica

Para Lorenzetti, la definición de contrato como acuerdo de voluntades, fundada en principios[4] autoevidentes y en reglas que se derivan deductivamente de ellos –aplicadas independientemente de las circunstancias del caso–, es subjetivista (pues toma en cuenta la voluntad real o íntima) y estática (porque se focaliza solo en el instante de la formación). Para este autor, el modelo del consentimiento basado en la negociación está en crisis; y por lo tanto, no es una metodología consistente adaptar la regla contractual *clásica* a los nuevos supuestos[5].

Díez Picazo considera que hay una dicotomía, entre la realidad de los hechos y la teorización de los juristas: "El contrato se definió como voluntad, seguramente porque en los iusnaturalistas existe un influjo notorio de la escolástica tardía, pero es cierto que se definió como voluntad, porque para ello existía algún apoyo en viejos textos romanos, como el *in idem placitum vel consensum*. Se podía haber hablado de libertad o de poder de decisión, pero el acento se colocó en la voluntad (acuerdo de voluntades, autonomía de la voluntad, etc.) lo que de algún modo distorsionó las perspectivas. Siempre me ha parecido que por una parte andaban las enunciaciones o proclamaciones de principios y, por otra, se movían las regulaciones concretas en que aquellos principios se proyectaban o, al revés, de lo que aquellos principios eran reflejo"[6].

USAL UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

[4] CROVI, Luis Daniel, "El deber de información en los contratos", La Ley 06/12/2016, refiere, en relación a los principios contractuales, que han mutado su significado con el paso de los años.
[5] LORENZETTI, Ricardo L., "El derecho privado latinoamericano y bases para un código latinoamericano de contratos" en *Homenaje al Profesor Doctor Ricardo L. Lorenzetti*, Carlos A. Soto Coaguila (Director), Buenos Aires, Editorial La Ley, 2012, págs. 2 y 3.
[6] DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamento del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Madrid, Editorial Civitas, págs. 152 y 153.

Alterini, glosaba al jurisprudente Labeón –para quien el contrato obliga a ambos contrayentes pues las partes son mutua y respectivamente *Acreedor* y *Deudor*– afirmando que el centro de atención estaba en la correlatividad de sus obligaciones, pero que, con el paso del tiempo, la relevancia de esa correspondencia se fue desdibujando. Algo que no deja de ser significativo, pues puede ser que en esa "discordancia conceptual tengan su raíz muchas de las desinteligencias interpretativas con relación al contrato que se han prolongado a lo largo del tiempo: las que existen entre quienes, por una parte, requieren que el contrato satisfaga equilibradamente los intereses recíprocos, y los que por otra, se conforman con que el contrato haya sido celebrado, cualquiera sea su nivel de equilibrio en el intercambio"[7].

A la luz de tales afirmaciones, colegimos que el paradigmático concepto no da respuesta a las distintas modalidades y/o tipos que se exteriorizan en la vida jurídica-contractual. Es por ello que entendemos necesario elaborar una nueva noción de contrato[8], aunque ello implique apartarse del contenido habitualmente asumido. Es decir, un concepto más cercano a la realidad objetiva de los hechos, superador de los equívocos producidos por el reduccionismo voluntarista, y que incluya a todos sus elementos.

¿Por qué indagar en un concepto sobre el que, al menos abiertamente, nadie discute y en el que existe un consenso generalizado? Porque el dogma del "acuerdo de voluntades" induce a conclusiones que han llevado (en realidad, siguen llevando) a toda

[7] ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos. Civiles – Comerciales – De consumo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot 1998, pág. 13.
[8] FARINA, Juan M., *Concepto de contrato. Necesidad de su revisión*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones 1992-649. NICOLAU, Noemí Lidia, *Fundamentos de Derecho Contractual*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2009, pág. 8. SANZ, Carlos Raúl, *Sobre esto y aquello*, Buenos Aires, Editorial Teodicea, 2008, Tº II, págs. 39 y sigs.

clase de injusticias y, además, permite avanzar en el conocimiento de la Ciencia Jurídica.

c) Importancia práctica

Son varios los ejemplos cotidianos en los cuales el concepto clásico de contrato conduce a resultados que distan de ser razonables. Así, la relación entre el ahorrista que deposita dinero en un banco y este, funciona como un Mutuo (pues la entidad financiera lo toma y dispone de él)[9], sin perjuicio de que se lo considera como una especie de Depósito.

Tomemos por caso el período comprendido entre los años 1992 y 2001, en que ficticiamente 1 peso convertible de curso legal de la República Argentina equivalía a 1 dólar estadounidense; a quienes depositaban moneda de curso legal en un banco, se les acreditaba el mismo valor en billetes norteamericanos que podían extraerse libremente. Al cabo de unos años, dicha política, junto con otras variables macroeconómicas como el encarecimiento de las exportaciones (que trajo el aumento de la desocupación), provocaron que la divisa argentina fuera perdiendo valor. Finalmente, con la salida de la convertibilidad, la moneda fue devaluada en un 60%, con lo cual la "pesificación" liberó a los grandes deudores de los bancos (mayoritariamente estatales) de casi dos tercios del monto de sus obligaciones. De esta manera, las entidades bancarias confiscaron "legalmente" los depósitos en pesos y dólares (artificiales y

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

[9] DI PIETRO, Alfredo, *Los negocios jurídicos patrimoniales y el contrato en el Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2004, pág. 364.

reales) de los ahorristas –que no eran grandes pero sí muchos– dada la imposibilidad de devolverlos[10].

Esta situación real, además de afectar la vida de miles de ciudadanos, puso en jaque la existencia del Derecho en sí mismo (en tanto sistema jurídico) y evidenció, lo que hemos dado en llamar, la falacia[11] del paradigma contractual del acuerdo de voluntades. Asimismo, patentizó la incoherencia de que una misma relación jurídica, según cual sea la función de la entidad financiera, pueda ser mutuo o depósito[12]. Ello por cuanto, la moneda, en tanto desempeña la función de cambio con los bienes sobre los que se contrata, no posee un valor inalterable (lo que ocurrió al momento de recobrar el dinero efectivamente depositado), como tampoco lo tienen las cosas que por su intermedio se contratan[13].

[10] SANZ, Carlos Raúl, *Sobre esto y aquello*, Buenos Aires, Editorial Teodicea, 2008, Tº II, pág. 41.
[11] ARIAS GIBERT, Enrique, "La responsabilidad en las obligaciones contractuales. Algunas precisiones necesarias", Revista Derecho del Trabajo. Año I, N° 3. Ediciones Infojus, pág. 29. Autor quien, desde la especial óptica del Derecho Laboral, y apuntando a señalar cuestiones distintas de las aquí expresadas por nosotros, utiliza el mismo término para referirse al contractualismo decimonónico.
[12] LÓPEZ FIDANZA, Alberto J., "El contrato en el siglo XXI", La Ley 2002-A, 1298, sostiene que si "*hay una situación de emergencia, de desequilibrio notable entre la oferta y la demanda, es necesario que el legislador intervenga a fin de evitar un grave mal en función del equilibrio en las prestaciones*".
[13] CSJN, 23/09/1976, Vieytes de Fernández, Juana c. Provincia de Buenos Aires La Ley 1976-D: "…*Que entrando a considerar la sustancia de la solicitud en cuestión, cabe señalar que en situaciones regidas por los principios de la justicia conmutativa, como la de autos, ha de estarse a la igualdad estricta de las prestaciones recíprocas conforme a las circunstancias del caso, y no siendo el dinero un fin ni un valor en sí mismo sino un medio que, como denominador común, permite conmensurar cosas y acciones muy dispares en el intercambio, aquella igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de sus valores y al fin de cada una de ellas; situación equitativa que resulta alterada cuando, como en el caso, por culpa del deudor moroso la prestación nominal a su cargo ha disminuido notablemente su valor real, su poder adquisitivo, por influencia de factores que no dependen del acreedor. El principio de la reparación justa e integral, admitido pacíficamente por la jurisprudencia, ha de entenderse en un sentido amplio de compensación justa e integral de manera que permita mantener la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una numérica equivalencia teórica que ha perdido su originaria medida representativa; aquel denominador común, a que se hizo referencia "supra", afectado por progresiva depreciación, ya no resulta apto en su signo nominal para conmensurar con adecuada equidad prestaciones cuyo cumplimiento se ha distanciado en el tiempo por la mora culpable o la conducta ilegítima de quien ha permanecido deudor. En tal situación, de no actualizarse los créditos conforme a pautas que equilibren los valores tenidos en cuenta en el origen de la obligación, no se daría el necesario ajuste que exige la justicia, pues mientras el derecho del ahora deudor fue plenamente satisfecho, el del que permaneció acreedor por culpa de aquél se vería correspondido sólo en ínfima parte*…".

2.- La insuficiencia explicativa de la norma

a) Detección del problema

Para Supiot, "la fuerza y la duración de los lazos entre los hombres no dependen de las palabras intercambiadas, sino del mantenimiento de la armonía que ha presidido su formación. Y ese mantenimiento deriva de la capacidad de cada uno para sostener los vínculos que lo ligan con los demás, de su aptitud para adecuar sus pretensiones al carácter cambiante de los hombres y las circunstancias"[14]. Llegado el caso en que la "armonía" sea desestabilizada en alguno de sus aspectos, se invoca al Derecho para proteger al "lazo", a fin de subsanar la alteración voluntaria o involuntaria, interna o externa, de un vínculo bilateral, ya sea equilibrando o resolviendo. Dando por sentado, entonces, que a través de un intercambio equivalente se mantienen lazos fuertes y/o duraderos, y que de haber desarmonía, también esta tendrá que perdurar para que los frágiles y volátiles sean susceptibles de anulación.

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

Situación esta que, con la reforma del Decreto–Ley 17.711 de 1968, se reflejó en el derogado Código Civil, al incorporar los institutos de Lesión e Imprevisión, sobre los que ya se había pronunciado la jurisprudencia[15]. Actualmente, en lo referente a la lesión, el párrafo 3º del Art. 332 del Código Civil y Comercial dispone que la

---

CSJN, 310:750, 02/04/1987, Eirin, Alberto c. Plan Ovalo S.A. de Ahorro para Fines Determinados: "*Que, en tal sentido, esta Corte ha expresado en diversos pronunciamientos que ha de estarse a la igualdad estricta de las prestaciones; conforme a las circunstancias del caso; que, al no ser el dinero un fin en sí mismo, sino un medio que como denominador común permite medir cosas y acciones muy dispares en el intercambio, dicha igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones responda a la realidad de sus valores y al fin de cada una de ellas. Por lo mismo, cuando ese equilibrio se altera a causa del proceso inflacionario, que al menguar el poder adquisitivo de la moneda disminuye el valor real de las prestaciones, su restablecimiento exige el reajuste de la deuda. Sólo así queda incólume el derecho de propiedad que consagra el art. 17 de la Constitución Nacional*".

[14] SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2007, pág. 133.

[15] CNCiv., Sala D, 26/05/1964, "Sola, Félix c/ Colonias y Estancias El Rodeo S.A.", El Derecho 10-727. CNFed., Sala Civil y Com., 25/08/1965, "Oks Hnos. y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional", El Derecho 14-171. A este respecto, resulta esclarecedora la obra de Borda: *La reforma de 1968 al Código Civil*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1971.

desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda, mientras que en lo referente a la imprevisión, el Art. 1091 procede de forma inversa: en un contrato que nació proporcionado y equilibrado, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, se puede hacer lugar a una demanda por nulidad, modificación, resolución –total o parcial– o adecuación del contrato.

Asimismo, ambos institutos prevén que los contratos susceptibles de resolución por haber una desproporción injustificada o excesiva onerosidad sobreviniente sigan vigentes, siempre y cuando las prestaciones sean reajustadas o mejorados sus efectos[16]. ¿Por qué? Porque se restablece la armonía del vínculo, una conveniente proporción y correspondencia entre cosas.

b) Una solución posible

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

En los contratos hay un intercambio cuyo fundamento está en los desplazamientos de bienes, la prestación de uno por la del otro, y que, al estar basados en la igualdad de las cosas, no ha de ser más gravoso para una de las partes que para la otra[17]. Dicha igualdad o equivalencia no necesariamente ha de ser exacta, pues sabido es que el justo precio no siempre puede ser estrictamente determinado, permitiéndose un

[16] GALGANO, Francesco, "Libertad contractual y la justicia del contrato" La Ley 2008–B–977. Este autor, antes de seguir los mismos derroteros que Supiot con relación al Derecho oriental, entiende que "la equidad se transforma en regla general, aplicable tanto para corregir el desequilibrio originario del contrato, como para restaurar el equilibrio ulteriormente alterado".
[17] ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., "La Corte Suprema y el Derecho del Consumo. Una nueva lección en políticas de Estado", La Ley 17/04/2017.

tolerable aumento o disminución[18]. Un acuerdo de voluntades, para alcanzar la categoría de contrato, tiene que consistir en un intercambio de cosas equilibrado durante todo su ciclo vital, "debe nacer y vivir en equilibrio, guardando debida equivalencia entre lo que uno debe dar, hacer o no hacer y lo que la otra parte, a su vez, debe dar, hacer o no hacer"[19].

Parecería que, a la luz de lo que regula actualmente el derecho económico privado, los contratos implican cierta conmutatividad: una cosa de un valor por otra de uno equivalente, y ambas, patrimonialmente proporcionales. No basta, pues, con la mera voluntad. Algo que se observa en la compraventa, donde se halla principalmente la noción de cambio: cuanto más tenga el comprador en lo que le corresponde, otro tanto tendrá que dar al vendedor. Si bien todo el Derecho se ocupa de repartos y distribuciones de bienes y cargas[20], los contratos son realidades jurídicas que específicamente se distinguen de las demás por ser equivalentes y voluntarias.

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

II.- El Problema del contrato como acuerdo

1. La concepción paradigmática

a) Las definiciones de los códigos

Antes de explicar el marco conceptual sobre el que basamos nuestra investigación, expondremos el *topos* paradigmático del acuerdo de voluntades a fin de

[18] SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, traducción y anotaciones de Fr. Francisco Barbado Viejo O.P., Madrid, B. A. C., 1964, II-II 77, 1 ad 1, Tº VIII, pág. 668.
[19] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Interpretación económica de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1994, pág. 286.
[20] GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1987, pág. 10.

poner de resalto las incongruencias que motivan nuestra tesis: el análisis del concepto de contrato, su definición y caracterización.

Nuestro punto de partida, en lo que hace al pretendido razonamiento argumentativo[21] en que se basa la presente, es la definición del Art. 957 del Código Civil y Comercial de la República Argentina: "*Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales*". Si bien es tributaria del Código Civil italiano de 1942, cuerpo legal inspirado en el espíritu del B.G.B alemán, está imbuida –al menos en este aspecto– de la misma filosofía racionalista que el Code y los demás códigos decimonónicos sancionados bajo su influencia[22].

Si comparamos dicha definición con las incluidas en códigos de otros países del *Civil Law* (Brasil, Alemania y España, por caso, no lo han hecho), concluimos que el concepto de contrato, en tanto acuerdo de voluntades que regula relaciones jurídicas de contenido patrimonial, es el mayor lugar común de la ciencia del Derecho.

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

Veamos algunos ejemplos:

1) Para el Código Civil Francés (1804), Art. 1101, un contrato es el acuerdo de voluntades por el que una o varias personas se obliga, respecto de otra u otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

[21] PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación*, traducción de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Editorial Gredos, 2006, pág. 120.
[22] RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores), *Contratos – Parte General*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2017, pág. 7.

2) En el estado de Lousiana (1825) el Art. 1906 de su Código Civil dispone que el contrato es un acuerdo de dos o más partes por el cual son creadas, modificadas o extinguidas obligaciones.

3) El Esboço de Freitas (1860-1865), inspirado en el Derecho Germánico y principal fuente del Código de Vélez Sarsfield, disponía en su Art. 1830 que habrá contrato, cuando dos o más personas acordaren entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas, a que correspondan derechos creditorios; o la modificación de tales obligaciones. Como nota, Teixeira de Freitas agregaba: "Fijada de ese modo la idea de contrato que es tan difícil definir, y una vez que ella presupone la idea superior de convención, será necesario hacer algún acrecentamiento en la Sección 3ª de la Parte General y rectificar la fraseología en varios puntos de la Sección 1ª de este Libro".

4) Italia sancionó en 1942 un Código Civil de gran influencia en la segunda mitad del siglo XX, cuyo Art. 1321 dispone que es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular, o disolver entre ellas una relación jurídica patrimonial.

5) El Código Civil de Portugal (1967), sin perjuicio de no definirlo, dispone en el Art. 405 que dentro de los límites de la ley, las partes tienen la facultad de fijar libremente el contenido de los contratos, celebrar contratos diferentes de los previstos por el código o incluir las cláusulas que los conformen.

6) El Código de Holanda (1992) por su parte, lo define como el acto jurídico multilateral por el cual una o más partes se obligan hacia una o varias otras.

7) El Código Suizo de las obligaciones, completado en el Libro V –Derecho de las obligaciones– por Ley federal, dispone en el Art. 1: El contrato se completa cuando las partes recíprocamente y de manera concordante, manifestaron su voluntad.

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

8) El Código de Quebec (1994) dispone, en su Art. 1378, que un contrato es un acuerdo de voluntades por el cual una o más personas se obligan a una o más personas para cumplir una prestación.

De los proyectos a nivel europeo, destacamos:

1) El Anteproyecto de Código Europeo de los contratos de la Academia de iusprivatistas europeos de Pavía dispone, en su Art. 1.1, que "*el contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica que puede comportar obligaciones y otros efectos aun a cargo de una sola de ellas*". Mientras que el 1.2 dispone que "*salvo lo previsto en las disposiciones siguientes, el acuerdo se forma también a través de actos concluyentes activos u omisivos siempre que sean conforme a una voluntad precedentemente expresada o a los usos o a la buena fe*".

2) El Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo establece en su Art. II.1.101 (1) que: "*Un contrato es un acuerdo del que surge, o está previsto que surja, una relación jurídica vinculante que tiene, o está destinado a tener, algún otro efecto jurídico. Es un acto jurídico bilateral o multilateral*".

3) El artículo 2:101 del Proyecto "Ole Lando" sobre los "Principios Contractuales de Derecho Europeo", establece que el contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando las partes tienen la intención de obligarse legalmente y alcanzan un acuerdo suficiente.

Sin perjuicio de las distintas falencias que puedan advertirse en las definiciones referidas, existe un denominador común: el consentimiento. Hay contrato si los contratantes se ponen de acuerdo.

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

La manifestación del consentimiento reflejado en el acuerdo de voluntades, reglará sus derechos, creando, estableciendo, modificando o extinguiendo una relación jurídica de carácter patrimonial. He aquí la noción que, a fuerza de ser repetida sin reflexión teórico-práctica, se ha vuelto paradigmática y está en la mayoría de los códigos y proyectos que han optado por incluir una definición de contrato.

b) La perspectiva doctrinal

En consonancia con lo dispuesto, tanto por los códigos citados como por los distintos proyectos, existe una idea dominante que identifica al contrato como un acuerdo de voluntades de contenido patrimonial, fuente de obligaciones –creadoras, modificatorias o extintivas–, cuyo objeto no es contrario al orden jurídico[23]. Entendiendo por tal no solo al contenido legislativo que se encuentra en los códigos y leyes, sino también –aunque en menor medida– a lo establecido con cierta uniformidad por la jurisprudencia y la doctrina.

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

En resumidas cuentas, para la doctrina, contrato es el *acuerdo de voluntades capaz de crear, modificar o extinguir derechos*[24].

[23] LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los Contratos*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 2006, pág. 64, considera que los requisitos mínimos que se le piden al objeto constituyen una "tipicidad negativa".
[24] BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, Buenos Aires, Editorial La Ley, Nº 1165, pág. 123. En lo que también está de acuerdo doctrina extranjera. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamento del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Madrid, Editorial Civitas, pág. 133: "…un acuerdo de voluntades de dos o más personas dirigido a crear obligaciones entre ellas". CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral* Tº 3, Madrid, Editorial Reus, 2008, pág. 539: sea cualquiera la extensión que, de acuerdo con los textos legales, se atribuya a la noción del contrato es indudable que las normas del mismo serán aplicables, en cuanto la analogía lo permita a relaciones jurídicas familiares, sucesorias, etc., basadas en el acuerdo de voluntades". RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones (Primera parte)*, traducción de Delia García Daireaux, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1988, Tº IV pág. 44: "Habiendo sido definido el contrato como el acuerdo entre dos o más personas para crear una obligación….". LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los Contratos* –

El Código Civil y Comercial ha precisado el alcance de la definición, no quedando ya dudas respecto a la posibilidad de extinguir obligaciones, polémica sostenida entre otros por Lafaille[25], y que guardaba coherencia con la ubicación que tenían los contratos en el derogado Código Civil de Vélez: De las obligaciones que nacen de los contratos (Sección Tercera del Libro Segundo).

Para Mosset Iturraspe[26], el campo del contrato es el de las relaciones patrimoniales de naturaleza creditoria ya que, si bien puede servir de título de derechos que tienen por objeto a cosas (muebles, inmuebles, semovientes, etc.), carece de verdadera eficacia en materia de derechos reales.

Mientras que, según Spota[27], tenía que haber partes cuyas voluntades contrapuestas se crucen. Caso contrario, si los condóminos acordaban poner en venta un inmueble habría un contrato; lo cual no parece que lo fuera, máxime teniendo en cuenta que no hay pluralidad de cosas sino una que, eventualmente, puede ser dividida. En este entendimiento, siendo el contrato una convención jurídica plurilateral de intereses contrapuestos de carácter patrimonial, la figura del contrato de sociedad también quedaba excluida pues los socios tienen un interés común.

USAL UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

Parte General, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2004, pág. 19. GALINDO GARFÍAS, Ignacio, *Teoría de las obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 2011j, pág. 35: "… el contrato es un convenio que nace del consentimiento de las partes para crear o transmitir entre ellas derechos y obligaciones al propósito de alcanzar una finalidad económica". GASTALDI, José María, *Contratos*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1998, pág. 242: "contrato es el acto jurídico bilateral, entre vivos que tiene por fin reglar los derecho de las partes en el ámbito patrimonial". FALCÓN, Modesto, *Derecho Civil español, común y foral*, Barcelona, Imprenta Cervantes, 1893, Tº IV, pág. 70 "el contrato debe definirse por la convención expresa en que una o más personas se obligan respecto de otra o de otras a dar alguna cosa, a prestar algún servicio o a no ejecutar algún acto".

[25] LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil – Contratos* – Vol. I, Buenos Aires, Ediar, 1953, pág. 10 y 11.

[26] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Buenos Aires, Ediar, 1992, pág. 13 a 15 y 39.

[27] SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil – Contratos*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1982, Volumen I, pág. 4 y 19.

Actualmente, en palabras de Rivera, en la noción de contrato prevista por el Art. 957 del Código Civil y Comercial, están los "actos jurídicos que crean relaciones jurídicas, pero también los que las modifican (la novación), las transmiten (la cesión), las regulan (el contrato de arbitraje) o los extinguen, como la transacción o el distracto"[28].

En cualquier contrato hay un acuerdo de voluntades de contenido patrimonial que regula derechos personales; pero, ¿es ilimitada la voluntad en su poder jurígeno como fuente de derechos y obligaciones?

c) La voluntad no es ilimitada

La injerencia del Estado en los contratos de los particulares se materializa a través de la regulación del plazo en las locaciones de inmuebles, la intervención de las agencias impositivas, la determinación de aranceles profesionales, la protección al consumidor, la fijación de valuaciones inmobiliarias de referencia, etc. Asimismo, existen otras áreas que por su relevancia social, tampoco son dejadas a la libre voluntad de las partes, como ser los seguros obligatorios para automóviles o los servicios públicos domiciliarios[29].

De acuerdo con el Art. 984 del Código Civil y Comercial de la República Argentina, los contratos celebrados por adhesión a un clausulado predispuesto solo

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

[28] RIVERA, Julio César en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, (Rivera, Julio César y Medina, Graciela, Directores) Buenos Aires, Editorial Thomson Reuters – Editorial La Ley, Buenos Aires, 2015, Tº III, pág. 399.
[29] BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, Tº II, Nº 1175, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2008, pág. 132. RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores), *Contratos – Parte General*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2017, pág. 33.

permiten que se acepte o rechace la oferta. Al respecto, calificada doctrina[30] entiende que dicho fenómeno es consecuencia de la producción y contratación en masa: la simplificación del proceso de formación del contrato trajo un cálculo más exacto de costos generales y unificó las relaciones contractuales. Como contrapartida, al estar la predisposición de las estipulaciones en beneficio del que las fija, se facilitan los fraudes y el aprovechamiento de la superioridad económica del productor.

Esto no significa que se cuestione la existencia de un contrato. Que no haya discusión de las condiciones y que una de las partes sólo pueda aceptar o rechazar la propuesta no elimina el acuerdo de voluntades, pues la discusión de sus términos no es un elemento: lo esencial es la coincidencia entre oferta y aceptación.

Pero, tampoco alcanza con esta coincidencia de voluntades en cuanto a las relaciones jurídicas de carácter personal que sean propiamente patrimoniales, pues el contenido del contrato no tiene que afectar al orden público[31], las buenas costumbres, ni ofender la conciencia social, política y moral[32]. Ya sostenía Borda que el hombre no acepta que lo libremente querido es justo, siendo preciso profundizar en la relación

USAL UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

[30] ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos. Civiles – Comerciales – De consumo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot 1998, pág. 125 y sigs. MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, Buenos Aires, Ediar, 1992, pág. 125 y sigs.

[31] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Interpretación económica de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994, pág. 109, quien utiliza concepto de "antijuridicidad material".

[32] SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil – Contratos*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1982, Volumen I, pág. 24. Más adelante (pág. 30) explica que el límite que no podría vulnerar nunca un acuerdo de voluntades estaría en el orden público, al que caracterizaba como el espíritu de la legislación del, hoy derogado, Código Civil (Art. 14 inc. 2º). Esto lo lleva a distinguir entre legislación y principios y le permite sostener que aun permaneciendo el 95% del articulado de Vélez vigente, después de la 17.711, había otro código, justamente porque lo que se modificó fue su espíritu: Arts. 954, 1071, 1185 bis, 1198, 2355, 1646, 3113, etc. Por consiguiente, la fuerza obligatoria del contrato no está en crisis, sino que asume un carácter más en armonía con el principio de que los derechos subjetivos y las prerrogativas deben ejercerse en función social, pues el derecho ha de servir como un instrumento de paz social. Esto explica que los contratos hayan de celebrarse, interpretarse y ejecutarse con buena fe (probidad y creencia) y lealtad, pues lo contrario significaría abuso, ejercicio desviado de la libertad contractual.

jurídica obligatoria y examinar si la equidad había sido respetada[33]. Ejemplificándola con el Art. 953 del Código de Vélez, pues en su momento, había constituido una importante salvaguarda frente a situaciones que podían considerarse contrarias a las buenas costumbres[34], y, que antes de la reforma de 1968 al Código Civil, los jueces decidían pleitos sobre vicios de actos jurídicos en general, y de contratos en especial, basándose en Lesión[35], o susceptibles de ser revisables por lo que luego se llamó "Teoría de la Imprevisión".

En este mismo entendimiento, se fue ciñendo el alcance de la declaración de voluntad, con la finalidad de lograr mayor justicia en las relaciones contractuales. Las prerrogativas jurídicas de los individuos habían de ejercerse sin desviarse de los fines económicos, sociales y éticos, razón por la cual aparecieron el Abuso del Derecho, primero, y la Defensa del Consumidor después.

Razones todas estas por las cuales, Masnatta, planteaba que siendo las restricciones de tal importancia, ponían en jaque a la regla general[36]. Actualmente, a nivel normativo, luego de seguir proclamando el "*dogma de la autonomía de la voluntad*" en el Art. 957 del Código Civil y Comercial, el Art. 958 patentizó que la

USAL UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

[33] BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, Tº II, Nº 1168, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2003, pág. 128, hace notar que desde antes de la sanción del Dto. Ley 17.711 se venían sosteniendo, desde la jurisprudencia, las posiciones que luego se reflejaron en la reforma. Sirva como ejemplo su propio voto en "Orlando José c/ Orlando, Nicolás" en CNCiv, Sala A, 28/9/1958. Fenómeno similar habría ocurrido en Japón, según MOISSET DE ESPANES, Luis, *La lesión* …Ob. Cit., pág. 122.

[34] BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil –Parte General*, Tº I, Nº 32, pág. 44 y Tº II, Nº 1171-5, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2003, pág. 337. Punto en el que coincidía SPOTA, Alberto G., (*Instituciones de Derecho Civil – Contratos*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1982, Volumen II, pág. 340). RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores), *Contratos – Parte General*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2017, pág. 39.

[35] CNCiv, Sala B, Pérez, Juan Manuel s/ Sucesión, Jurisprudencia Argentina 1953-I-338: "*Se dirá, tal vez, que nuestro codificador ha repudiado la lesión en su nota al art. 943; pero aparte de que las notas del código no tienen fuerza de ley y no expresa sino una opinión de Vélez Sásrfield, que puede o no ser tenida en cuanta por el intérprete, lo evidente es que cuando la lesión llega a límites tales que resulta repugnante a la moral, el acto debe anularse (art. 953)*."

[36] MASNATTA, Héctor, "El contrato inmoral", Jurisprudencia Argentina 1958-IV-78, quien enumera con lujo de detalles todos los límites "expresos y virtuales" que atañen a un contrato.

voluntad no es ilimitada[37]: *"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"*.

Estas dificultades lógicas, o de coherencia interna, no son nuevas ni desconocidas. Ya señalaba Gorla que "la historia de cualquier sistema jurídico revela con cuantas dificultades se ha llegado a admitir la idea que de una promesa pueda derivar una obligación en sentido jurídico, es decir, de que tal promesa pueda llegar a ser jurídicamente sancionada"[38].

Respecto al mero acuerdo de voluntades, destacamos que en la antigüedad no existió la idea de que el consentimiento estaba dotado de una fuerza jurídicamente obligatoria[39]. Un contrato goza de eficacia jurídica propiamente dicha, no cuando las partes lo deciden, sino al ser reconocido como tal por los poderes públicos. Con ello queremos decir que el producto del consenso entre partes solo obliga al modo de un "Pacto de caballeros": mientras se cumpla por el honor, la conveniencia, la utilidad o compromisos familiares[40], no habrá conflictos. En consecuencia, no será necesaria la intervención del "Derecho", entendiendo por esto a la organización que un Estado hace de la regulación de la fuerza, en torno a hacer exigibles las conductas que –en tanto

USAL UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

[37] CROVI, Luis Daniel, "La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos y la equidad", Jurisprudencia Argentina 2001-II-856.
[38] GORLA, Gino, *El Contrato*, Tº I, traducción y notas de José Ferrandis Vilella, Barcelona, Editorial Bosch, 1959, pág. 20.
[39] VON IHERING, Rudolph, *El Fin en el Derecho*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2000, pág.137. También pero con distinto alcance BORDA, Guillermo A., en *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2008, Nº 1166, pág. 123. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino – Fuentes de las obligaciones*, Tº III, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, pág. 15. NICOLAU, Noemí Lidia, *Fundamentos de Derecho Contractual*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2009, pág. 4.
[40] RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores), *Contratos – Parte General*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2017, pág. 39. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando José D. en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, José María Curá (Director), Buenos Aires, Editorial La Ley, 2016, Tº III págs. 444 y sigs., quien hace un minucioso análisis de las posibles razones por las que se cumple un contrato.

soporte de– satisfacen los débitos de los ciudadanos en cualquiera de sus manifestaciones.

Si pretendemos que el Estado garantice el contenido de cierto acuerdo de voluntades que entendemos válido, la mera probanza de su existencia no será condición suficiente para dar curso al cumplimiento efectivo de lo que se hubiera prometido. Es decir, dotarlo de eficacia[41]. El Estado otorga juridicidad a un contrato cuando respecto al cumplimiento de las obligaciones, o al menos una de ellas, ordena que sea cumplida en una sentencia. Nunca antes, pues el acuerdo "existe" jurídicamente solo a partir del inicio de la acción judicial correspondiente por el particular.

2.- Superación de la cosmovisión actual

a) La voluntad es condición necesaria del contrato

Concepto y *definición* son dos términos que van unidos. Generalmente son confundidos, y como no están claras las diferencias entre ambos, nos referimos indistintamente a uno en lugar del otro. Si tomamos el diccionario de la Real Academia Española[42], descubriremos que *definición* es la proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de una realidad material o inmaterial; mientras que *concepto* es la idea o forma que se concibe en relación a una cosa. Es

[41] ZANONI, Eduardo, en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* (Belluscio, Augusto; Zanoni, Eduardo), Buenos Aires, Editorial Astrea, 1984, Tº 2, págs. 558 y 559, plantea tal dicotomía terminológica: "Sin embargo, los contratantes pueden haber concluido un negocio *válido* que, por circunstancias sobrevinientes, ajenas a su voluntad, es decir *circunstancias objetivas* extrañas al contrato en sí, desnaturaliza el sinalagma que constituyó la expectativa inicial. Se pregunta entonces si es razonable mantener *à outrance* la eficacia de aquel contrato válido en su origen".

[42] http://dle.rae.es/?id=A7Kk6Zz y http://dle.rae.es/?id=C2nxHO5 (Consultados el 9 de Agosto de 2017).

decir, toda *definición* es de un determinado *concepto*, y todo concepto es de una realidad concreta.

Al no representar realidad, concepto y definición una identidad sustancial, es importante establecer las distinciones que hay entre ellas porque, si nuestra representación mental de algo no se corresponde con la realidad, el concepto será equivocado y, por ende, la definición incorrecta. Pero también suele ocurrir, como en el caso que nos compete, que la definición no exprese el concepto. Nos explicamos: tanto se ha pregonado que el contrato es un acuerdo de voluntades productor de obligaciones, que no se analizó si tal definición es la expresión del verdadero concepto.

Entendemos que la llamada *crisis del contrato* pasa por entenderlo exclusivamente en función del consentimiento: piedra basilar del equívoco racionalista que pretendemos superar. Y la modificación de las condiciones de contratación, que no es independiente de otras transformaciones que han ocurrido en el Derecho y en la sociedad, nos ofrece buena prueba de ello

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

Actualmente, vivimos en un mundo mercantilizado, cuyo derecho común está dado por las relaciones entre productores (generadores de bienes y servicios) y usuarios, donde la contratación paritaria constituye la excepción[43]. En cierta medida, lo que ocurre es similar a lo que sucedido, en tiempos pasados, con el acto de comercio, que era la anomalía. Hoy en día, la relación de consumo es la norma. No es razonable que aquella quede circunscripta al derecho comercial por aplicación de la noción subjetiva (y unilateral) del acto de comercio. Máxime si el Art. 1095 del Código Civil y

[43] VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984, pág. 339.

Comercial establece que, en caso de duda sobre la interpretación, prevalecerá la más favorable al consumidor.

Situación destacada oportunamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación[44] y sobre la que se manifestó concreta y especialmente, pero que pasó inadvertida a los operadores jurídicos que decidieron contemplar los actuales intercambios de bienes y servicios con la óptica del codificador decimonónico (cuando el fenómeno de las masas y el consumo no se vislumbraba)[45]. Es decir, a pesar de sentencias y precedentes emanados del órgano máximo de la administración de justicia de la República Argentina, se siguen haciendo oídos sordos a la realidad práctica que escapa a las rígidas nociones paradigmáticas contenidas en los códigos[46].

Pero entonces, si en la contratación por adhesión no existe la negociación entre partes iguales, ¿significa entonces que toda ella en su conjunto está afectada por un vicio de voluntad?[47] Así podría entenderlo, y de hecho así opina la doctrina tradicional que considera al contrato como un acuerdo de voluntades. Pero con los tiempos que corren, donde se expande el llamado "contrato de consumo" y la contratación paritaria tiene un campo de acción cada vez más marginal, este interrogante se hace extensible a todo el fenómeno contractual.

Entonces, si afirmamos que contratando por adhesión y sin negociación la relación jurídica está viciada *ab initio*, por añadidura y como consecuencia necesaria, tendría que existir un determinado daño (entendiendo esta palabra en términos amplios),

USAL UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

[44] CSJN, 31 de Marzo de 1999, "Safar Retamar, María Elena c/ Moño Azul S.A. s/ Daños y perjuicios".
[45] JNCiv 95 (44545/2011) "Torrado, Graciela Silvia c/ FIAT AUTO SA s/ Ordinario" (Inédito).
[46] CSJN, 14 de Marzo de 2017, "Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Bank Boston N.A. S/ Sumarísimo, AR/JUR/2374/2017.
[47] VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984, pág. 329.

cualquiera sea su entidad. ¿Por qué? Porque como en el caso de la lesión, el aprovechamiento de la necesidad, la debilidad psíquica o la inexperiencia tienen que desequilibrar los patrimonios involucrados a través de las prestaciones[48] que las partes se deben recíprocamente, y, porque sin menoscabo ni desproporción, aunque no exista negociación, no hay legitimación activa de ningún tipo. Caso contrario, cómo nos explicamos que la aceptación de una oferta, presupuesto para la existencia de un contrato según la visión paradigmática acorde con el Art. 978 del Código Civil y Comercial, deba expresar plena conformidad con ella.

b) La voluntad no es condición suficiente de un contrato

Quien demande judicialmente con pretensiones de éxito el cumplimiento de una obligación contractual, además de ejecutar la prestación a su cargo u ofrecer cumplir de manera real y efectiva la suya propia (Art. 1031), no puede ejercer su prerrogativa de manera abusiva (Art. 10). Asimismo, las obligaciones implicadas tienen que ser proporcionales y equivalentes en términos patrimoniales (Art. 332) y no tornarse desproporcionadamente onerosas para las partes (Art. 1091). Pero además, el

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

[48] CNCiv, Sala D, "Matera, Fernando c/ Bencich, Massimiliano y otro", Jurisprudencia Argentina 1960-II-465: "*Claro está que a medida que transcurrió el tiempo, los apremios fueron mayores, y que a mediados de 1950 el Dr. M. debió tomar una decisión para satisfacer los reclamos de sus principales acreedores –la Sra. de Hughet y los demandados–, optando por la venta y cesión de una parte de sus derechos de condómino (ver supra Nos. 47 y 59 in fine). Pero no es esa "necesidad de vender" la que puede influir en la validez del contrato impugnado, porque las necesidades económicas son, por lo general, el motor que impulsa a los hombres a celebrar la mayor parte de sus transacciones. Lo que importa averiguar es si el acto estuvo privado de espontaneidad, y a mi juicio la respuesta debe ser negativa. Importaría un rudo golpe a la estabilidad de los negocios, que las convenciones realizadas bajo el apremio de necesidades económicas puedan equipararse, en cuanto a la posibilidad de impugnación, a las que se celebran en circunstancias de peligro grave, real e inminente, como ocurre en los ejemplos clásicos de catástrofe y de naufragio*". Sin perjuicio de no compartir completamente la comparación, se hace evidente que sin aprovechamiento no hay lesión.

intercambio no debe ser antijurídico, y, aún, respetar pautas mínimas de convivencia social o de moralidad (Art. 279), así como los Derechos Humanos.

Por ello deducimos que no cualquier acuerdo obliga, el consenso alcanzado por las partes no funciona como un *nuda pacta* porque no tiene la virtualidad de ser "eficaz", carece de la ejecutoriedad judicial incausada que sí tiene un título valor cartular[49] (Arts. 1830 y 1831), por más que esté sujeto al juicio ordinario posterior[50].

García Cantero[51] –actualizador de la obra de Castán Tobeñas– resalta que los estudios en torno al contrato gozan de un nuevo ímpetu merced al desarrollo de la contratación electrónica, al tiempo que destaca la pérdida de predominio de la teoría del negocio jurídico; incluso hace una importante reseña, sobre cuan relativo se había vuelto el principio de autonomía de la voluntad, hasta en países como Francia, al momento de tener que explicar la realidad del alcance material de la convención.

Esborraz sostiene que las normas que disciplinan la Teoría General del Contrato se basan en los llamados sinalagmáticos; asimismo, propone nuevas definiciones, a modo de planteamiento de un problema y presentación de una hipótesis de trabajo a profundizar. En efecto, primeramente define al contrato por género próximo y diferencia específica, y luego por división y partición. Siendo aquella la portadora del concepto, y del siguiente tenor: "Contrato es el acto jurídico plurilateral que tiene por fin inmediato constituir entre las partes relaciones jurídicas creditorias recíprocas de

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

[49] LEGÓN, Fernando A., *Letra de Cambio y Pagaré*, Buenos Aires, EDIAR, 1966, pág. 20. SANNA, Alcides O. A., *Letra de cambio*, Buenos Aires, Editorial Sanná, Buenos Aires, 1957, págs. 44 y 45.
[50] ROUILLÓN, Adolfo A. N., *La prueba de la causa en la verificación concursal de títulos valores abstractos*, La Ley 1999-D, 199: "*En esto consiste la denominada abstracción: no en la inexistencia de causa sino en la circulación desvinculada de las contingencias causales*".
[51] CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral* Tº 3, Madrid, Editorial Reus, 2008, pág. 527 y nota 1006 en pág. 544.

naturaleza patrimonial, así como su regulación, modificación, interpretación, transmisión o extinción; pudiéndose también beneficiar con él a terceros" [52].

Nicolau planteó la "revisión" del concepto de contrato desde cierta iusfilosofía. Entiende que las definiciones de contrato dadas por los códigos, en tanto convención generadora de obligaciones, dejan de lado lo que efectivamente constriñe y obliga, poniendo de manifiesto el desacople de contenidos entre lo normado –basado en una concepción subjetiva y voluntarista– y la realidad objetiva de las cosas jurídicas. A estos efectos, entiende pertinente una aproximación a un nuevo concepto general de contrato que incorpore los elementos que evidencien la flexibilidad del modelo y permitan subsumir cualquier modalidad contractual: negociado, paritario, predispuesto, tradicional, de consumo, atípico, sujeto a condiciones generales, etc. Basándose en el trialismo considera que el contrato "podría definirse como el acto o negocio jurídico, según el cual dos o más partes, intercambian prestaciones o acuerdan respecto de una común manifestación de voluntad destinada a reglar derechos patrimoniales, obligándose de buena fe, con el fin de satisfacer intereses lícitos y útiles"[53].

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

Para D'Ors[54], la crisis de la noción se debe, principalmente, al inveterado error de considerar contrato cualquier acuerdo que engendra obligaciones, o incluso una sola obligación; desorbitación del concepto que lo ha inutilizado ante la doctrina moderna.

---

[52] ESBORRAZ, David Fabio, *Contrato y Sistema en América Latina*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2006, págs. 240 a 261.
[53] NICOLAU, Noemí Lidia, *Fundamentos de Derecho Contractual*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2009, pág. 25.
[54] D'ORS, Álvaro, "Ante la crisis del contrato", La Ley1979-D, 716.

Puede verse entonces, que no pocos autores plantean que el contrato no puede explicarse desde el acuerdo de voluntades y merece un desarrollo diferente[55]. Y es que la idea del mero consentimiento no alcanza a explicar la completa realidad del fenómeno contractual. No es que no haya un acuerdo de voluntades, sino que esto no es lo único, ni tampoco lo más importante: el consenso otorga el carácter distintivo en relación a otros intercambios de cosas, pero no hace al constreñimiento de la relación obligatoria.

La definición de algo capta su esencia en función de la perfección que puede alcanzar de acuerdo a su naturaleza, es la imagen verbal que se forma del concepto; siendo este el medio por el que se concibe lo que hace que una cosa sea lo que es y no otra. Para que sea verdadera, necesariamente tendrá que ser un fiel reflejo de lo que es, de su existencia plena y actual.

En este sentido, el contrato no se identifica pura y simplemente con el *acuerdo de voluntades capaz de crear, modificar o extinguir derechos.* Es oportuno recordar que Mosset Iturraspe finalizaba el correspondiente análisis según el Código de Vélez, cuyos apuntes son aplicables al vigente[56], afirmando que "no es el concepto del Art. 1137 el que preside la estructura del contrato en nuestro derecho"[57]. Idea de cuyos lineamientos participaba también Spota, para quien tras la reforma del Dto. Ley 17.711[58], había un Código nuevo.

USAL UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

[55] ISASMENDI, Armando J., "Aportes para una revisión de la noción de contrato", El Derecho 175-751, lo hace en sentido similar al nuestro aunque con otro punto de partida. FARINA, Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, Tº 1 pág. 227.
[56] APARICIO, Juan Manuel, *Contratos*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, Tº I, pág. 47.
[57] MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, Buenos Aires, Ediar, 1992, pág. 39.
[58] SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil – Contratos*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1982, Volumen I, pág. 1. Ver también nota 32.

Hasta aquí hemos expuesto lo que entendemos es el planteo general de la cuestión. Se concibe al contrato como un acuerdo de voluntades, pero, a su vez, esta noción presenta contradicciones y tiene sobradas excepciones. A efectos de superar el equívoco racionalista y avanzar hacia una definición superadora del concepto de contrato que lo exprese en verdad y plenitud, presentaremos el marco conceptual desde el cual desarrollaremos la presente tesis.

III.- Marco conceptual

1.- El derecho en sí mismo

a) Algunas acepciones de la palabra "derecho".

Al momento de realizar una tesis doctoral sobre cualquier aspecto de las ciencias jurídicas, se hace necesario, a fin de dotarla de honestidad intelectual y rigor científico, explicitar el marco conceptual desde donde se entiende qué es el derecho. "Ser" y "Derecho" se dicen de muchas maneras[59], basta echar una mirada a las distintas

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

[59] SANZ, Carlos Raúl, *Sobre esto y aquello*, Buenos Aires, Editorial Teodicea, Tº I, pág. 121. Sin perjuicio de los importantes aportes que al realismo jurídico clásico han realizado autores como Massini Correas, Rabbi-Baldi Cabanillas o Vigo, entendemos que la visión iusfilosófica de Carlos R. Sanz es la que mejor explica qué es el derecho.
El Dr. Sanz se ha ocupado de la temática contractual en varios artículos: "La revisión del contrato" "Reflexiones iusfilosóficas en torno a la problemática actual del contrato". Este último fue publicado en La Ley 1978-D-Secc. Doctrina –posteriormente incluido en su libro "Sobre esto y aquello"– y ha sido el disparador que motivó esta investigación.

cátedras iusfilosóficas[60] en las distintas universidades de Argentina para comprobar la certeza de tal afirmación.

El Derecho es algo que, al menos en una primera aproximación, aparece de una manera no simple; la propia realidad nos muestra que hay múltiples fenómenos jurídicos en distintos lugares, los que a su vez se manifiestan de formas variadas. Este dato nos indica que la palabra "derecho" es polisémica, lo que la hace vaga, imprecisa y con "la peor especie de ambigüedad, que es, no la mera sinonimia accidental (como la de "banco"), sino la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí[61]".

Llambías entendía que con la palabra derecho se "alude a 'directum', 'dirigido', con lo que se indica sujeción a una regla, imagen que aparece constantemente en todas las lenguas europeas derivadas o no del latín: 'droit', 'right', 'recht', 'diritto', etc. Pero con esto no sabemos sino que el derecho consiste o resulta de una regla, y seguimos ignorando su finalidad, su fuente y su distinción de otras reglas que también gobiernan la conducta humana"[62].

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

Contrariamente, la doctrina romanista más autorizada entiende que 'directum' "no procede de la tradición jurídica romana, sino que pertenece al lenguaje vulgar tardo-romano, de inspiración judeo-cristiana: refleja la idea moralizante de que conducta justa es aquella que sigue el camino recto. La palabra propiamente romana es *ius* (de donde la derivación culta 'jurídico', 'jurista', etc.), que significa 'lo justo', es

[60] BOTERO BERNAL, Andrés (Coord.), *Filosofía del Derecho Argentina*, Bogotá, Editorial Temis, 2008.
[61] NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, pág. 14.
[62] LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1964, pág. 15 y 22.

decir, el orden judicial socialmente admitido, formulado por los que saben de lo justo: por los *iuris prudentes*". Puede verse que el origen etimológico de la palabra tiene concretas referencias al Digesto, como así también que "el ius consiste en soluciones convenientes, no puede ser injusto y que los principios extraídos de la doctrina se llaman *regulae* (reglas)" [63].

En lo que hace estrictamente a la terminología, "Ius" viene de "Iustitia", lo que otorga a la cuestión un marco ético que no puede ser soslayado; es el arte de lo bueno y lo equitativo, que distingue lo inicuo y lo ilegal a fin de hacer buenos a los hombres. Para Schiavone, Celso[64] apuntaba, en cierta continuidad de pensamiento que había en Platón, Aristóteles, Cicerón y Labeón, a lo que se entendía por "equidad natural" o "derecho natural". De allí resulta que *ius* es la solución justa y equitativa, la cual es tal porque "hace justicia": se ordena al bien común del lugar en que el conflicto se plantea. Esta tarea es desarrollada, de forma independiente del poder político de turno, por los prudentes de lo justo, los "*sacerdos iustitiae*" [65], quienes sustituyeron a los Sumos Sacerdotes[66].

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

[63] D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Navarra, EUNSA, 2008, pág. 47 y 48. DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2005, pág. 37.
[64] Citado por Ulpiano en D. I.1
[65] SCHIAVONE, Aldo, *Ius*, traducción de Germán Prósperi, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2009, pág. 499. Así como estos podían legislar como querían, pues su investidura les daba plenas facultades para hacerlo, el control sobre la correspondencia de ello con la verdad y la justicia era la tarea de los jurisprudentes. Que eran en definitiva en quienes descansaba la legitimidad sustancial del Imperio. El poder determina lo normativo, los jurisprudentes lo justo. El ius, el cual a su vez prevalece sobre el sistema, la ciencia del derecho, recordemos que en el Digesto, el derecho no surge de la regla, sino esta de aquel, del ius.
[66] RÉBORA, Juan Carlos, *Derecho Civil y Código Civil*, Buenos Aires, EUDEBA, 1960, pág. 14.