
EL SISTEMA CONTRACTUAL ARGENTINO CONTEMPORÁNEO*

Sebastián Justo COSOLA**

Fecha de recepción: 13 de julio de 2018

Fecha de aprobación: 10 de agosto de 2018

Resumen

El presente ensayo pretende alcanzar una acertada descripción de la teoría general del contrato en el *Código Civil y Comercial de La Nación* que a partir de su entrada en vigencia ha presentado algunas inquietudes interesantes. Especialmente se destacan de la teoría general los elementos clásicos y los que se refieren a la estructura de la “vida” del contrato tanto en mi país como en el derecho proyectado. Se pone énfasis en destacar a las nuevas figuras involucradas, todas ya nacidas con anterioridad tanto en las leyes especiales de mi país como en las creaciones académicas y jurisprudenciales que fueron marcando un rumbo en los últimos veinticinco años de Derecho en evolución. En todo momento, se resalta la visión constitucional del Derecho Privado y la necesidad de argumentarlo desde la óptica de los valores y los principios que determinan lo justo que a cada cual corresponde.

Palabras clave

Contratos – Código Civil y Comercial – Derecho argentino – Derecho comparado – Derecho Privado

* Trabajo de investigación, 42º Cursos de Especialización en Derecho, Universidad de Salamanca, Fundación General.

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Universidad Nacional de La Plata. Mi familia entera, compuesta de diez personas, tiene el enorme privilegio de contar con cinco graduados de esa casa de altos estudios. Al prof. César Ariel Quiroga, compañero de cátedra, sinónimo de evolución permanente y constante, con toda mi admiración y amistad.

** Abogado y escribano (Universidad Nacional de La Plata). Doctor en Derecho (Universidad Austral). Ex alumno con promoción (Apto). 14º Edición de los cursos de Postgrado en Derecho. Salamanca, España, 7 al 24 de Enero del año 2004.

CONTEMPORARY SYSTEM OF CONTRACT LAW IN ARGENTINA

Abstract

The present paper aims to accurately describe the general theory of contracts under the Civil and Commercial Code of Argentina which presents interesting points ever since it entered into force. In particular, highlighted matters of the general theory are the classic elements and those relating to the structure of the “life” of the contract both in Argentina and in comparative law. Emphasize is made on the new figures involved, all born through the special laws of Argentina, and creation of doctrine and case law in the last twenty five years of legal evolution. The paper stresses the constitutional vision of Private Law as well as the need to argue in light of values and principles that determine what is understood as fair.

Keywords

Contract Law – general theory of contracts – Civil and Commercial Code of Argentina – Private Law – life of the contract – comparative law

I. Introducción

“Las reformas no deben agotarse en un alarde de técnica jurídica. La metafísica es inevitable y el hombre es el elemento común y básico de toda regulación. La plena realización de su personalidad en el orden político, económico, social, moral, intelectual, no debe relegarse por ningún sistema jurídico que aspire a una regular permanencia.” (RISOLIA, 1964: 8)

El sistema contractual argentino contemporáneo presenta inquietudes interesantes propias de los tiempos, todas especialmente originadas a partir de la puesta en vigencia del *Código Civil y Comercial de La Nación* (en adelante, CCCN) que deroga el histórico *Código Civil Argentino* de Vélez Sarsfield (en adelante, CCA). La idea que eleva la noción de *voluntad individual* al eje central de la disciplina en estudio sigue consolidando la fórmula que sostiene que las convenciones tienen para las partes *el lugar de la ley*, queriendo con ello significar que la codificación centenaria había intentado imponer a través de la escuela de la

exégesis, tanto la garantía absoluta de autoridad del contrato como la protección de la buena fe que debe regir en su ejecución (RISOLIA, 1964: 49).

Desde la teoría general, BETTI (2000: 135) señalaba que el elemento esencial y además característico del negocio jurídico “era el contenido de la declaración o del comportamiento” inmediatamente determinante de los efectos jurídicos que se corresponden con la función económica y social del mismo; por ello lo que la parte declara es siempre “una regulación de intereses propios frente a las demás relaciones con otros sujetos”, encontrándose esa declaración destinada a “elevarse a precepto jurídico”. En sentido similar se han expresado TORRES VÁZQUEZ (2016) y OJEDA RODRIGUEZ (2006).

Diferente es el sentido que a la *autonomía de la voluntad* le otorga DE CASTRO Y BRAVO (2002: 13): la misma entendida en sentido amplio como un poder de autodeterminación de la persona, viene a consolidarse de manera estricta en el negocio, a partir de la creación, modificación y extinción de diversas relaciones jurídicas efectuadas por quienes intentan regular sus intereses a partir de la teoría contractual. Para el autor en estudio, “el reconocimiento de la autonomía privada es una exigencia que lleva consigo la misma condición de la persona humana”.¹ Como lo sostenía el inolvidable CARNELUTTI (1955: 284) por aquellos tiempos, “se hallaba en marcha una separación entre el concepto de negocio —relacionado con la voluntad— y con el concepto de declaración” que era preciso atender.

Este tema de la teoría general del *negocio jurídico* pasó a formar parte de la discusión en la *teoría general del contrato*, e inclusive en la actualidad se sigue desde esta última disciplina refiriendo con marcada vehemencia (BORDA, 2016: 38). Es que en cierta manera y desde diversos sentidos, las voces latinoamericanas parecen oscilar entre estas dos interpretaciones; *voluntad* que como contenido del acto genera efectos queridos por los sujetos acordantes (VIDAL RAMÍREZ, 2016: 93), o *exteriorizaciones* que tienen como fin lograr una declaración de intención que produzca determinadas consecuencias (ROJINA VILLEGAS, 2014: 117). Se ponen así de resalto las discusiones históricas emergentes de la teoría de los actos voluntarios, que jerarquizaban por un lado, la *autonomía de la voluntad*, y por el otro, la *teoría de la declaración*, perspectivas que en la actualidad se encuentran claramente destinadas al *plano dogmático* (MORENO RODRÍGUEZ, 2014: 108).

En definitiva, el negocio jurídico es comportamiento (fugaz) y es conducta (sostenida en el tiempo), precisamente porque es la exteriorización de la voluntad humana que consiste en una declaración o manifestación que mediante acción o ausencia produce

¹ En similar orientación cfr. SÁNCHEZ MEDAL (2013), PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2012) y entre otras, CONTRERAS LÓPEZ (2016).

cambios en la vida de las personas y consecuentemente, en el mundo exterior relevante para el Derecho (Muñoz, 1960: 15). Desde esa posición es que debe entenderse el ejercicio del Derecho contractual contemporáneo.

II. Los contratos en el Derecho Privado argentino unificado

El Derecho contractual argentino actual proyecta en el cuerpo del Código unificado un articulado preciso, que es el producto final de una realidad legislativa novedosa. Puede decirse que los códigos civiles de inevitable referencia a la hora de efectuar un estudio comparado en el tema que hoy ocupa mi atención proyectan una estructura de tratamiento similar de la teoría general del contrato, con mayor o menor cantidad de artículos, pero considerada la misma desde la perspectiva clásica. Así, el *Código Civil Paraguayo* (arts. 669 al 736),² el *Código Civil del Perú* (arts. 1351 al 1528),³ el *Código Civil de la República de Bolivia* (arts. 450 al 583),⁴ el *Código Civil de la República de Cuba* (arts. 309 al 333)⁵ y en otros lares, el *Código Civil Español* (arts. 1254 al 1314)⁶ presentan un esquema clásico que proyecta el nacimiento, el desarrollo de los elementos esenciales, naturales y accidentales, los presupuestos, la interpretación, la prueba, los efectos deseados, las vicisitudes y los efectos no deseados imputables a los hechos con trascendencia en el derecho a al accionar de las partes contratantes. Diferente en cambio es la proyección que brinda al tema *Código Civil Alemán* que realiza el tratamiento tanto de la *teoría del negocio jurídico* (arts. 104 al 144) (LAMARCA MARQUÉS, 2013: 52-60) como de la *teoría contractual* (arts. 145 al 185) (LAMARCA MARQUÉS, 2013: 60-66) para luego considerar el *derecho emergente de las relaciones obligatorias* (arts. 241 al 432) (LAMARCA MARQUÉS, 2013: 77-123) espacio en donde se entremezclan las obligaciones y la parte general de los contratos de una manera sistemática y precisa.

En la República Argentina, al momento de proyectar la parte general de la teoría contractual, uno de los puntos esenciales de la discusión académica fue el de tomar la decisión de introducir o no en su tratamiento, la regulación de los *contratos de consumo*. Según se desprende de la exposición de los fundamentos del por entonces anteproyecto, el Código en vigencia optó por introducir en su seno el referido tratamiento, teniendo especialmente en cuenta el rango constitucional de los derechos del consumidor y desde mi

² V. *Código Civil Paraguayo y Código Procesal Civil*, Ediciones Librería El Foro S.A, Asunción, 2016, pp. 140-153.

³ V. *Código Civil del Perú*, Jurista Editores E.I.R.L, Lima, 2017, pp. 287-316.

⁴ V. *Código Civil de la República de Bolivia*, Ediciones Nacionales Serrano, Cochabamba, 2008, pp. 450-83.

⁵ V. *Código Civil de la República de Cuba*, Anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011, pp. 237-249.

⁶ V. *Código Civil*, 7^o edic. anotada y concordada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 379-393.

visión también, la tesis que se refiere a la *constitucionalización* del Derecho Privado actual sostenida por gran parte de la doctrina nacional (MOSSET ITURRASPE, 2011),⁷ especialmente en la referencia normativa a que *los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante* (art. 965 CCCN) (ROSATTI, 2016). El *Código Civil Alemán* referido presenta algunas normas relativas al Derecho de Consumo en la parte general del contrato, relacionadas con los derechos de revocación, de devolución y sus consecuencias en los contratos celebrados con consumidores.⁸

El Derecho del Consumidor actual se eleva y estudia como un conjunto de normas *principiológicas, de orden público y de fuente constitucional* (BAROCELLI, 2017: 11). En sintonía con las mencionadas apreciaciones, el notariado mundial daba respuesta concreta a los problemas suscitados en la contratación y el consumo, insistiendo en la necesidad e importancia del tratamiento legislativo ordenador en cada uno de los ochenta y seis países que conforman la *Unión Internacional del Notariado* (PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, 2013). En definitiva, la incorporación del contrato de consumo (LORENZETTI, 2016) al cuerpo del CCCN importa considerar una verdadera innovación.⁹

El tema de los *contratos conexos*, ahora normativizados por primera vez, también conforma una verdadera novedad legislativa (QUAGLIA, 2018); lo mismo que los *contratos de adhesión*, los de *cláusulas predispuestas*, el *subcontrato*, en definitiva, instituciones que desde la parte general importan admitir que el tráfico negocial moderno se justifica a partir de comportamientos humanos que “*exceden las previsiones normativas del derecho de los contratos de finales del siglo XIX*” (ARMELLA, 2015: 203).

⁷ El maestro argentino de los contratos fue uno de los primeros en desarrollar el tema de la incidencia constitucional en el Derecho Civil y en especial, en el Derecho de los contratos.

⁸ Conf. arts. 355 a 359 del mencionado cuerpo legal.

⁹ Desde los fundamentos del entonces anteproyecto de Código unificado que actualmente rige el Derecho argentino se advertía que es esta una verdadera innovación, optando los redactores por el criterio sustentado en los códigos de países como Alemania, Holanda y Canadá (Québec), y apartándose de los criterios que dirigen a obtener un tratamiento separado, como los emergentes en todos los países del Mercosur y especialmente, Italia, Francia y España, esta última a través del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias españolas (Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 de Noviembre de 2007). Se pretende con ello una remisión desde la legislación privada unificada hacia la Constitución Nacional —ya que en mi país el Derecho de Consumidor es un Derecho de raigambre constitucional—, regulando a los contratos de consumo, *atendiendo a que no son un tipo especial más sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales —Compraventa y compraventa de consumo—* (Frase entrecomillada textual de la elevación de los fundamentos de creación del CCCN).

De esta forma, el Derecho de los contratos vigente proyecta normativamente una parte general contenedora de normas e instituciones asimilables, en su estructura, a un sistema (CASTÁN TOBEÑAS, 2000), que en la línea de las legislaciones actuales y más que ello, de la propia evolución del Derecho, reconoce los principios y los valores a partir de la superación del *positivismo*, conformando una nueva visión en torno al concepto y al método del Derecho Civil y ya hoy, del Derecho Privado en general (LLAMAS POMBO, 2002). Al decir de AYUSO (2016: 58), para que no exista problema del sistema entre la *Constitución* y la *codificación*, debe intentarse una superación de la tensión entre la juridicidad natural y el ejercicio arbitrario del poder.

Por lo expuesto, en lo que a este ensayo respecta, debe considerarse a la *autonomía de la voluntad* como una institución que se enmarca dentro de los denominados principios generales del derecho, que delimita ideas directrices de todo el Derecho Privado, y como bien se afirma en España, debe funcionar como un criterio “inspirador de la labor interpretativa” (DIEZ-PICAZO, 2015: 369). En esta orientación, el Derecho Privado viene a revalorizar entre las personas una esfera de libertad y autonomía que permitirá que cada cual pueda regular sus propios intereses en relación a terceros (GALINDO GARFIAS, 2015), y por ello la libertad como sustento de la voluntad cobra verdadera importancia (ESPINOZA-ESPINOZA, 2017). Sobre esto, algunos autores referentes en mi país advierten llanamente que gozar de autonomía es tener la potestad de *crearse las propias normas* y por ello, el principio constituye la base del negocio jurídico (COMPAGNUCCI DE CASO, 1992: 54-55). En este sentido, se ha insistido en recordar que es relevante tanto el contenido de la declaración de voluntad como el esfuerzo para que la misma llegue a conocimiento de otra persona, y por ello las consecuencias del acto con voluntad son aquellas que se conocen como inmediatas —las que suceden según el curso natural de las cosas—, las mediatas —que conectan el hecho con un acontecimiento distinto al ideado originariamente—, y las casuales, que son las que proyectan un resultado absolutamente imprevisible (CIFUENTES, 2004).

En la actualidad, esa fórmula debe visualizarse desde un fraccionamiento del tipo general de contrato, absolutamente novedoso, inclusive a nivel internacional. Esa voluntad proyecta diversos alcances y especialmente, medios de ejecución protectorios para la parte contratante más débil, ya sea que la misma se proyecte en un contrato discrecional —de naturaleza civil o comercial—, o desde el ya referido contrato de consumo.

De esta manera, el contrato, como institución jurídica absolutamente relevante y presente en todo el desarrollo del Derecho en la vida de la persona en general, tiene la necesidad de demostrar un esquema teórico de análisis, de fijación y de ejecución, a los efectos de poder obtener a simple lectura una noción precisa, tanto de los alcances de las cláusulas que proyectan sus elementos —en especial, los denominados esenciales— como de la responsabilidad que de cada una emerge por incumplimiento. Una *radiografía* de la proyección normativa de la estructura puede resultar útil para poder sobre ella,

comprender e interpretar los efectos previstos en los cuerpos codificados—normales y anormales— que de cada uno se desprenden y por qué no, en alguna que otra nueva previsión legislativa.

Consecuentemente, mi propuesta es la de realizar una descripción de la parte general del contrato en el ordenamiento jurídico argentino unificado vigente, sustanciado desde la teoría general clásica nacional y proyectada, y descripto por la nueva doctrina actual y presente, nacional y foránea.

III. Esquema de funcionamiento del contrato en el Derecho argentino

El título segundo del libro primero referido a los derechos personales en el CCCN presenta las normas relativas a los *contratos*. Preceden a este tratamiento, muchas otras normas referidas a la *Parte General del Derecho Privado* y a la *Teoría General de las Obligaciones* aplicables al ámbito contractual (concepto y descripción de la persona humana y de la persona jurídica; teoría del hecho y del acto jurídico, análisis de sus elementos, teoría general de las ineficacias y teoría general de las obligaciones). Entre los motivos elevados por los redactores del entonces anteproyecto del CCCN, se destacan cuestiones novedosas que imprimen un sello distintivo al utilizado al interpretar *normativamente* el querido y hoy histórico CCA. No sólo las referidas cuestiones relacionadas con el *contrato de consumo*, sino también otras, que destacan la consideración de la función social del contrato y sus múltiples derivaciones —por ejemplo, la cuestión de la moralización del mismo a través de instituciones que hoy se encuentran positivamente previstas en el título preliminar del CCCN y que conforman verdaderas herramientas de argumentación jurídica como el principio de buena fe, la limitación al ejercicio abusivo del derecho, la tutela del interés personal y general y muy especialmente, la incidencia del Derecho Ambiental en el ámbito contractual a partir de la consideración de los derechos personales o de incidencia colectiva—, son rasgos absolutamente distintivos del moderno Derecho Contractual, muy a pesar que esas orientaciones vengán siendo sostenidas en mi país tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, al menos desde los últimos veinte años.

La argumentación del Derecho Contractual se vuelve más rica pero a la vez más dificultosa desde un Derecho de principios, que pretende esencialmente tener en cuenta en el decisorio la interpretación de la ley teniendo en cuenta “sus palabras, sus finalidades (...) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos...” (art. 2 CCCN). Ya no existe la interpretación literal o exegética, sino una argumentación jurídica que ante el conflicto que tiene en cuenta el Derecho nacional y supranacional en la cuestión concreta para poder resolverlo y adecuarlo a los principios generales del derecho (art. 1 CCCN).

Es así que la operatividad e importancia del *principio de autonomía* se advierte clara y contundente desde un análisis meramente formal del esquema funcional del contrato que esgrime el CCCN. En efecto, desde el capítulo primero de la parte general del contrato, se estudia que el contrato es un acto jurídico creado por dos o más partes que elevan su consentimiento para “crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales” (art. 957 CCCN). Este contrato creado bajo los considerandos mencionados, eleva al máximo la autonomía, situación que se confirma no solo desde la consideración del carácter absolutamente supletorio de las normas legales en el ámbito contractual (art. 962 CCCN), sino también desde la consideración de los derechos que de los mismos emergen como integrativos del derecho de propiedad del contratante (art. 965 CCCN). De ahí que claramente el Código refrende que los mismos deban ser elaborados en el ámbito de la amplia libertad (art. 958 CCCN) y dentro de los parámetros de la buena fe (art. 961 CCCN), que destaque su notable efecto vinculante, el que únicamente puede ser modificado por las mismas partes contratantes o a partir de la consumación de los supuestos previstos legislativamente, sin que el juez pueda modificar esa voluntad salvo supuestos especiales (arts. 959 y 960 CCCN).

El capítulo primero referido se completa con la referencia a la cuestión de la prelación normativa en materia decisoria, que tiene en cuenta la aplicación de las normas cuando concurren disposiciones emergentes del CCCN y otras de las leyes especiales (art. 963 CCCN), y la cuestión de las reglas de integración del contrato (art. 964 CCCN), todo lo que hace suponer que si bien el *orden público* es una variante especial a tener en cuenta en el Derecho de los contratos, el mismo se encuentra absolutamente debilitado frente al avance de la libertad contractual, en comparación con las reglas que otrora regularon el funcionamiento del contrato (art. 958 *in fine*).

Toda esta situación ya había sido sostenida por la doctrina argentina de los últimos años, y es probable que los autores del CCCN hayan tenido en cuenta esas advertencias. De esta manera, el instituto de la autonomía de la voluntad fue y es un principio jurídico que inicialmente —y por influencia de la codificación francesa— se refería a la mera exteriorización de la voluntad, esa que para las partes se concretaba a partir de la consideración de un estándar ético de libertad.¹⁰ Cuando la voluntad exteriorizada era cierta, precisa, auténtica, de buena fe, el cumplimiento del contrato se tornaba para las partes tan exigible como si fuera ordenado por la ley misma. Por ello, con razón se venía afirmando que cuando el principio de libertad se ha cumplido, “la voluntad (presenta) un poder normativo ilimitado” (LORENZETTI, 2004: 124). Así es que las partes tenían —y tienen— la posibilidad de elegir contratar o no hacerlo, de auto regular sus intereses de manera

¹⁰ Cfr. COMPAGNUCCI DE CASO (1992); GASTALDI (2003); MOSSET ITURRASPE (1999); LEIVA FERNANDEZ (2007); LLAMBIAS (1991); LORENZETTI (2004); ORGAZ (1963); SPOTA (2009), y STIGLITZ (1994).

bilateral y especialmente, de cumplir con el principio de autorresponsabilidad (LORENZETTI, 2004: 123). Autorizada doctrina internacional también arribaba a similares conclusiones, muy a pesar de los diferentes enfoques propuestos que acarrear, consecuentemente, concepciones propias de cada país, de cada Estado, de cada región.¹¹

Toda esta situación se mantiene incólume en el espíritu del Código en vigencia, solo que ahora además se la eleva a la categoría de principio; consecuentemente se aleja la cuestión de la interpretación decimonónica en el análisis normativo del contrato como lo ha venido haciendo la jurisprudencia, y se acerca al mismo la argumentación general del Derecho en base a un sistema de principios. Esta actividad tiene que ser realizada consecuentemente, por todo aquel que oficie de jurista (TOLLER, 2016).¹²

III.A La voluntad

La *voluntad* tiene tres componentes absolutos, que no hacen más que expresar la moral, la finalidad y la independencia de cada sujeto en la contratación diaria y habitual (COSOLA, 2010). En una sociedad entendida como comunidad de intereses, la persona humana intenta regularlos a través de la iniciativa privada, absolutamente autónoma y necesaria y por ende, reconocida por el Derecho (MUÑOZ, 1960). Desde la teoría del contrato, la autonomía de la voluntad presenta una notable expansión tanto hacia la dimensión sociológica —análisis económico y de la realidad social en donde se genera y desenvuelve el contrato— (NICOLAU, 2009) como hacia la dimensión de la justicia, primero conmutativa —equivalencia de las prestaciones—, pero también distributiva, vinculada con la denominada función social del contrato —en relación a la circulación de la riqueza y el otorgamiento del crédito, la equivalencia entre la tutela del crédito y la tutela del deudor y los límites del derecho público— (NICOLAU, 2009). Lo que hay que apreciar en el Derecho actual es la determinación de la misma como un principio innato a la voluntad del hombre, que lo acerca a uno de naturaleza moral, tal como lo enseña DWORKIN (2002). Si es un principio moral, diremos que cuando un estándar es reconocido como tal, su sanción a través de cierto procedimiento no es considerado relevante para su validez (NINO, 2003). Los principios emergentes de la teoría de la voluntad proyectados en el CCCN en la parte general de los contratos —en especial, el de libertad (art. 958), el de buena fe (art. 961) y el que refiere al carácter de las normas legales (art. 962)— operan como tales, y funcionarían de manera articulada y precisa aunque no encontrarán positividad en el cuerpo del CCCN.

¹¹ BETTI (2000: 53); DIEZ-PICAZO (2003: 29-32).

¹² Al referirse al significado de los libros y la biblioteca para el ejercicio del oficio del jurista, el autor se refiere mucho más ampliamente a *los juristas* designando a los abogados, a los consultores, a los jueces, a los funcionarios, a los legisladores, a los notarios, a los profesores, a los investigadores y a los estudiantes de grado y postgrado.

Desde entonces, puede afirmarse que la voluntad presenta un discernimiento, como aptitud del sujeto que distingue entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto; una intención, asimilada en gran medida a la causa fin de los contratos (art. 260 CCCN), cuya inobservancia genera la aplicación de instituciones tan importantes para el normal desenvolvimiento del Derecho, como lo es la frustración del contrato por falta o imposibilidad de cumplimiento, según analizaré después (art. 1090 CCCN). Finalmente, la libertad (art. 260 CCCN), que según lo anteriormente descripto desde la teoría general, opera como una máxima de expresión del principio de autonomía de la voluntad (art. 958 CCCN), ligada también a principios esenciales de la legislación civil, como por ejemplo la libertad en el uso de las formas (arts. 284 y 1017 CCCN).

IV. Los elementos de los contratos y el orden público

Dada la voluntad, lo que sobreviene es el tratamiento de los elementos del contrato, que suelen presentarse con la designación de *esenciales*, *naturales* y *accidentales*. Importa aquí el desarrollo de los primeros, por cuanto ofrecen un esquema formidable a la hora de comprender los límites impuestos por el ya referido *orden público*, inclusive teniendo en cuenta que los demás elementos pueden inclusive estudiarse desde la teoría de las obligaciones sin necesidad de recurrir a la parte general contractual en la que solamente se hace alusión a los supuestos previsibles.¹³

El *orden público* predeterminado a establecer/restablecer la equidad en las contraprestaciones de personas que hacen recíprocas concesiones con una finalidad común, reúne los calificativos referidos por la doctrina mayoritaria, e impone límites con el fin de lograr una garantía procedimental para el consentimiento pleno; una protección al contratante débil; una debida coordinación y finalmente, una delimitación de los negocios jurídicos en pleno desarrollo (LORENZETTI, 2004). Resulta evidente entonces la asimilación de los términos transparencia, publicidad, calificación y configuración a los principios de buena fe, oponibilidad, justicia proporcional y finalmente principio de interpretación/integración de los contratos, respectivamente. Sin embargo, debe insistirse aquí nuevamente que el *orden público* es un concepto *debilitado* en relación al establecido en el CCA, y si bien es cierto que la noción se incluye en el cuerpo del título preliminar *principista* del CCCN (art.

¹³ Para el tema de la incidencia de las cláusulas usuales en los contratos en el CCCN, ver en mi país: MUGILLO (2016).

12), algunos tratadistas se refieren al mismo como un *principio no general* del derecho argentino.¹⁴

En esta idea, puede decirse que en la actualidad, son elementos esenciales de los contratos entonces: a) Los sujetos (consentimiento), b) el objeto y c) la causa. La forma también se incluye desde mi perspectiva, como otro elemento relevante.

IV.A. Los sujetos (consentimiento). Referencia a los presupuestos. Posicionamiento y teoría de la responsabilidad pre y post-contractual

En la contratación habitual, en lo que respecta a los sujetos importará analizar las reglas generales de capacidad (art. 22 y cc. CCCN) y especiales (arts. 1001, 1002 y afines CCCN) y una vez cumplidas, el siguiente paso es el análisis de la legitimación referida a las relaciones emergentes de la representación legal, orgánica o voluntaria (art. 358 y afines CCCN). Desde la primera, el CCCN trae una innovación fundamental en todo lo atinente a las *niñas, niños y adolescentes*, tanto en materia de capacidad de derechos y de ejercicio (art. 26 y cc.), como en materia de responsabilidad parental y sus principios receptados en las convenciones internacionales con rango constitucional en mi país —ante cualquier decisión que lo involucre, *el menor debe ser oído*, el *principio de autonomía progresiva* y también el *principio de interés superior*— que han sido positivizados en el CCCN (Art. 639) y que en materia de contratos generaron una verdadera revolución, en temas tales como los relativos a la celebración de contratos por servicios del hijo menor de dieciséis años (art. 681) o del mayor de esa edad (art. 682) contratos en los que se presume la autorización al hijo mayor de dieciséis años para que suscriba los mismos si están relacionados con empleo, profesión o industria (art. 683), los contratos de escasa cuantía (art. 684) entre otros supuestos relevantes. Todo esto indica que el primer presupuesto del consentimiento esencial del Derecho de los Contratos, *la capacidad*, presenta un notable cambio de estructura al que hay que atender seriamente, por cuanto en este tema el paradigma ha mutado absolutamente de perspectiva: mientras que con anterioridad, la capacidad era la medida de la personalidad (RISOLÍA, 1954),¹⁵ en la actualidad el concepto de persona es

¹⁴ GORDILLO (2015) expresa con rigor: “El Código Civil y Comercial de la Nación, que enfatiza en sus primeros artículos precisamente los grandes principios de derecho, no incluye al orden público entre ellos, aunque lo menciona luego en muy repetidas oportunidades, a veces para limitarlo”.

¹⁵ El autor afirma categóricamente: “La capacidad no es un elemento propio de los contratos. Corresponde exigirla en toda clase de actos jurídicos. La voluntad que pondera el derecho es la voluntad idónea de quien tiene capacidad, es decir, aptitud jurídica, en el lato sentido con que hemos usado la palabra. El consentimiento, pues, debe ser voluntad acorde de personas capaces” (RISOLÍA, 1954: 77).

revalorizado desde el propio Derecho Constitucional,¹⁶ por cuanto la personalidad no es creada ni otorgada por el Estado, sino que reconoce su principal origen en el concepto de dignidad (LAFERRIERE, 2016); la misma que en relación a la persona comenzaba a considerarse desde la celebración del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba hace casi cincuenta años (PLONAVICH, 2009), y la misma que hoy conforma un concepto inherente a la persona humana receptado ampliamente en la moderna legislación (HERRERA, 2015) (arts. 51, 52 y cc.).

La referencia al segundo presupuesto, esto es, el de la *legitimación*, está absolutamente relacionado con el tema de la representación, al que he dedicado oportunamente tiempo de estudio, con anterioridad al nuevo régimen legal y desde varios enfoques (COSOLA, 2014).¹⁷ No obstante lo antedicho, resta decir que en este tema, la introducción de un capítulo dentro del desarrollo de la teoría del acto jurídico referido a la teoría de la representación en general (art. 100, 358 a 361 y cc. CCCN) —y voluntaria en particular (arts. 362 a 381 CCCN)— receptiva de los valores de la doctrina y jurisprudencia de los últimos cincuenta años, debe celebrarse y acompañarse con un criterio de interpretación armónico con un Derecho Privado relacionado con principios y fuentes supra-legales.

En todo este marco, se tratan pormenorizadamente los términos de la *oferta y aceptación contractual* (arts. 971 y afines CCCN), y también las responsabilidades que emergen para cada parte ya sean *pre, post, extra o meramente contractual*. En España, ALBALADEJO (1997) advertía hace un tiempo prudente, que la ruptura intempestiva de los *tratos* obliga a indemnizar si no existiera causa justificatoria de la ruptura y la misma constituyera, de acuerdo al *Código Civil Español*, un acto ilícito.

Los supuestos de *responsabilidad precontractual* son considerados en la doctrina argentina desde hace un tiempo prudente; desde ella, el tratamiento de la estructura del ilícito precontractual —antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación causal— y de las

¹⁶ Una de las autoras del entonces anteproyecto de Código Civil y Comercial de La Nación devenido hoy en el código unificado vigente, Elena Highton, fue categórica y contundente al referirse al tema de la capacidad y el nuevo paradigma protegido y tutelado por el derecho: “El CCC da una vuelta copernicana a tal concepción (se refiere a la tesis del CC en donde la personalidad se desprende de la capacidad), ya que se tiene capacidad por ser persona, la preexistencia de la persona es condición necesaria para ser titular de derecho. En la era y en el Código de los derechos humanos es persona todo ser humano por el solo hecho de serlo y haber nacido tal. No es un ente, sino una persona humana y así se la denomina en este código” (HIGHTON, 2016: 199-200).

¹⁷ Ver también: <http://www.revista-notariado.org.ar/2015/02/mandatos-en-los-precedentes-jurisprudenciales-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion/>, consultado por última vez el 30/04/2018.

diversas teorías explicativas de su naturaleza han dado lugar a interesantes debates.¹⁸ Fue el genial LÓPEZ DE ZAVALÍA (2006) quien proyectó la dificultad de este tema advirtiendo que el mismo ocurría en la suposición que dos personas entradas en relaciones para concluir un contrato no alcanzan a celebrarlo o lo celebran inválidamente, produciendo daños que no hubieran ocurrido de no haber ocurrido esas relaciones. De ahí que los supuestos que en el derecho contemporáneo generan este tipo de responsabilidad sean todos aquellos que puedan imputar algún tipo de débito de alguna o de ambas partes susceptibles de generar contratos nulos, extinción de declaraciones destinadas a integrar el contrato, ruptura de negociaciones y de los deberes de secreto, comunicación y custodia, lo que genera una tesis de daños a indemnizar (interés positivo, negativo, etc.).

De manera similar a las traídas por el inolvidable maestro del Derecho Civil patrio se presenta el tratamiento del tema desde los principios de derecho contractual europeo, bajo el acápite *responsabilidad en las negociaciones*.¹⁹ La alusión del CCCN a que “el incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato” (art. 991) tipifica en el Derecho Privado argentino unificado el supuesto de responsabilidad precontractual (Hernández, 2016). En última instancia, el Derecho positivo actual no hace más que reconocer los principios esenciales de la responsabilidad, tan bien sistematizados en la genial obra de BETTI (1970: 178) destinada esta vez, a describir la teoría general de las obligaciones: “(...) El derecho anula y coordina cargas y deberes de respeto y de conservación que se concretan y especifican siempre que, por la particular situación de hecho, la actividad de un miembro de la comunidad pone en peligro bienes e intereses de otro”.

En este tema, un novedoso aporte del profesor LEIVA FERNÁNDEZ (2016) viene a reconocer que existe responsabilidad precontractual por revocación intempestiva de la oferta no vinculante cuando la misma es intempestiva, injustificada y arbitraria, de la misma manera que existe si una persona acepta la oferta realizando gastos, ignorando que el oferente ha devenido incapaz o ha fallecido. En el CCCN se desarrollan supuestos —además de los referidos que son claramente compartidos por mí—, en lo atinente a lo que se denomina *tratativas contractuales o preliminares* (arts. 990 a 993), siempre recordando que cada vez que en el Derecho de los Contratos se hace referencia a la responsabilidad desde cualquiera de sus alcances, se vuelve imperioso analizar los presupuestos clásicos que generan el deber de indemnizar (VÍTOLO, 2017), y también teniendo especialmente en cuenta

¹⁸ Cfr. STIGLITZ (1993), GARRIDO (2014).

¹⁹ Cfr. Libro *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de “la comisión de derecho contractual europeo”)* Edición: Olé Lando y Hugh Beale, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, págs. 265-274.

que el cuerpo actual reconoce la función *preventiva, punitiva y resarcitoria* de la *responsabilidad civil*, entendiendo desde el término *función* una *naturaleza polisémica* relativa tanto a los componentes como a la finalidad de la teoría de la responsabilidad civil actual (VERGARA, 2018). En este tema, no me resultan ajenas otras soluciones provenientes del derecho español de valía y consideración (LLAMAS POMBO, 1999).

Por ello mismo y dentro de ese espíritu, luego de algunos debates interesantes en mi país se ha terminado por admitir el criterio de *unidad del fenómeno resarcitorio* —sea contractual, sea extracontractual— situación que hoy se encuentra prevista normativamente en el cuerpo unificado en vigencia (art. 1716 CCCN), pero atendiendo las diferencias insoslayables entre ambos supuestos especiales —generadas esencialmente en materia de prescripción y de extensión del resarcimiento—. Existe claramente una distinción entre dos órbitas, ya que no puede ser lo mismo incumplir una obligación asumida y consagrada que violentar el deber genérico de no dañar (OSSOLA, 2016). En definitiva, sobre los principios aludidos se analizan los presupuestos de la responsabilidad precontractual y sus vertientes en la teoría contractual contemporánea.

La referencia a la responsabilidad *postcontractual* deviene interesante — independientemente de su difícil justificación determinada por la naturaleza contractual cuando en realidad éste ya ha culminado— si se tiene en cuenta que desde su inicio — momento en que las partes alcanzan la satisfacción de las obligaciones principales del contrato— hasta el momento del cumplimiento del plazo de la prescripción liberatoria pueden ocasionarse problemas y eventualmente daños que generen algún tipo de reproche sobre el contrato ya cumplido (por ejemplo, si no se prevé en el contrato de transferencia de fondo de comercio la prohibición de competir) (LEIVA FERNÁNDEZ, 2007).

IV.B. El objeto

Del elemento *objeto* importará el análisis de su estructura y composición, de su posibilidad de *ser un objeto contractual*, y su contenido económico no vedado ni limitado por ninguna norma de orden público (arts. 279, 280 1003 y cc. CCCN). Como lo recordaba el maestro MESSINEO (1986) no habría dificultad en asumir que el objeto del contrato y el objeto de la obligación (prestación) pueden inclusive ser en ocasiones una misma y sola entidad, y que a la teoría general del contrato le resulta importante tener en cuenta, por cuanto en circunstancias el objeto —relacionado con una *res* o con una *cosa*— puede consistir únicamente en una simple prestación (*non facere*). Pero ello obliga a ser preciso en admitir que objeto del contrato no es la mera creación de obligaciones, sino especialmente sus efectos y en la función económica de la operación jurídica realizada por las partes (STIGLITZ, 1992); tal es así que también en circunstancias, el objeto del contrato no puede confundirse con el objeto de las obligaciones quizás porque el primero puede ser contrario

al ordenamiento jurídico positivo (contrato sobre herencia futura, con algunos bemoles interesantes según el art. 1010 CCCN) y no así la prestación que este con ello relacionada (transmisión de derechos del heredero) (STIGLITZ, 1992). Esto obliga a considerar en el tema lo que se denomina *el contenido del contrato*, que son las reglas de conducta, los preceptos creados por las partes en el marco de la libertad de contratación, aquellos ineludibles propios de los mandatos legales que posicionan al ordenamiento jurídico a aplicar criterios imperativos y también supletorios, y los usos y costumbres propios del lugar de celebración (STIGLITZ, 1994).

La regla general es que toda prestación puede ser objeto de un contrato, salvo las que el cuerpo unificado prevé como no posibles: las relativas a los hechos imposibles o prohibidos por las leyes, contrarios a la moral, al orden público y las que fueren lesivas de cualquier derecho ajeno o de la propia dignidad de la persona humana (BORDA, 2016). Dentro de este marco, el objeto del contrato debe reunir las exigencias y cualidades que cada legislación impone dentro de ellas: la necesidad que el mismo sea determinado o determinable, lícito, posible, susceptible de valoración económica y ser correspondido con un interés de las partes (art. 1003 CCCN), pudiendo inclusive tratarse de bienes existentes o futuros (art. 1007 CCCN) o incluso ajenos (art. 1008 CCCN) y litigiosos, gravados o sujetos a medidas cautelares (art. 1009 CCCN).

En definitiva, como lo ha expuesto hace tiempo VIDELA ESCALADA (1968) objeto es la materia sobre la cual versa el acto (contrato); el aspecto objetivo del contrato se encuentra identificado con los bienes y con los hechos sobre el cual el mismo versa. A esta tesis adhiere GASTALDI (2003), argumentando que el objeto como materia, debe siempre ser separado de la causa o finalidad del contrato que tiene que ver con la voluntad, con la intención, desde una perspectiva eminentemente *subjetiva*.

IV.C. La causa

El elemento causa no es propio del análisis del Derecho de los Contratos. Por el contrario, es el único elemento que se erige como un baluarte indiscutible de la filosofía jurídica. Es desde allí desde donde se postula que para poder llegar a alcanzar una comprensión y aprehensión profunda de la realidad cambiante del derecho —que incluye escapar de la mera experiencia jurídica para acercarse al hecho *verum*, y con él, a la propia juridicidad— es necesario acudir a su *explicación causal* (VIGO, 1983). Toda relación jurídica, argumenta LLAMBÍAS (1991), se encuentra sujeta al principio de *razón suficiente*. Y por esa razón desde el Derecho Civil, la causa se analiza y proyecta en todos los actos jurídicos desde una doble perspectiva: la primera, relativa a la finalidad general, igual y uniforme para todos los actos de similar naturaleza (art. 726 CCCN), y la segunda, relacionada con la finalidad propia de cada acto en especial, momento donde adquieren especial relevancia los

motivos que cada parte ha debido tener para poder impulsar y realizar el Derecho Contractual (art. 281 CCCN) (VIDELA ESCALADA, 1968).

La discusión en el Derecho de los Contratos del tema de la causa en mi país — inclusive proyectada desde la teoría del acto jurídico— hizo que algunos terminaran por considerarla elemento esencial del acto/contrato en alusión directa tanto de su aspecto objetivo —causa fuente— como de su aspecto subjetivo —causa fin—. Otros en cambio prefirieron adherir a la tesis que afirmaba que dentro de la enumeración de los elementos esenciales de los contratos la causa no podría nunca ser advertida, precisamente porque la misma se encontraba indiscutidamente ligada a la composición de la voluntad (intención), conjuntamente con el discernimiento y la libertad. Para esta teoría, la imposición de la causa fin como elemento del acto volitivo —y por ende, del contrato— era una realidad innegable.

El Derecho actual considera a la causa desde una visión *dualista*: causa como fin inmediato —motivos determinantes de las partes para realizar el acto— y causa como fin mediato, relacionada con la función económica y social que el contrato proyecta desde el ordenamiento (BORDA, 2016). La misma se proyecta y analiza tanto desde la teoría general del contrato (art. 1013 CCCN) como desde la teoría del acto jurídico (art. 281 CCCN), debiendo agregarse que existe una presunción de existencia de la causa aunque la misma no esté expresada, salvo prueba en contrario (art. 282 CCCN), que la falta de causa genera la nulidad del acto —salvo adecuación o extinción (art. 1013 CCCN)— de la misma manera que lo genera la causa ilícita (art. 1014 inc. a) CCCN). El tema de la causa proyecta el interesantísimo supuesto de la *frustración del fin del contrato*, que por su importancia y debido a su reciente incorporación al cuerpo del Código unificado, relacionaré seguidamente de manera breve.

IV.C.1. La frustración de la finalidad²⁰

El enorme Karl Larenz adelantaba hace ya algunos años, que si a causa de una imprevista transformación de las circunstancias se hiciere imposible la consecución de la finalidad última de ambas partes en un contrato expresamente declarada o deducida de la naturaleza del negocio, cada una de ellas podía resolverlo si el mismo aún no había concluido o si todavía no se había cumplido. El principio general en esta materia, nos advierte el autor alemán, debe establecer lo siguiente: "Excepto en caso de una imposibilidad efectiva, no puede denegarse el cumplimiento de un contrato a causa de la transformación de las circunstancias" (LARENZ, 2002: 138-139).

²⁰ Para ampliar el tema ver: ACQUARONE (2015).

En mi país se enseñaba que la frustración del fin del contrato es la frustración de la *causa*, debiendo tenerse especialmente en cuenta el fin o finalidad asumida por las partes, que se vea malograda *ab initio* en su esencia (STIGLITZ, 1992). En esta inteligencia, la frustración no genera un obstáculo en el campo fáctico, sino en el volitivo. El acreedor deja de desear el cumplimiento porque aunque el mismo ocurra, la prestación carece del sentido perseguido al contratar, en definitiva, se pierde el interés que se buscaba satisfacer al momento de contratar (LEIVA FERNÁNDEZ, 2014). Por su parte, las *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* celebradas en Buenos Aires en la sede de la *Universidad Notarial Argentina* en el año 1991 consideraron el tema estableciendo que la frustración del contrato es capítulo inherente a la causa, entendida esta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio.²¹ Consecuentemente, para que pueda configurarse la frustración del contrato debe hacerse necesaria la confluencia de ciertos presupuestos, entre los que cuentan la existencia de contrato en etapa funcional, de naturaleza bilateral con causa manifestada, que sufre la alteración de las circunstancias que no responde a la culpa ni a la mora de alguien sino a razones externas y ajenas a la voluntad de las partes (STIGLITZ, 1992).

En el Derecho actual, la frustración definitiva de la finalidad del contrato viene a autorizar a la parte perjudicada a declarar su resolución, la que se vuelve operativa cuando la misma parte comunica su declaración extintiva a la otra. En el caso de la frustración de la finalidad de manera temporaria, la resolución es posible únicamente si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución reviste el carácter de esencial (art. 1090 CCCN).

IV.D. La referencia a la forma como elemento del acto y del contrato²²

Muy a pesar que ciertas corrientes actuales consideran a la forma como un elemento no esencial, así prefiero yo considerarla tanto dentro de la teoría general del acto jurídico (art. 284 CCCN) como dentro de la teoría general del contrato (art. 1015 CCCN). Comienzan entonces a cobrar relevancia las enseñanzas de algunos de los autores patrios que advertían hace tiempo que eran verdaderamente impropias las designaciones de los negocios, o actos jurídicos o contratos *sin forma* o *no formales*.²³ En el Derecho Privado actual, el establecimiento del elemento *forma* como máxima expresión de la exteriorización de la voluntad implica dotar al acto de validez, vigencia y eficacia. Y desde aquí que se enseña con acierto —y en sintonía con lo expuesto en las líneas anteriores— que la voluntad pertenece a una esfera del individuo que es incapaz de trascender por sí misma, y

²¹ Libro *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2005.

²² Para ampliar conceptos en este punto, ver: COSOLA (2014), COSOLA (2015).

²³ CIFUENTES (2004); CIFUENTES (2001); CIFUENTES (2011); LORENZETTI (2004) y entre otros, REZZÓNICO (1999).

por esa razón, la forma del acto jurídico es la manera como se exterioriza la voluntad del sujeto respecto del objeto, en orden a la consecución del fin jurídico propuesto. En palabras del genial ZINNY (2008: 42): “forma es acción; acción que incluye además el gesticular, hablar, escribir, manipular la computadora, entregar, edificar y sembrar, y a veces es callar o estarse quieto”.

La regla general sostiene que prevalece la autonomía de la voluntad por sobre todo tipo de formalismo. Sin embargo, muy a pesar de la fuerza del mencionado principio también receptado en la nueva legislación (arts. 958 y 962 CCCN) se exceptúan aquellos casos especiales que en razón de la seguridad o finalidad, requieren de forma impuesta por la ley. En relación a este tema, el gran autor notarialista español Rafael Núñez Lagos insistía desde sus hechos y derechos en el instrumento público que había que diferenciar el continente (instrumento) del contenido (acto o contrato), muy a pesar que su tratamiento en conjunto era —¡y es!— tan necesario como indispensable. En consecuencia, la forma presenta un límite al principio de libertad (arts. 284, 969, 1015 y cc. CCCN) que es el de la forma legal o impuesta, prevista para ciertos actos puntuales y específicos (en especial, art. 1017 CCCN).

V. Los efectos de los contratos

El principal efecto es el cumplimiento, el cual por principio afectara la órbita patrimonial de los sujetos contratantes, y no la de los terceros, salvo casos concretos, puntuales y específicos previstos en el cuerpo del Código unificado (arts. 959, 1021 y sig. CCCN) o que resulten de consecuencias mediatas a la contratación (art. 961 y afines CCCN). Puede haber además vicisitudes en torno al normal cumplimiento, producidas particularmente por algunos contratos, como el distracto (art. 1076 CCCN); la señal o arras (art. 1059 CCCN); el pacto comisorio (arts. 1086 y 1087 CCCN); la suspensión de cumplimiento total o parcial (art. 1031 CCCN), las cláusulas abusivas (art. 988 y afines CCCN) y la denominada obligación de saneamiento (art. 1033 y afines CCCN) omnicompreensiva tanto de la denominada evicción como de los vicios ocultos.

Si se diera el efecto del incumplimiento, las normas positivas y vigentes presentan las soluciones o al menos, algunas determinaciones. Si fueran hechos extintivos, podrán presentarse los institutos de la confusión y la caducidad, la imposibilidad de cumplimiento, la muerte del deudor en los contratos que tengan naturaleza de *intuitu personae*. Si fueran actos extintivos, se darán entonces los supuestos de renuncia, rescisión, resolución, revocación (art. 1077 CCCN) y la transacción, actualmente devenida en contrato típico (art. 1641 CCCN) —a diferencia del régimen anterior que la proyectaba como uno de los tantos modos de extinción de las obligaciones—, mientras que desde el punto de vista del origen, existirán también los actos nulos (art. 386 CCCN) y los actos inoponibles (art. 396 CCCN).

V.A. La operación económica y el contrato

Las modernas codificaciones se orientan en lo que de manera contundente las comisiones de reforma de los códigos de Argentina, Bolivia, Perú y Puerto Rico dejaron plasmando, a finales del siglo pasado en la denominada *Acta de Arequipa*. Se refirieron allí a la necesidad de formular nuevos cuerpos legales que tengan en cuenta las nuevas realidades, la internacionalización de las operaciones jurídicas y económicas, la armonización de los sectores medulares del Derecho Privado, la adecuación de los códigos a la *Constitución Nacional* de cada Estado, la protección de los débiles, el respeto a la autonomía de la voluntad “en las relaciones entre sujetos con equivalente poder de negociación”, y en especial, la reformulación de “los principios de la contratación con el fin de adecuarlos a las modernas necesidades para que se puedan contemplar desde allí a las instituciones comunes al desarrollo económico de los pueblos en un marco de equidad” (ZINNY, 2008: 17).

Un reciente estudio de GABRIELLI (2017: 8) demuestra la importancia de analizar la operación económica del contrato, es decir, sobre el negocio considerado, no solamente el tipo contractual de que se trate, sino además “la concreta regulación del autorreglamento de los intereses privados”. El autor postula que para alcanzar a visualizar la realidad sustantiva del negocio debe buscarse en el conjunto de operaciones económicas que permiten apreciar claramente cuál es su esencia. Esas operaciones económicas que ocurren en la vida de relación, por las cuales las personas llevan adelante y a partir de las presiones sociales, al decir de BETTI (2001), el decisorio de ejercer derechos económicos y sociales. Las mismas que confirman al contrato como institución y también, como centro de vida de los negocios (RIVERA, 2017).

En este esquema, existe lo que denomina *el riesgo contractual*, consecuencia directa de eventos negativos, no previstos, sobrevinientes o inevitables que acontecen en el transcurso de la vida del contrato (GABRIELLI, 2017). El CCCN considera normativamente la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente (art. 1091), comúnmente denominada teoría de la imprevisión contractual. La misma viene a contemplar el acontecimiento de una situación jurídica especial, en la cual la autonomía de la voluntad queda sustituida por un elemento extraño a tal principio y que trae como consecuencia la resolución del contrato en los casos en que el mismo era bilateral, oneroso y conmutativo, por cuanto se torna excesivamente gravosa la prestación continuada, periódica, o de ejecución diferida asumida por la parte contratante. La excesiva onerosidad no reconoce como causa exclusiva ni la culpa ni la mora del damnificado, por cuando todo se vuelve inoperante frente al acaecimiento de esos hechos imprevisibles y extraordinarios (SPOTA, 2009). Se fundamenta entonces porque lo que emerge es un desequilibrio sobreviniente, una situación que repugna a la justicia conmutativa, por cuanto se sufre una alteración de las circunstancias en que las partes fundaron su decisión de contratar (MOSSET ITURRASPE, 1977).

En el CCCN se establece que si un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente presenta el problema de la imposibilidad de cumplimiento de la prestación por parte de una de las partes, por habersele tornado excesivamente onerosa la misma por la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al momento de la celebración, la misma tiene derecho a plantear judicial o extrajudicialmente —por vía de acción o de excepción—, tanto la adecuación como la resolución total o parcial del contrato. Las mencionadas reglas se extienden también a los terceros, a quienes se les han conferido derechos o asignado obligaciones, propias del contrato. Finalmente se considera la posibilidad de la resolución del contrato aleatorio si la prestación se vuelve excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia (art. 1091).

VI. Conclusiones

a) En la República Argentina, la parte general del Derecho de los Contratos tipificada en el CCCN recepta instituciones clásicas y también modernas —estas últimas desde el aspecto normativo—, de notable trascendencia y vigencia, que son las que se fueron mencionando a lo largo y ancho del presente ensayo.

b) Como con razón se afirma, el CCCN ha cobijado una nueva matriz jurídica bastante diferente a la establecida anteriormente, priorizando una nueva perspectiva tanto en la proyección de los nuevos derechos como en su aplicación y concreción final (GRAJALES, 2016).

c) En este sentido, el sistema de valores que entronca el Derecho Constitucional nacional, expresa APARICIO (2016), se proyecta ineludiblemente hacia todos los ámbitos del derecho en forma de directriz y por ello, no puede haber contradicción entre los sistemas de derecho que se enmarcan por debajo de los *postulados constitucionales*.

d) Hacia finales del siglo pasado, era común escuchar en las conferencias del profesor Alterini relativas al objeto de tutela de los códigos civiles argentinos, la alusión a que el CCA era el cuerpo legal de los ricos y de los pobres, mientras que el Derecho actual —y en especial el malogrado proyecto de unificación argentino del año 1998 del cual formó parte—²⁴ sería el promisorio código de los consumidores.

²⁴ Cfr. Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

e) El CCCN actual se orienta en ese camino, y no debe albergarse duda alguna en decir además que inclusive, es el código de la voluntad, por cuanto como he referido, jamás el orden público se vio tan relativizado como en la actualidad.

f) Consecuentemente, la teoría general del contrato debe considerarse como descripta dentro de un sistema que contiene normas pero también principios y valores, que deben argumentarse desde la ley y también desde el Derecho, intentando alcanzar en cada caso, lo justo que a cada cual le pertenece, tesis que en España sostienen desde el notariado VALLET DE GOYTISOLO (1973a, 1973b), DELGADO DE MIGUEL (1992; 1998) y LORA TAMAYO RODRÍGUEZ (2012). A las mismas adscribo con convencimiento y con fe en el Derecho.

Bibliografía

ACQUARONE, M. T., COSOLA, S. J. y ROCCA, R. (2015) “Contratos. Parte General”, en CLUSELLAS, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, tº 3, Astrea y FEN, Buenos Aires.

ALBALADEJO, M. (1997) *Compendio de derecho civil*, 10ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona.

APARICIO, J. M. (2016) *Contratos. Parte General*, vol. 1 y 2, Hammurabi, Buenos Aires.

ARMELLA, C. N. (2015) *Contratos conexos, La Ley, Suplemento Especial: Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación-Contratos*, Buenos Aires.

AYUSO, M. (2016) *Constitución. El problema y los problemas*, Marcial Pons, Madrid.

BAROCELLI, S. S. (2017) “El derecho del consumidor y el nuevo código civil y comercial”, en KRIEGER, W. F. y BAROCELLI, S. S., *Derecho del consumidor*, El Derecho, Buenos Aires.

BETTI, E. (1970) *Teoría General de las Obligaciones*, tº II, Trad. José Luis de los Mozos, Revista De Derecho Privado, Madrid.

— (2000) *Teoría general del negocio jurídico*, trad. Martín Pérez, Comares, Granada.

— (2001) “Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico”, en BETTI, E., GALGANO, F., SCOGNAMIGLIO, R. y BATTISTA FERRI, G., *Teoría General del negocio jurídico*, Ara Editores, Lima.

BORDA, A. (2016) *Derecho Civil-Contratos*, Thomson Reuters- La Ley, Buenos Aires.

BUERES, A. J. (dir.) - COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. y GEBHARDT, M. (coord.) (2018) *Código Civil y Comercial de La Nación y normas complementarias*, tº 3C, Hammurabi, Buenos Aires.

CARNELUTTI, F. (1955) *Teoría General del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid.

CASTÁN TOBEÑAS, J.; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M. y LÓPEZ CABANA, R. M., (2000) *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

CIFUENTES, S. (2001) “Forma de los actos jurídicos”, en BELLUSCIO, A. C. (Director) y ZANNONI, E. A., *Código Civil y Leyes complementarias*, tº 4, 3º reimp., Astrea, Buenos Aires.

— (2004) *Negocio Jurídico*, Astrea, Buenos Aires.

— (2011) *Código Civil Comentado y Anotado*, con la coordinación de SAGARNA, F. A., tº II, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires.

COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. (1992) *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires.

CONTRERAS LÓPEZ, R. S. (2016) *Derecho Civil*, Porrúa, México.

COSOLA, S. J. (2014) “Contrato de Mandato”, en ARMELLA, C. N. (dir.) - Esper, M. (coord.), *Corte Suprema de Justicia de La Nación. Máximos Precedentes-Contratos*, La Ley, Buenos Aires.

— (2010) “Principios de la contratación inmobiliaria”, en ACQUARONE, M. T. (dir.), *Derecho Inmobiliario*, Di Lalla Ediciones, Buenos Aires.

— (2014) “Forma y prueba del acto jurídico” (arts. 284 a 288); “Instrumentos públicos” (arts. 289 a 298); “Escritura pública y acta” (arts. 299 a 312); “Instrumentos privados y particulares” (arts. 313 a 319), en RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (dirs.) – ESPER, M. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tº I, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires.

— (2015) “Importancia del desarrollo de los valores emergentes de los instrumentos públicos en el seno del nuevo derecho privado constitucional argentino”, en *Revista en Letra*

(Referato Latindex), consultado en: [<https://enletra.files.wordpress.com/2015/09/el-4-i-cosola.pdf>] el 13/07/2018.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1992) “La esencia deontológica de la profesión notarial”, en DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Compilador) *Deontología notarial*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España-Consejo General del Notariado Español, Madrid.

— (2002) *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid.

DELGADO DE MIGUEL, J. F. (1998) *La deontología notarial frente a los clientes, a los colegas y al Estado*, Graficas Summa, Asturias.

DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A. (2003) *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid.

— (2015) *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 12º edic., Tecnos, Madrid.

DWORKIN, R. (2002) *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.

ESPINOZA-ESPINOZA, J. (2017) *Acto jurídico negocial*, 4ª edic., Instituto Pacífico, Lima.

GABRIELLI, E. (2017) *Operación económica y teoría del contrato*, Astrea-G. Giappichelli Editore, Buenos Aires.

GALINDO GARFIAS, I. (2015) *Derecho Civil-Primer Curso*, 29ª edic., Porrúa, México.

GARRIDO, R. F., ZAGO, J. A. y GARRIDO CORDOBERA, L. M. (2014) *Contratos Civiles y Comerciales*, 1-Parte General, 3ª edic., Hammurabi, Buenos Aires.

GASTALDI, J. M. (1994) *Contratos*, vol. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

— (2003) *Introducción al estudio del contrato*, La Ley, Buenos Aires.

GORDILLO, A. (2015) *Orden público como principio no general del derecho argentino*, LL 2015-F-1041.

GRAJALES, A. A. y NEGRI, N. J. (2016), *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial*, Astrea, Buenos Aires.

HERNÁNDEZ, C. A. (2016) “El consentimiento contractual”, en NICOLAU, N. L., y HERNÁNDEZ, C. A. (dirs.) y FRUSTRAGLI, S. A. (coord.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de La Nación*, La Ley, Buenos Aires.

HERRERA, D. A. y VIGO, R. L. (2016), “El concepto de persona humana y su dignidad”, en *Personas Humanas*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

HIGHTON, E. I. (2016) “Capacidad de los menores de edad”, en *Personas Humanas*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

LAFERRIERE, J. N., (2016) “La persona humana en el Código Civil y Comercial. Consideraciones generales”, en LIMODIO, G. (Editor), *Derecho y persona humana en el Código Civil y Comercial*, Educa, Buenos Aires.

LAMARCA MÁRQUEZ, A. (2013) *Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch)*, Marcial Pons, Madrid.

LAMBER, R. A. (2003) *La escritura pública*, tº I, FEN, La Plata.

LARENZ, K. (2002) *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Comares, Granada.

LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P. (2007) “La responsabilidad postcontractual”, en *Ensayos de Derecho Civil y Técnica Legislativa* del mismo autor, La Ley, Buenos Aires.

— (2014) *La frustración de la causa fin del contrato*, La Ley-Diario.

— (2016) “Contratos”, en ALTERINI, J. H. (dir. general) LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P. (dir. de tomo) y ALTERINI, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, 2ª ed., tº V, La Ley, Buenos Aires.

Libro Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2005) La Ley, Buenos Aires.

Libro *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II* (Los trabajos de “la comisión de derecho contractual europeo”) (2003) Edición: Olé Lando y Hugh Beale, Consejo General del Notariado, Madrid.

LLAMAS POMBO, E. (1999) *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor- Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Trivium Editorial, Madrid.

— — (2002) *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

LLAMBIAS, J. J. (1991) *Tratado de derecho civil-parte General*, Tº II, actualizado por RAFFO BENEGAS, P., Editorial Perrot, Buenos Aires.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J. (2006) *Teoría de los contratos- Parte General*, tº 1, Zavallía, Buenos Aires.

LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I. (2012) *Derecho y crisis económica*, Revista Jurídica del Notariado, XII extraordinario, Madrid, (Separata).

LORENZETTI, R. L. (2004) *Tratado de los Contratos- Parte General*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

— — (2016) *Fundamentos de derecho privado. Código Civil y Comercial de La Nación*, La Ley, Buenos Aires.

MESSINEO, F. (1986) *Doctrina General del Contrato*, tº I, trad. FONTANARROSA, R., SANTIS MELENDO, S. y VOLTERRA, M., con notas de Derecho Argentino de V. NEPPI, EJE, Buenos Aires.

MORENO RODRIGUEZ, J. A. (2014) *Hechos y actos jurídicos*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política e Intercontinental Editora, Asunción.

MOSSET ITURRASPE, J. (1977) *Justicia Contractual*, Ediar, Buenos Aires.

— — (1999) *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

— — (2011) *Derecho Civil Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

MUGUILLO, R. A. (2016) *Contratos civiles y comerciales. Parte General*, Astrea, Buenos Aires.

MUÑOZ, L. (1960) *Contratos*, tº I, TEA, Buenos Aires.

NICOLAU, N. L. (2009) *Fundamentos de derecho contractual*, tº I, La Ley, Buenos Aires.

NINO, C. S. (2003) *La validez del derecho*, 2ª reimp., Astrea, Buenos Aires.

OJEDA RODRÍGUEZ, N., *Derecho de los contratos. Teoría General*, Félix Varela, La Habana, 2006.

ORGAZ, A. (1963) *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Editor Víctor p. de Zavallá, Buenos Aires.

OSSOLA, F. A. (2016) *Responsabilidad Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B. (2012) *Contratos civiles*, 14ª ed., Porrúa, México.

— — (2013) *Doctrina notarial internacional*, Porrúa y Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México.

PÉREZ GALLARDO, L. B. (2011) *Código Civil de la República de Cuba*, Anotado y concordado, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana.

PLOVANICH, M. C. (2009) “Los derechos de la personalidad y su protección legal”, en AA.VV., *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-1961-1969)*, tº I, Academia Nacional del Derecho de Córdoba- Advocatus, Córdoba.

QUAGLIA, M. C. (2018) “Contratos en general”, en BUERES, A. J. (dir.) - COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. y GEBHARDT, M. (coord.), *Código Civil y Comercial de La Nación y normas complementarias*, tº 3C, Hammurabi, Buenos Aires.

REZZÓNICO, J. C. (1999) *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires.

RISOLÍA, M. A. (1946) *Soberanía y crisis del contrato*, Valerio Abeledo-Editor, Buenos Aires.

— — (1954) *Capacidad y contrato*, Abeledo Perrot, Serie Monografías Jurídicas nº 14, Buenos Aires.

RIVERA, J. C., CROVI, L. D. y DI CHIAZZA, I. G. (2017) *Contratos. Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

ROJINA VILLEGAS, R. (2014) *Compendio de derecho Civil. Introducción, Personas y familia*, 14ª ed., tº I, Porrúa, México.

ROSATTI, H. (2016) *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

SÁNCHEZ MEDAL, R. (2013) *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México.

SPOTA, A. G. (2009) *Contratos-Instituciones de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires.

STIGLITZ, G. A. (1993) “Responsabilidad precontractual”, en STIGLITZ, R. S. (dir.), *Contratos-Teoría General*, tº II, Depalma, Buenos Aires.

STIGLITZ, R. S. (1992) *Objeto, causa y frustración del contrato*, Depalma, Buenos Aires.

— (1993-1994) *Contratos-Teoría General*, II Tomos, Depalma, Buenos Aires.

— (1994) “Contenido del contrato”, en STIGLITZ, R. S. (dir.), *Contratos. Teoría General*, tº I, Depalma, Buenos Aires.

TOLLER, F. M. (2016) *Sistema de citas y redacción en derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires.

TORRES VÁZQUEZ, A. (2016) *Teoría General del Contrato*, II Tomos, Instituto Pacífico, Lima.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1973a) *En torno al derecho natural*, Organización Sala Editorial, Madrid.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1973b) *Panorama del derecho civil*, 2º ed., Bosch, Barcelona.

VERGARA, L. (2018) *Sistema maestro de responsabilidad civil*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires.

VIDAL RAMÍREZ, F. (2016) *El acto jurídico*, 10ª ed., Instituto Pacífico, Lima.

VIDELA ESCALADA, F. (1968) *La causa final en el derecho civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

VIGO, R. L. (1983) *Las causas del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

VIGO, R. L. (1999) *Interpretación jurídica*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

VÍTOLO, D. R. (2017) *Manual de contratos*, Tº I, Editorial Estudio, Buenos Aires.

ZAVALA, G. A. (2003) *La forma notarial*, en Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial nº 2, Consejo General del Notariado Español, Madrid.

ZINNY, M. A., (2008) *Instituciones de derecho privado*, Ad Hoc, Buenos Aires.

CÓDIGOS

Código Civil Argentino, con las notas explicativas, Editora Platense, 1961.

Código Civil Argentino, Zavalía, Buenos Aires, 1998.

Código Civil y Comercial de La Nación, Astrea, Buenos Aires, 2015.

Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch), Marcial Pons, Madrid, 2013.

Código Civil de la República de Bolivia, Ediciones Nacionales Serrano, Cochabamba, 2008.

Código Civil de la República de Cuba, Anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

Código Civil del Perú, Jurista Editores E.I.R.L, Lima, 2017.

Código Civil Paraguayo y Código Procesal Civil, Ediciones Librería El Foro S.A, Asunción, 2016.

Código Civil, 7º edic. anotada y concordada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Código Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.