

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

deseable que cada uno de nosotros dedicara mayor esfuerzo para lograr, en todos los órdenes, la paz, la armonía y la equidad. La tarea individual nunca es infructuosa. La discordia se contagia, pero la concordia mucho más.

La Dirección

DOCTRINA

REFLEXIONES SOBRE EL CONTRATO CONTEMPORÁNEO (*)⁽¹⁾

CARLOS MARCELO D' ALESSIO

Para elegir este tema para la disertación de ingreso a la Academia Argentina del Notariado tuve en cuenta, además de una especial inclinación personal por la materia, la estrecha vinculación que esto tiene con la función notarial. Ello no sólo porque los contratos constituyen buena parte de lo que los notarios hacemos todos los días, sino además porque creo importante resaltar la misión que en tal carácter cumplimos como custodios de la formación del consentimiento en el momento genético del contrato.

La ley exige la formalidad de la escritura pública para algunos actos que el legislador consideró trascendentes, no sólo por las características que habría de tener tal instrumento, sino como modo de brindar al individuo en esos momentos importantes la protección, el asesoramiento que significa la actuación imparcial de un funcionario, profesional del derecho, que cumpliendo acabadamente su deber de prevención va a cuidar que ese negocio se geste en las mejores condiciones. Esto es lo que se ocupó de resaltar el XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Montreal en 1986, cuando señaló que "la complejidad en el mundo actual supone un desafío para el notariado y estimula la preparación profesional y su realización para conservar así los derechos fundamentales de la persona humana y en particular de la autonomía de la voluntad".

En los últimos tiempos se ha escrito y hablado mucho sobre el tema del contrato en el mundo de hoy, presentándose por lo general dos modelos. Por un lado, un contrato clásico, al que con un cierto aire peyorativo se lo denomina "contrato decimonónico", frente a un contrato moderno donde lo económico parece reemplazar lo jurídico.

Para ejemplificar esta posición elegí unas muy breves conclusiones de unas importantes Jornadas de Derecho Civil celebradas hace tres años y que el profesor Mosset Iturraspe transcribe en una de sus obras. Se concluyó en esa oportunidad: "En el Código Civil el contrato se muestra como una categoría jurídica basada en el voluntarismo". "En la realidad presente el contrato es un instrumento económico, elemento objetivo y funcional de la operación de los mercados"⁽¹⁾⁽²⁾.

De acuerdo con esta posición parecería que estamos antes dos figuras absolutamente distintas. Por un lado un esquema clásico, interesado solamente en el cumplimiento o incumplimiento de un pacto, un contrato que parece agotarse en el momento genético, en el toma y daca del momento de celebración, prescindiendo de los resultados que éste pueda tener, ya

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sean positivos o negativos para las partes y aun para la sociedad. Frente a esto se nos presenta el esquema moderno, donde las leyes económicas parecen reemplazar en buena medida a la convención de las partes, y esto hace necesario que para obtener un resultado más equitativo deban limitarse los efectos de lo convenido o someterlos a permanente revisión judicial. Se nos describen así los elementos, las formas, los modos de celebración como absolutamente diferentes. Pero lo que me parece más grave de esta situación es que se muestra esta evolución como una consecuencia inevitable de una sociedad de masas en la cual se ha operado la despersonalización del individuo, quien aparece como un sujeto casi pasivo de relaciones jurídicas inestables.

Tenemos entonces la siguiente imagen. Por un lado, un hombre del siglo XIX, fuertemente individualista, viviendo en un mundo en el que reinaba el equilibrio contractual y por lo tanto su voluntad operaba casi sin límites y mediante su ejercicio creaba sólidos vínculos que se mantenían incólumes fueran cuales fuesen los resultados obtenidos. Por otro lado, un hombre moderno, que vive en una sociedad masificada, llena de injusticias y desigualdades. Este hombre aparece como incapaz de delinear sus propios vínculos jurídicos. Por tanto, es el Estado quien debe contrarrestar su voluntad a través de reglas imperativas y, por las dudas, conferir a las normas que él cree poca firmeza revisando los acuerdos celebrados mediante el ejercicio de amplias potestades judiciales que reemplacen a la voluntad de las partes.

Tanto quienes han visto en este proceso una crisis con sentido negativo, como aquellos que la ven como un fenómeno positivo en la evolución del derecho, coinciden en que la variación fundamental en la estructura del contrato pasa por los principios de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria, postulados ambos que entrelazados constituyen una suerte de columna vertebral de todo contrato. Vamos entonces a centrar nuestro análisis en la evolución de estos principios.

Para poder ser coherentes, vamos a limitar el campo de nuestro análisis al ámbito del derecho privado. Aquellas convenciones donde uno de los contratantes es el Estado en ejercicio del poder público quedarán excluidas. De manera que a los llamados contratos o convenciones administrativas los vamos a considerar fuera de este campo, ya que justamente las potestades de que goza el Estado hacen que reúnan ciertas características diferentes y por lo tanto estén fuera de nuestro análisis.

Nos reduciremos también al campo de lo patrimonial, excluyendo aquellas convenciones como el matrimonio, que si bien pueden ser consideradas contrato en el derecho canónico están impregnadas de una fuerte dosis de orden público, dada la importancia social de las instituciones que se regulan. El escaso margen que en este campo resta para el juego de la autonomía de la voluntad nos obliga a brindarles un tratamiento específico, excluyéndolas por tanto del campo contractual⁽²⁾⁽³⁾.

Tampoco podemos incluir los llamados convenios colectivos que, si bien pueden mostrar una estructura exterior similar a la de un contrato, presentan tal diferencia respecto de su efecto relativo que nos obligan a considerarlos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una institución propia del derecho laboral y por ende tampoco incluida en nuestro concepto de contrato. Por supuesto queda también fuera de análisis lo vinculado con el contrato de trabajo, objeto de estudio de la rama específica del derecho laboral.

Trataremos ahora de dar un pantallazo de la evolución del contrato. Nos resulta gráfico para empezarla citar la frase del profesor de la Universidad de Oxford, Henry James Summer Maine, quien en su libro *Ancient Law*, publicado en 1874, dice que "la historia del derecho consiste en un progreso que del status conduce al contrato"⁽³⁾⁽⁴⁾. Esta máxima nos interesa más que por su validez científica para tomarla en un sentido casi metafórico. Nos muestra que el hombre parte de una sociedad primitiva en la que, independientemente de su voluntad, se encuentra emplazado en una situación invariable. El no constituye la unidad social. La unidad de la sociedad era la familia en la que él ocupaba un determinado rol que le atribuía determinadas relaciones jurídicas. Allí la movilidad social era nula; poco o nada podía hacer él para cambiarla.

La evolución hace que el hombre vaya sustituyendo a la familia como unidad social, y como consecuencia de ello comience a tejer sus propios lazos que irán conformando la trama social. Irá así ocupando un determinado lugar y adquiriendo movilidad social. El vínculo que reemplaza poco a poco los derechos y deberes puede autorregularse, y de tal modo configura su propia ubicación en la sociedad.

El contrato, como resultado de esa potestad jurídica que se confiere al hombre, se convierte entonces en el modo en que éste plasma sus más diversos intereses; desde los de aquel de muy escasas posibilidades económicas, hasta los de los grandes grupos empresariales; desde los meramente afectivos o recreativos hasta los de relevancia económica. Es la institución a través de la cual se puede regular y dividir el trabajo social. Es el instituto que permite aunar los esfuerzos individuales para lograr la ejecución de grandes proyectos. El contrato se convierte así - en palabras de Messineo - en el centro de la vida de los negocios.

Este concepto que hoy tenemos tan arraigado, viendo jugar a la libertad contractual fuera de todo esquema rígido, para más allá de todo molde crear cuantas figuras contractuales sean imaginables, es producto de una evolución histórica. Sin pretender profundizar en ella, señalaremos algunos hitos.

En Roma no se formuló una definición de contrato. Los romanos sólo conocían figuras contractuales en particular, que se tornaban obligatorias en la medida en que se cumplieran algunas de las formalidades previstas. Nacen así los contratos *verbis* y los contratos *litteris*, donde no bastaba la promesa aceptada para que se generara la fuerza vinculante, sino que ésta surgía de la observancia de determinadas solemnidades. Es entonces la forma y no la voluntad la que tornaba obligatorio el contrato. Se suman luego los contratos reales, donde la entrega de la cosa suple las otras formalidades. En una época posterior se agregan también los contratos consensuales pero ello no implica llegar al consensualismo de hoy, porque el consentimiento en estos casos obligaba exclusivamente en cuanto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

recayera en algunas de las figuras tipificadas. Poco a poco se va acordando acción a más pactos, pero en definitiva, aun en el derecho romano de la época clásica, los individuos podían pactar sobre cualquier materia, pero su convención no era obligatoria por naturaleza sino cuando la ley, el edicto del pretor o la constitución imperial le habían conferido acción. Con la caída del Imperio Romano de Occidente se produce la fusión entre el derecho romano y el germánico. Los germanos traían una concepción más amplia y menos estructurada de la autonomía de la voluntad. Así encontramos en el régimen feudal dos características: por un lado, se había extendido notablemente la posibilidad de contratar, y por otro, era mucho menor el margen de seguridad, ya que la inexistencia de un poder central fuerte, como había habido en el Imperio Romano, hacía que las obligaciones de los deudores quedasen libradas al arbitrio político del príncipe o del señor feudal.

Es el derecho canónico el que consagra la máxima *pacta sunt servanda*, principio del consensualismo en virtud del cual los pactos son obligatorios. Esta máxima, en su formulación completa nos dice que los pactos, aun los nudos - es decir aquellos que no estaban tipificados por la ley - , son obligatorios. El derecho canónico promueve una profunda transformación del sentido ético de los contratos. Así son muchos los principios de raigambre cristiana que encontramos hoy incorporados al campo contractual.

De cualquier modo faltaba algo, pues el desequilibrio social producido por la fuerte estructura monárquica restaba significación a esta libertad, ya que la misma se ejercía exclusivamente en los estratos superiores. Era necesaria entonces una profunda transformación política, que llega a fines del siglo XVIII con la Revolución Francesa. En esta posición filosófica y política en la que la soberanía y el poder emanan originariamente del hombre, la voluntad humana es el centro de las relaciones jurídicas. Esta posición se plasma en el pensamiento de Rousseau, quien llega a concebir a todo el Estado como producto de un contrato social. El hombre es libre por naturaleza y sólo en la medida en que él encuentra en la comunidad políticamente organizada las condiciones de su seguridad, su felicidad y su progreso, se desprende de una parte de su voluntad y la deposita en el Estado para que éste organice la vida social y regule la libertad que los individuos se habían reservado. El Estado resulta entonces de un orden contractual: libertad e igualdad.

Esta es la situación histórica en la que se dicta el Código de Napoleón de 1804, donde los principios de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria se consagran con todo su vigor. Así pasa a nuestro Código Civil y se mantiene en muchos códigos de este siglo: el italiano de 1942(4)(5), el portugués, y el paraguayo de 1987(5)(6) que reproduce casi literalmente el artículo 1134 del Código francés.

Antes de analizar los principios de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria en nuestro Código, hagamos una breve referencia a los fundamentos de estos principios. No vamos a entrar a discurrir si se trata de una cualidad immanente del hombre a la que el Estado le brinda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reconocimiento o si, por el contrario, se trata de una potestad derivada de la ley al individuo. Preferimos la explicación más pragmática que el maestro Risolía nos da en su tesis Soberanía y crisis del contrato, diciendo que la voluntad jurídica es expresión de la voluntad humana que tiene eficacia en el campo del derecho. La autonomía de la voluntad es esa eficacia. Por tanto, es expresión de la fuerza Jurígena de la voluntad del hombre, del pensamiento del hombre que es por definición racional, inteligente y libre(6)(7).

Este hombre, actuando libremente, desplegará esa fuerza jurígena y en la medida en que lo haga en el campo de lo lícito y se proponga con esto generar efectos jurídicos, habrá creado un vínculo. Cuando este vínculo por él creado se relacione con otro se habrá formado una convención; y cuando este consentimiento recaiga sobre un objeto de índole patrimonial, se habrá generado un contrato.

Vélez Sarsfield consagró el principio en el artículo 1197 que toma de Marcadé mejorando la redacción de aquel 1134 del Código francés: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma". Habitualmente enseñamos que esta asimilación a la ley no implica en absoluto confundir ambos institutos, sino que es una imagen de lo vigoroso del vínculo creado en el contrato.

Vélez reafirma este principio en la nota al artículo 54, en la que excluye a la prodigalidad como supuesto de incapacidad. Más aún, en la nota que agrega a continuación del artículo 943 manifestando su opinión en contra de la inclusión en el Código de la lesión objetiva, dice: "... dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos".

Este principio, tan enfáticamente enunciado ¿es absoluto? Cuanto más absoluto lo consideremos, más criticable habrá de ser. En la posición que pretende modificar la formulación del principio de la fuerza obligatoria, se nos remarca el carácter absoluto en la redacción originaria del Código. Pero veamos si esto es así. A poco andar encontramos el primer límite en el art. 21 del Cód. Civil: "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres". De tal manera, ya en nuestro Código originario, no podíamos celebrar contrato entre cónyuges; no podíamos hacer un contrato de locación por plazo mayor de diez años - luego, generado el problema de vivienda, no hay ningún inconveniente en fijar plazos mínimos - ; no podíamos incluir ciertas cláusulas en el contrato de sociedad; no podíamos contratar sobre herencias futuras; no podíamos ceder los derechos a alimentos futuros, etc. Esta es, entonces, la primera limitación al principio de la fuerza obligatoria.

Las fecundas nociones de moral y buenas costumbres que Vélez incluye e incluso define en el Código y que aparecen muy claramente en el artículo 953 sobre objeto de los actos jurídicos configuran otro límite importante. Quienes cursamos las materias de derecho civil antes de la reforma de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1968, recordamos muy bien la aplicación prolífica que los jueces hicieron del principio contenido en el artículo 953, lo que les permitió aplicar la teoría de la lesión, de la imprevisión y del abuso del derecho, antes de que éstas tuvieran consagración legislativa.

La doctrina coincide en que si bien el principio de buena fe fue literalmente incorporado en el artículo 1198 por la reforma de la ley 17711, ya estaba implícito en la redacción anterior cuando decía que el contrato obligaba a lo que estaba virtualmente comprendido en él. Además, el principio de buena fe había sido expresamente incluido por el Codificador en otros institutos, tales como la evicción, las sociedades y el mandato(7)(8).

Si continuamos señalando los límites que el principio reconocía ya en el Código de Vélez, como elementos moralizadores del contrato, no debemos dejar a un lado la causa, como noción en el sentido de finalidad perseguida por las partes al contratar. La causa nos presenta el elemento volitivo de los sujetos, no solamente en el momento genético del contrato, al formarse del consentimiento, sino también extendida a través de todo el período funcional en la medida en que debe mantenerse esa finalidad que las partes han perseguido. El art. 502 en materia de causa ilícita también opera como un importante límite.

Debemos referirnos también a las normas sobre interpretación que nos van a permitir obtener soluciones justas y equitativas, más allá de la letra fría de los contratos. Ya nos hemos referido al principio en general por el que los contratos deben interpretarse de buena fe. Aun en las reglas contenidas en el Código de Comercio y de aplicación a los contratos civiles encontramos que debe buscarse la intención común de las partes, antes que atenerse a la literalidad de los términos. También debemos tener en cuenta el comportamiento de las partes con posterioridad al acto y no solamente el texto de las cláusulas(8)(9).

Asimismo encontramos el principio general de que las cláusulas ambiguas se interpretan en favor del deudor en el sentido de la liberación(9)(10). Esta norma de interpretación ha sido entendida en un sentido más amplio que el del mero deudor en una obligación creditoria: es el respeto a la debilidad jurídica, es decir, el favorecer a la parte más débil. Así lo interpreta nuestro maestro Videla Escalada en su obra sobre interpretación de los contratos civiles (10)(11) y fue reiterado en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Corrientes en 1985, que hizo aplicación de esta norma de interpretación a los contratos de adhesión.

De manera que en el Código de Vélez, antes de cualquier reforma, los principios de la autonomía de la voluntad y de su fuerza obligatoria no eran tan absolutos. No debemos considerarlos como un dogma de fe si queremos verlos subsistentes con el correr del tiempo. Estos principios han subsistido y permitieron que los jueces los fueran aplicando con un sentido de equidad.

Luego llega la reforma de 1968, que introduce la teoría de la lesión, para resolver aquellos casos donde había habido un aprovechamiento de una situación de inferioridad de la víctima en el momento del nacimiento del acto: la teoría de la imprevisión, para solucionar aquellos casos en los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuales durante el período funcional del contrato se había tomado excesivamente oneroso; y la teoría del abuso del derecho que consagra como supuesto de ineficacia del acto que éste contrarie el fundamento en virtud del cual nos fue conferido determinado derecho subjetivo.

Creo que todos hemos superado ya el temor del maestro Risolía expresado en su tesis que ya cité, y entendemos que una sana aplicación de estos institutos contribuye a elevar el nivel ético del contrato. En definitiva, su prudente aplicación constituye un justo remedio para casos individuales. Estas soluciones equilibradas con una firme formulación del principio de la fuerza obligatoria, nos permitirán arribar a soluciones justas.

¿Cuáles son los fenómenos que se describen como propios de la contratación contemporánea?

Vamos a dejar a un lado lo referido a los modos de contratación -por fax o computadoras - porque ello hace más a la forma de instrumentación que al fondo.

Un primer campo propio de la contratación de nuestros días son los contratos celebrados a través de condiciones negociales generales, contratos con contenido predispuesto, contratos celebrados por adhesión, que a los efectos de esta exposición vamos a considerar como sinónimos. Este es un modo de contratación propio de una sociedad donde el comercio opera velozmente, donde la evolución de las comunicaciones hace que se puedan celebrar contratos a distancia en forma instantánea y donde el tráfico jurídico intenso obliga a operar con contratos estandarizados.

Hablamos de condiciones negociales generales cuando nos encontramos con un contrato con un contenido predispuesto que es elaborado por una de las partes, que habitualmente goza de mayor poder contractual, mientras que la otra parte, si quiere contratar, tiene que aceptar esas cláusulas y no puede introducirle modificaciones.

Quienes han estudiado estas instituciones han llegado a considerarlas como un fenómeno peculiar que escapa al concepto de contrato⁽¹¹⁾⁽¹²⁾. Respecto de esto queremos dar dos pautas. Por un lado, entendemos que es bueno considerarlos como verdaderos contratos, donde el modo de celebración reviste características particulares, donde el modo de formación del consentimiento se ha operado mediante un mecanismo especial, pero contratos al fin. En la medida que los consideremos dentro de este campo vamos a poder aplicarles todas las instituciones y limitaciones a la fuerza obligatoria que acabamos de enunciar⁽¹²⁾⁽¹³⁾. Así lo han interpretado las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en La Plata en el año 1981.

Por otro lado, creemos que es importante distinguir diversos niveles, porque no es lo mismo el formulario de boleto de compraventa que se presenta a un adquirente que puede elegir comprar un departamento en un edificio o en el de enfrente, que el verdadero contrato de adhesión donde una de las partes ejerce un auténtico monopolio, tal el caso de las empresas de seguro y de transporte. En estos últimos contratos, cuanto mayor sea el poder contractual de la empresa - que no siempre tiene que ver con el poderío

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

económico, sino muchas veces con el monopolio que puede estar ejerciendo - mayor será la necesidad de la intervención del Estado. El Estado intervendrá dictando normas reguladoras imperativas, fijando horarios, tarifas, etcétera, y controlando su cumplimiento, o a través de los jueces revisando estos contratos.

Además, en esta materia serán fundamentales las normas de interpretación; no solamente la aplicación de las que mencionamos antes, sino también la inclusión en la legislación de normas de interpretación propias de los contratos de adhesión, tales como las que ha señalado reiteradamente la doctrina en el sentido de que las cláusulas introducidas en forma especial en el formulario valen por sobre las impresas, que en la duda debe interpretarse en favor del aceptante y no del predisponente, etcétera.

Queremos destacar especialmente la función del escribano cuando debe intervenir en un contrato que se celebra por adhesión. El Congreso de Montreal de 1986 ha señalado que el papel del notario de restablecer el equilibrio contractual puede ser fundamental.

Como consecuencia de esta característica de la contratación, se va desarrollando una serie de fenómenos que tienen que ver con la protección previa del contratante, o sea, antes del momento de la celebración del contrato. Nos parece importante enfatizar esta tarea previa, porque en la medida que consigamos advertir suficientemente al contratante y superar esa situación de debilidad a través de una debida protección, podremos luego afirmar que el vínculo que se ha generado es firme ya que el individuo habrá sido previamente asesorado y advertido.

Esta tarea incluye una intensa educación contra el consumismo propio de nuestra época; dictado de reglas sobre lealtad comercial; determinación de los derechos del consumidor, que en nuestro país están pobremente legislados. En materia específicamente contractual, habría que ampliar el campo de la responsabilidad precontractual.

En este campo, se ha acentuado el deber precontractual de información que se impone a la parte que más conoce, es decir, el profesional, quien está obligado a informar al otro contratante acerca del contenido del negocio que va a firmar y de los riesgos que implica⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾. Son ilustrativas en este sentido las directivas del Consejo de Europa para la Comunidad Económica Europea⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾. Los repertorios de la reciente jurisprudencia francesa nos señalan por ejemplo el caso del vendedor de un programa de computación que no le advirtió al comprador que ese programa no iba a funcionar en su equipo, o el caso del empresario que se abstuvo de indicarle a quien había encargado el trabajo que no era posible obtener el resultado esperado⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾.

Se ha trabajado también ampliando el campo de los vicios de la voluntad incluyendo además de los tradicionales - error, dolo, violencia -, el vicio de seducción, que puede implicar una especie de error, al cual es inducido un sujeto a través de los modernos medios de publicidad. Este vicio ha sido consagrado específicamente por las leyes francesas de crédito mobiliario de 1978 y 1979.

En el proceso formativo del contrato es interesante la disposición de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

legislación francesa en materia de venta domiciliaria, que con el fin de proteger al contratante contra sus propios arrebatos le impone en forma obligatoria un período de reflexión en algunos casos de 6 días y en otros de 10, de modo que aunque él quiera no puede aceptar la oferta antes de haber transcurrido ese plazo, ello con el fin de que disminuya su entusiasmo(16)(17).

Respecto de la instrumentación de los contratos también nos encontramos con un resurgimiento de cierto formalismo protector, destinado a señalar las obligaciones asumidas y aun la obligación de incluir en el texto del contrato determinadas disposiciones protectoras que prevé la ley para asegurarse que el sujeto las conozca. Existen también reglas en cuanto a la grafía y claridad de los contratos. Recordemos por ejemplo en nuestro derecho la disposición de la ley de prehorizontalidad que nos obliga a hacer constar, en cláusula expresa, que debe aceptar en forma individual el adquirente cualquier cercenamiento de sus derechos, y adentrándonos en la etapa funcional o de cumplimiento del contrato vemos la posibilidad de alguna de las partes de incluir cláusulas de retractación. Recordemos en este sentido las que contiene la ley de locaciones urbanas vigente en nuestro país, que le confiere al inquilino del inmueble destinado a vivienda la posibilidad, al cabo de seis meses, de deshacer el vínculo contra el pago de una indemnización. Es interesante también el desarrollo de las cláusulas de salvaguarda - expresión tomada del derecho internacional - por las que en los contratos de larga duración se establece que si cambiaran sustancialmente las condiciones, las partes se comprometen ellas mismas a reconsiderar las estipulaciones del contrato. Aquí se utilizan dos mecanismos: prever que serán las mismas partes las que lo van a reaver, o bien designar en el mismo contrato a un mediador o árbitro que ante ese cambio de circunstancias pueda revisar el contrato(17)(18).

Vemos en estas cláusulas un sano mecanismo endógeno, donde el mismo contrato que está destinado a durar mucho tiempo prevé su readaptación a las nuevas circunstancias. Estas cláusulas, que son expresión del principio de la autonomía de la voluntad, podrán hacer que el vínculo se mantenga firme y que no tenga que venir nadie de afuera a revisarlo.

En este campo se ha ampliado también el concepto de buena fe, sancionando no solamente la deslealtad manifiesta, sino exigiendo un activo deber de colaboración. Buenos ejemplos de esto, tomados de la jurisprudencia francesa, son el caso del vendedor de un sistema informático a quien se exigió que colaborara tiempo después con el adquirente en la adaptación del sistema al nuevo equipo que había comprado; el del contrato de franquicia donde se impuso la carga al franquiciante de brindar asistencia técnica al franquiciado; y el del contrato de factoring donde se obligó al tomador a colaborar en el cobro de las facturas que habían sido objeto del contrato.

Se ha analizado la posibilidad de incorporar a nuestro derecho el instituto inglés de la frustración del contrato, donde nos encontramos con un contrato válidamente celebrado, cuyo cumplimiento es posible, que no resulta excesivamente oneroso, pero donde los fines que las partes habían tenido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en mira al contratar han desaparecido. En este caso el cumplimiento es posible, pero inútil, ya que la finalidad ha desaparecido por una causa ajena a los contratantes. Este instituto aparece en el proyecto de reforma del Código Civil de 1987(18)(19).

Nosotros hemos entendido que si bien estos supuestos tienen hoy solución a través de la teoría de la causa, la inclusión de este instituto en el Código Civil puede resultar una solución más para casos particulares en pos de la equidad.

Finalizada esta rápida revisión de los fenómenos de la contratación contemporánea, advertimos que el contrato presenta hoy algunas características peculiares que son consecuencia de ese tráfico comercial más intenso y veloz. Avizamos en este sentido un panorama alentador en la medida en que existe una profunda preocupación por la equidad y justicia. Hoy nos preocupamos por nivelar desigualdades que en otros momentos históricos se hubiesen soslayado. En este sentido, si hacemos todo lo posible por mantener este contenido ético, el contrato cumplirá mejor su función en la sociedad, y se acercará más a la visión de Demogue que decía que el contrato forma un microcosmos; es una pequeña sociedad donde cada uno debe trabajar por el bien común, que es la suma de los bienes individuales.

Pero nos preguntamos, ¿estos rasgos propios de la contratación de hoy autorizan a considerar al contrato contemporáneo como una categoría distinta de la figura consagrada en nuestro Código Civil? ¿Podemos decir que el contrato clásico está reservado para los megacontratos - aquellos celebrados entre grandes empresas donde la posibilidad de desequilibrio ha desaparecido -, mientras que en el resto la figura es sumamente peligrosa y debemos descartarla?(19)(20). ¿Ha quedado perimida la fuerza obligatoria de los contratos? ¿Es necesario relativizar el principio en su formulación legislativa estableciendo que el vínculo se mantendrá incólume sólo mientras subsistan las circunstancias en las que el contrato se celebró, propuesta incluida en el proyecto de reforma de 1987 que provocó una profunda discusión en nuestro mundo jurídico?(20)(21).

¿El esquema de los elementos esenciales del contrato ha variado? Nosotros creemos que estos elementos se mantienen incólumes y que debemos trabajar sobre la base de la misma definición de contrato, de lo contrario crearemos una figura amorfa sin límites precisos. Creemos en la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad y su consecuencia, la fuerza obligatoria de los contratos como principios fundamentales de los mismos. Decimos fundamentales, no absolutos.

El mantenimiento de estos principios hará que los institutos que hemos analizado, tendientes a mantener la equidad en la relación contractual, y los que vayan surgiendo en el futuro, se desarrollen sin alterar la base fundamental de la institución. Mantendremos así el principio de que el hombre que ejerce su potestad de crear vínculos jurídicos, en la medida que su voluntad no se encuentre viciada con la amplitud que querramos darles a estos vicios -, tenga conciencia plena de que deberá cumplirlos, porque entonces tendrá la tranquilidad de que la otra parte también los cumplirá, y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en caso de que no lo hiciera el Estado le proveerá de los medios para exigir el cumplimiento.

Esto nos obliga a señalar el hondo contenido social que tiene el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, porque si no existiera y el vínculo estuviese debilitado el contrato no podría cumplir jamás su rol de centro de los negocios(21)(22).

Pensemos por un instante qué ocurriría si ante cada incumplimiento contractual se discutiera judicialmente si han variado o no las circunstancias existentes al momento de la celebración del acto. Creemos que dejar el principio al arbitrio de los jueces constituye un riesgo importante para la seguridad jurídica.

Nuestra conclusión es entonces que el llamado contrato contemporáneo no es otro que el contrato clásico, pues no hay entre ambas figuras diferencias ontológicas. Se trata de la misma institución que va demostrando una flexibilidad que hace que vaya adoptando distintos matices, revelando la influencia de los fenómenos sociales y económicos. Si los fenómenos sociales y las leyes económicas influyen en cualquier institución jurídica, mucho más lo hacen en los contratos, que por ser expresión de la voluntad humana son mucho más permeables a esas modificaciones.

Este mismo contrato, adaptado y flexible a las circunstancias del momento, continuará cumpliendo con sus finalidades sociales, mejor aun en la medida en que prevengamos al contratar y utilicemos todos los medios para que en el momento de su celebración las partes estén prevenidas de cuáles serán los efectos del mismo.

Creemos que reafirmar los principios de autonomía de la voluntad y de fuerza obligatoria significa respetar un área que los ciudadanos se han reservado para sí. Permitir, por el contrario, que el Estado, a través de normas imperativas que limiten la fuerza obligatoria, o de pronunciamientos judiciales que sometan a permanente revisión los acuerdos de las partes y de tal modo trastruequen lo que los sujetos han querido es sumamente peligroso, más aun en un contexto en el que lamentablemente todos tenemos alguna dosis de desconfianza en la administración de justicia, o por lo menos pensamos que no es lo suficientemente eficiente; en donde no se respeta el mecanismo de formación de las leyes, y en pos de un objetivo económico - que no tenemos muy en claro quién fija -, un decreto del Poder Ejecutivo, calificado por quien lo dicta como de necesidad y urgencia, puede modificar una ley de fondo sancionada por el Congreso. Preferimos entonces respetar al hombre en aquellas normas que en conjunción con otro se ha dictado para sí. De lo contrario, estaríamos admitiendo que este hombre moderno ha regresado desde aquel estado libre en el que lo descubría Maine, a un nuevo status en el que ha sido reemplazado por las leyes económicas con independencia de su voluntad. Esto nos parece incompatible con la noción de un hombre racional, inteligente y libre de la que preferimos no abdicar.

UNA RESOLUCIÓN MINISTERIAL QUE RESTABLECE LOS PRINCIPIOS DE LA