

# Moderna contratación

## A propósito del Código Civil y Comercial de la Nación

Mariano Gagliardo\*

RdN 922

### RESUMEN

La vigencia del Código Civil y Comercial ha significado una real actualización del orden jurídico que nos regía desde la época de la codificación. Se han incorporado, entre muchas novedades, tipos legales con antecedentes en la vida jurídica bajo la figura de contratos innominados y modernos contratos empresariales, relaciones jurídicas que dan actualidad a nuestra realidad jurídica.

*Sumario: 1. El derecho es un orden. 2. Concepto histórico del contrato. 3. Concepción actual del contrato. 4. Acerca de la voluntad jurídica. 5. Autonomía de la voluntad. Alcances. 6. Fuerza obligatoria del contrato. 7. Tipicidad contractual. 8. Nuevas modalidades contractuales. 9. Final.*

### 1. El derecho es un orden

El título precedente dice, en síntesis, que el régimen jurídico responde a una necesidad lógica y ética, derivada del aseguramiento de una ordenada y pacífica convivencia. Es que el derecho es un fenómeno omnipresente en nuestras sociedades. Prácticamente no existe ninguna relación social que no esté, o pueda llegar a estar, regulada jurídicamente. A diferencia del rey Midas, que convertía en oro todo lo que tocaba, el derecho no convierte sin más en jurídico todo aquello por lo que se interesa. Lo jurídico es solo un aspecto de lo social –según los casos, tiene una mayor o menor relevancia–, mas de aquel no podemos prescindir si queremos entender algo del mundo que nos rodea.

Es que la realidad es el marco del derecho y la aspiración a la justicia; es lo que da sentido al derecho,<sup>1</sup> que está conformado por varias disciplinas que requieren la recreación continúa –cada una a su manera– de las conductas plasmadas en el respectivo precepto jurídico, máxime en función de los cambios que se producen con el transcurrir del tiempo y las particularidades que presentan los casos individuales y concretos del diario acontecer. Porque el derecho es un fenómeno cultural; pertenece

\* Información sobre el autor en la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>.

1. ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2012, pp. 23 y ss.

a la realidad humana,<sup>2</sup> constituida por la conducta compartida de los hombres que conviven en sociedad. Y la cultura es fundamentalmente valor. Por lo tanto, el derecho se manifiesta como una síntesis unitaria de los elementos inherentes a los objetos culturales, a la realidad cultural: la conducta compartida como sustrato real, la dimensión axiológica de esa conducta –en la cabal concepción de Werner Goldschmidt y Bidart Campos– y la representación conceptual de esos elementos por la norma jurídica.

Téngase en cuenta que el derecho no está constituido por verdades de razón, ni tampoco reside en el mundo físico de la naturaleza. Al resultar un fenómeno cultural, cabe recordar que a la cultura no se la explica causalmente, ni se la deduce del pensamiento puro ni de las solas funciones lógico-rationales de la mente humana. No es el derecho en general mera parte de la razón humana o creación arbitraria de la mente, o simple precipitación de los principios ideales que el legislador traduce en fórmulas viables de conducta social; no es tampoco fruto exclusivo del medio social, que evoluciona según leyes propias.

En suma: el derecho o no es nada sustantivo o es la regla de nuestros actos y conductas sociales, ordenación de la libre voluntad para el cumplimiento del bien imperiosamente exigido por las relaciones esenciales a la sociedad humana. Tal ordenación, en el contexto de los vínculos de coordinación y subordinación que, respectivamente, mantiene el hombre con sus semejantes y con el todo social del que forma parte, se desdobra en deberes que se nos imponen y facultades que se otorgan.

## 2. Concepto histórico del contrato

El concepto del contrato tienen una acentuada y destacada evolución, donde las primigenias ideas no siempre eran claras o bien difundidas. Lo que hoy nos parece lógico y natural, por el contrario, responde a un diverso desarrollo teórico-práctico.

Un panorama sintético de lo acontecido en la citada figura se remite al antiguo derecho romano, pletórico de solemnidades y formalidades, actos que en lo específico generaban una *obligatio*, a la que le cabía el nombre de *contractus*. Se suceden dos etapas bien marcadas, que luego generarían ciertos contratos receptados por nuestros tiempos:

- a) derecho de gentes, donde sobresalen lo que hoy conocemos como contratos reales, aplicables al mutuo, depósito, comodato y prenda;
- b) derecho pretorio, donde sobresalen las obligaciones contraídas por el mero consentimiento o por el mero acuerdo y se limitaron a la compraventa, arrendamiento, mandato, sociedades.

En una fugaz visión del derecho romano, este conoció convenciones en las cuales una de las partes daba alguna cosa o hacía algo para recibir luego a cambio algo que la otra parte prometía a su vez dar o hacer. También se conoció la figura de los pactos que, aun siendo acuerdo de voluntades, no generaban ningún acuerdo inme-

2. AA. VV., *Derecho y realidad*, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1990 [Serie II: "Obras", nº 22].

diato: no producían obligación ni eran motivo para un cumplimiento. Sin embargo, tiempo después algunos pactos fueron provistos de acción.

A pesar de los matices que anteceden, no existió una clara relación entre contrato y acuerdo de voluntades: este era constitutivo de un nudo pacto y carecía de acción; mientras que el contrato resultaba de cumplir una determinada forma solemne, realizar un comportamiento o bien suscribir un documento. Es en el Derecho bizantino (derecho romano posclásico) donde se argumenta el inicio del cauce del voluntarismo jurídico que considerará como origen de las obligaciones la expresión de voluntad de las partes.

En cuanto a la moderna concepción del contrato, diversas y extensas son las fuentes que contribuyen a su formulación.<sup>3</sup>

### 3. Concepción actual del contrato

El contrato es una institución típica y clásica del derecho de las obligaciones. Y, si bien reconoce alcances jurídicos restringidos a los contratantes, no obstante, tiene sus incidencias en el ámbito de los derechos reales, intelectuales, de familia y régimen sucesorio. De manera que los mismos principios que rigen para las relaciones obligatorias se aplican para los contratos con eficacia real, o sea, para aquellos contratos que son traslativos o constitutivos de derechos reales.

Lo antes expuesto denota la amplitud y dinámica conceptual de una figura que en sus orígenes era limitada. Es que la esfera contractual, específicamente en el derecho privado, es una manifestación de la libertad y el libre desarrollo de la persona humana, lo que se traduce en respeto a la iniciativa privada y debida ponderación a la autonomía de la voluntad. El contrato ha sido –y será– una categoría necesaria de la esfera jurídica, génesis de las obligaciones.

En la concepción del Código de Vélez (art. 1137), el contrato resultó una especie del género acto o negocio jurídico, sinónimos estos de sobrada carta de ciudadanía.<sup>4</sup> Sus notas características estaban previstas en el derogado artículo 944 y hoy lucen en el artículo 259 del Código Civil y Comercial (CCCN), al decir: “Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. De tal manera, los preceptos citados traslucen que su finalidad primordial es regular de un modo directo las relaciones jurídicas patrimoniales: abarca, pues, los derechos creditorios, reales o intelectuales –estos, con las limitaciones de su esencia<sup>5</sup>–.

Los vínculos aludidos –en la teoría general del derecho– tienen multiplicidad de aplicaciones que derivan del entonces artículo 944 (“crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”) y del actual artículo 259, donde se incorporan “relaciones o situaciones jurídicas”, aspectos que complementan el panorama del contrato.

3. Por caso, doctrina de los canonistas, voluntarismo jurídico de la escolástica y el obrar racionalista del derecho natural.

4. ORGAZ, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Buenos Aires, Zavallía, 1963, ap. 31.

5. Cfr. VIDELA ESCALADA, Federico N., *Contratos*, Zavallía, Buenos Aires, 1971, p. 32.

Es decir, además de generar efectos obligaciones, aquella figura es también causa de negocios asociativos, etcétera. El contrato, pues, resulta configurado como un instrumento de libre iniciativa y autorregulación de intereses. En esta última afirmación quedan comprendidas distintas facetas de la contratación<sup>6</sup> y la autonomía privada en las relaciones obligatorias, destacándose la ejecución del contrato, su modificación y autodecisión para resolverlo y, eventualmente, para exigir su cumplimiento.

Por último, es de interés referenciar a Colin y Capitant,<sup>7</sup> autores que adoptan un criterio amplio respecto del contrato o convención –tal, la denominación–, al que le atribuyen índole de un acuerdo de dos o más voluntades con el fin de producir efectos jurídicos. Al contratar –dicen–, las partes pueden proponerse, ya crear un vínculo jurídico, crear o transferir un derecho real u originar obligaciones, ya modificar una relación existente, ya, por último, extinguirla. Señalan que el rasgo característico de la convención, tomada en sentido amplio, consiste en un acuerdo de voluntades que determina libremente, sin reserva alguna, los efectos jurídicos del vínculo de derecho establecido por las partes: estas son dueñas soberanas, establecen como quieren, como lo juzgan mejor, los derechos y las obligaciones que crean entre ellas.

#### 4. Acerca de la voluntad jurídica

De acuerdo con las notas sustanciales del Código de Vélez, la noción clásica del contrato se sustentaba en la voluntad y en tres pautas esenciales: autonomía de la voluntad, fuerza obligatoria y efecto relativo del vínculo entre partes.

En cuanto a la voluntad, es aquella capaz y apta de crear situaciones jurídicas, por lo que debe ser plena, exenta de vicios, que genera, modifica, transforma o extingue el derecho (y las relaciones o situaciones jurídicas). De más está decir que la ley no crea, sino que se limita a reconocer la aptitud jurígena de la voluntad individual cuando regula la formación y efectos de figuras determinadas o tipifica y sanciona proceder inadmisible. Para nuestro orden jurídico, el contrato es corolario o resultado de un acuerdo respecto de una declaración de voluntad común de las partes. Y tal declaración –se dice– conlleva a un distingo, que es una observación: es que la convención, que pareciera disímil del contrato, está destinada a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, mientras que el contrato es el acuerdo dirigido a crear o modificar relaciones creditorias, pero no a extinguirlas. Cabe aquí una aclaración, pues existen contratos resolutorios o extintivos de derechos (p.ej.: el contrato de transacción).

Por lo demás, en una perspectiva amplia, la convención es un término amplio: no todas las convenciones son contratos; aquellas pueden o no ser jurídicas, según su materia y sus fines estén o no comprendidos en la esfera del derecho: los acuerdos de amistad y cortesía serán convenciones, mas quedan fuera del orden jurídico. Es que las mismas convenciones jurídicas, no todas resultan contratos: las primeras, suelen tener un alcance mayor que el del contrato. Según la convención, se originan, modi-

6. ALEGRIA, Héctor, *Reglas y principios del derecho comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 6.

7. CAPITANT, H. y COLIN, Ambrosio, *Curso elemental de derecho civil*, t. III, Madrid, Reus, 1943, 2ª ed., p. 580.

fican y extinguen obligaciones e incluso derechos reales; por la convención se cumplen modificaciones importantes en el régimen de familia (adopción); por la convención se regula la sucesión *mortis causa* –legislación germana–.

En suma: la convención representa el imperio de la voluntad humana y, en la medida en que las relaciones de derecho dependen de ella, sirve para moldearlas, extinguirlas u originarlas. Con estas advertencias y aclaraciones, en cuanto fueren del caso, no habría reparos en utilizar en sentido amplio el vocablo convención como sinónimo de contrato.

Otro aspecto a definir es el referido a la dirección de la voluntad, que no es en cualquier sentido, sino dirigida u orientada a un fin: “preordenación de un hecho voluntario, por el sujeto que lo realiza, a la consecución de un fin”<sup>8</sup>. Y tal acción voluntaria se traduce en exteriorización de una declaración negocial. De manera que la declaración de voluntad común, destinada a reglar los derechos de las partes, debe entenderse como una regulación de derechos –producción de efectos jurídicos– y un medio para lograr practicidad, que es lo que pretenden las partes al satisfacer sus derechos.

Debe señalarse que la noción del abrogado artículo 944, en su actual versión del artículo 259 CCCN, resulta comprensiva de los propósitos a que aspira una relación jurídica, en particular, un contrato. Si el agente, al realizar el acto, no hubiese perseguido algunos de los objetivos previstos en la norma citada y, no obstante ello, hubiese producido ese efecto, el acto actuará en el área del derecho y producirá consecuencias jurídicas, pero no merecerá el calificativo de acto jurídico sino solo el de hecho jurídico, lícito o ilícito, según fuera –o no– reprobado por la ley.<sup>9</sup>

Reafirmando lo dicho, es útil parafrasear la ironía de Villey,<sup>10</sup> al decir:

... nuestra teoría del contrato, “consensualista”, “voluntarista”, no ha nacido de la autoría de los juristas. Ella no tiene origen romano mientras costumbres. Tampoco ha nacido en el seno del derecho canónico medieval como se creía en otros tiempos. Se buscaba en vano en el *Digesto* una definición análoga a la del art. 1101 del Código francés. Nuestra teoría general del contrato y de los vicios del consentimiento, por su parte, como todo el mundo lo sabe, son solo un producto del pensamiento moderno [...] Nuestra teoría del contrato es un regalo que nos han hecho, a los juristas, un cierto grupo de filósofos de la Europa moderna [...] La desgracia es que en el caso que examinamos, debemos nuestra ciencia jurídica a pensadores ignorantes del Derecho.

Con motivo de lo expuesto y otras circunstancias derivadas de la historia del contrato y su objetivación, se ha producido una separación entre el *pacta sunt servanda* y la *rebus sic stantibus*, al decir agudamente Mosset Iturraspe:<sup>11</sup>

8. BARBERO, Domenico, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, v. I., Torino, UTET, 1965, p. 333, § 207.

9. AGUIAR, Henoeh, *Hechos y actos jurídicos en la ley*, t. I, Buenos Aires, TEA, 1950, p. 23, ap. 14. Art. 257 CCCN: “Hecho jurídico. El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

10. VILLEY, Michel, *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, Buenos Aires, Ghersi, 1980, pp. 25 y ss.

11. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Las circunstancias del contrato”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 128, p. 834.

... si la palabra empeñada es tan solo lo declarado, para nada interesan las circunstancias que presidieron el acuerdo, poco importa lo que las partes hayan presupuesto o sobrentendido; serán intrascendentes, las consecuencias virtuales, la atmósfera negocial, sus bases, etc. ...

Estas observaciones no desatienden –o no pueden soslayar– que nuestro orden jurídico siempre rindió culto y exaltó el valor de la palabra empeñada y el venerado respeto a la firma inserta o puesta al pie de un compromiso.

¿Qué decir hoy, ante las reformas que lucen en el Código unificado, respecto de los instrumentos privados y particulares, enmiendas, correspondencia y valor probatorio (arts. 313 y ss.) que significan una modificación de pautas básicas y tradicionales? La realidad es que los nuevos acontecimientos impactan en la tradicional legalidad.

## 5. Autonomía de la voluntad. Alcances

La autonomía de la voluntad es un postulado que subyace en nuestro orden jurídico. La referida expresión tiene un amplio y denso significado; no solo se vinculan las partes únicamente cuando hubieran convenido en obligarse (libertad de contratar), sino que se obligan de la manera que desearan, confiriéndoles a sus acuerdos el contenido que prefieren (libertad contractual).

Es que la autonomía privada no es expresión de una mera facultad, sino la manifestación del poder de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, y es en la esfera de los intereses privados donde aquella actúa primordialmente.<sup>12</sup> Y una de las consecuencias más importantes de la autonomía de la voluntad es el distingo entre actos jurídicos y actos jurídicos lícitos, toda vez que los primeros tienen un contenido normativo.

De más está decir que no parece necesario destacar que no todo lo que pueda resultar útil y funcional para las partes ha de entenderse permitido sin limitación. Y así como el artículo 1197 del Código de Vélez decía “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como la ley misma”, tal precepto tiene su correlato en el artículo 958 CCCN: “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

De más está decir que existe un correlato lógico entre la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato que, en suma, lo explicita. Y, a partir de la naturaleza libre del ser humano, no cabe que se obligue más que por su propia voluntad y de ello resulta que es la voluntad la que crea los efectos del contrato y determina, en principio, su contenido. Estos efectos jurídicos solo existen porque ellos han sido queridos y tal como han sido dispuestos por las partes.

Por otra parte, no pudiendo el hombre actuar contra sus intereses, esas obligaciones voluntariamente consentidas no pueden ser sino justas: “La única función del

12. FERRI, Luigi, *La autonomía privada*, Granada, Comares, 2001, pp. 7 y ss.

derecho es la de asegurar la igualdad de las libertades en presencia; todo contrato libre es un contrato justo, cualquiera fuese por otra parte, su contenido”<sup>13</sup>. Sin embargo, no obstante la amplitud del principio de la autonomía de la voluntad, en el abrogado Código Civil y en su versión actual existen dispositivos que restringen tal pauta: el artículo 332, con respecto a la lesión; el artículo 10, relativo al abuso del derecho; el artículo 1743, no dispensa del dolo obligacional; etcétera.

Se argumentó<sup>14</sup> que la institución jurídica contrato es un reflejo de la propiedad privada y constituye el vehículo de circulación de la riqueza. De allí que el reconocimiento de estas ideas se vincula con el principio de la libertad contractual, expresión de la autonomía de los particulares. Y, en consecuencia, el criterio de libertad de contratar –con garantía constitucional– tiene las siguientes consecuencias:

- a) prerrogativa del individuo de celebrar –o no– contratos, según su criterio;
- b) facultad de controvertir y/o admitir el clausulado contractual, sin otras restricciones que las provenientes de la moral, el orden público y las buenas costumbres;
- c) libertad de expresar las voluntades de la manera que consideren más conveniente, sin soslayar solemnidades;
- d) libertad de asignarles a los contratos los efectos que consideren más adecuados, excepción de atribuir alcances obligatorios a los contratos reales.

En suma: la fuerza obligatoria y vinculante del vínculo recibe el impacto de nuevos hechos, acontecimientos y circunstancias que inciden en la relación contractual.

## 6. Fuerza obligatoria del contrato

Los efectos de los contratos tenían un precepto (art. 1195) limitativo de sus alcances en orden a las partes, herederos y sucesores universales. El Código unificado dedica una Sección 1° en el Capítulo 9 y en cuatro preceptos al “efecto relativo”. Debe destacarse que se regulan los alcances del contrato con mayor meticulosidad, si bien se admiten (arts. 1021 y 1022) “excepciones de orden legal” en la regla general: “el contrato solo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros”; el artículo 1022, en cuanto trata la “situación de los terceros”, al decir “el contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido”; dedicando los artículos 1023 y 1024 a “parte del contrato” y “sucesores universales”.

De la fuerza obligatoria de las convenciones o estipulaciones que tienen entre las partes resulta el denominado efecto vinculante: en virtud de las proyecciones de orden social y económicas que conlleva, exige que se repare en él y se justiprecie en toda su dimensión: “todo el mundo sabe que la vida es imposible si los hombres no cumplen sus promesas”<sup>15</sup>, toda vez que el deber de mantener la propia palabra es una de las conquistas más lentas y serias de la civilización. Es que el respeto por la pala-

13. GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, 1980, p. 18.

14. VILLEY, Michel, *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, Buenos Aires, Ghersi, 1986, pp. 26 y ss.

15. LASKI, Harold J., *Introducción a la política*, Buenos Aires, Siglo XX, 1946, p. 32.

bra dada no es solo factor de orden en la convivencia social, sino también pauta de conducta, de continencia moral, y esta, como el orden jurídico, es recaudo imprescindible para la armonía en sociedad.

Cuando el legislador se empeña en enervar la fuerza obligatoria contractual, prepara el divorcio entre la ley positiva y el derecho natural. Este divorcio, inexorablemente, será seguido de una reconciliación, sin la cual la civilización fracasaría; mas, en la espera de este feliz desenlace, causa estragos y provoca ruinas que difícilmente serán reparables.

Debe señalarse que, en línea de principios, lo relativo a la vinculación obligatoria de los contratos pertenece a la filosofía y, en todos los tiempos y países, los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos: lo pactado libremente entre personas, como reconocimiento de la autonomía de la persona y de las exigencias de la conveniencia social. Pero el contrato no puede extenderse a todos los órdenes particulares que constituyen la esfera del derecho privado. Así, la clasificación de los contratos en consensuales y reales alude a los recaudos para el perfeccionamiento del acto jurídico: efectos obligatorios y efectos reales. El consenso es relevante en ambos; mientras que en los primeros el efecto consiste en crear una obligación, en los segundos se produce de manera instantánea una modificación de la titularidad de un derecho o transferencia de un derecho real por el mero hecho de la conclusión del negocio. Por caso, en nuestro régimen, existen contratos reales que no producen efectos reales: el depósito y el comodato.

El enunciado que formula el Código unificado acerca del efecto vinculante es que

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

De manera coincidente con lo expuesto, valen los contenidos de los artículos 1021-1023 del Código unificado, antes reseñados, destacándose que el principal efecto del contrato es ser una de las fuentes de las obligaciones: las genera, pero también puede estar destinado a modificarlas, ampliarlas o restringirlas y a extinguirlas. A raíz de estos alcances señalados, se distingue entre obligaciones principales, surgidas del acuerdo, y obligaciones accesorias, de similar origen. Las primeras constituyen lo esencial del contrato, por estar directamente vinculadas al consentimiento o por ser las propias de un acto jurídico; las accesorias, también llamadas secundarias, pueden considerarse implícitas, dependen de las principales y coadyuvan a lograr la finalidad subjetiva y objetiva del contrato.<sup>16</sup> De manera que en el orden jurídico vigente, prevalece una justificación dinámica y funcional por sobre lo estático y rígido, tal la concepción derivada de la doctrina que imperaba en el Código de Vélez.

16. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos en general", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 3, 2012, p. 97.



## 7. Tipicidad contractual

En derecho, tipicidad es lo regulado o normado mediante tipos legales: típico es lo contemplado en la norma jurídica y atípico o innominado es lo que carece de un precepto específico.

### A) Pautas genéricas de la tipicidad:

La tipicidad resulta un especial modo de organizar y estructurar la regulación de los actos jurídicos; tal ordenación se lleva a cabo mediante la utilización del tipo legal: la conducta solo será jurídicamente eficaz en la medida en que coincida con cada uno de los tipos descriptos por un sistema jurídico determinado. De tipicidad surge la idea de tipo en sentido jurídico.

Tipo y tipicidad son aspectos interdependientes pero no coincidentes; ello, precisamente, pues la tipicidad es una conexión entre la conducta, hecho o fenómeno, y el tipo jurídico. El tipo tiene su origen en una realidad social y de este hecho deriva la doble función que cubre la tipicidad (función individualizadora y función jurídica).

El tipo legal es un límite a la libertad contractual. La elección de una figura preordenada requiere el cumplimiento de recaudos esenciales mínimos de orden conceptual vinculados al tipo en cuestión. El núcleo de facultades de la libertad contractual se reduce a: a) libertad de creación de figuras contractuales que no pertenezcan a los tipos dotados de una disciplina particular; b) libertad en la determinación del contenido, es decir, el reglamento normativo que regirá la relación contractual.

Por su parte, la atipicidad expresa realidades jurídicas heterogéneas, y el área de los aspectos atípicos coincide sustancialmente con los temas de estructura y/o esquema de la figura respectiva. Y valen aquí dos premisas:

- a) La ley reglamenta ciertas declaraciones y descarta otros actos jurídicos, impidiendo sus efectos propuestos: la declaración solo vale si reúne las exigencias prescriptas por la ley; el sujeto puede regular sus relaciones, según su propia voluntad, y la ley le facilita el instrumento del negocio, mas no puede cambiar la estructura o los requisitos o el modo de ser del negocio que utiliza (donación de un inmueble por acto privado).
- b) Dentro de la autonomía de la voluntad, el particular puede crear nuevos negocios no regulados por la ley o bien modificar los efectos de un negocio singular regulado por ella; en otros supuestos, la norma pone a disposición de los particulares negocios preestablecidos, con efectos inalterables (derechos de familia) y, c) por último, existen restricciones generales que provienen de la moral, buenas costumbres u orden público.

### B) Pautas específicas del tipo legal:

En el concepto de contrato, se advierte la idea de los elementos naturales, que serían los que normalmente acompañan al acto jurídico, por corresponder a su naturaleza. Se los sobreentiende, aunque en el acto no se expresen, si bien las

partes pueden voluntariamente dejarlos sin efecto por no considerarlos necesarios para la virtualidad del contrato (por caso: evicción, etc.). Finalmente, se habla de los elementos accidentales, que no serían necesarios para la existencia del negocio o que normalmente se consideran comprendidos en él, pero que pueden ser añadidos por voluntad de las partes. Es de aclarar que son accidentales en relación con el negocio tipo, pero constitutivos del negocio concreto. Lo último, pues, al ser agregados por las partes al acto jurídico que las une por voluntad privada, vienen a transformarse en elementos esenciales para ese acto particular: luego, accidentales *in abstracto* con respecto a todos los negocios jurídicos; esenciales *in concreto* una vez incorporados al negocio en cuestión (por caso, condición).<sup>17</sup>

Los contratos que no responden a los tipos particularmente disciplinados y denominados por la ley pueden definirse como atípicos o innominados. Para establecer si un contrato es típico o atípico, es necesario ver si corresponde a los tipos singulares acogidos y disciplinados en el derecho positivo vigente de un modo particular.

El Código Civil y Comercial contiene una diversidad de preceptos que clarifican –y regulan– tipos legales que, en su momento, suscitarán cuestiones interpretativas, algunas insolubles. Como una pauta básica y liminar, en el artículo 970 trata los contratos nominados e innominados y respecto de los últimos contiene un orden de regulación y prioridades, dando así criterios de solución.

Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por:

- a) la voluntad de las partes;
- b) las normas generales sobre contratos y obligaciones;
- c) los usos y prácticas del lugar de celebración;
- d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

De más está decir que las pautas precedentes difieren plenamente de la prelación normativa –de leyes supletorias– previstas en el artículo 963, en cuanto se enuncian:

- a) normas indisponibles de la ley especial del Código;
- b) normas particulares del contrato;
- c) normas supletorias de la ley especial;
- d) normas supletorias del Código.

En segundo lugar, destacamos algunas figuras nominadas que contribuirán –a no dudar– en los emprendimientos particulares: contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984 y ss.); tratativas particulares (art. 990); contratos preliminares (art. 994); previsión de los efectos del contrato (arts. 1021 y ss.); subcontrato (arts. 1069 y ss.); contratos conexos (arts. 1073 y ss.); contratos de consumo y ciertos contratos en particular, tales como suministro, factoraje, agencia, distribución, concesión, franquicia, arbitraje, etcétera (arts. 1092 y ss.). En este brevísimo inventario se advierte que con los tipos legales y aquellos innominados –con pautas de

17. Cfr. Cifuentes Santos, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 138.

aplicación–, nuestro régimen jurídico denota pruebas de suficiencia y adaptación a las exigencias de las nuevas realidades.

## 8. Nuevas modalidades contractuales

La evolución de las economías regionales nacionales, los nuevos espacios económicos y la creciente incidencia y condicionamiento de lo social han generado y contribuido a una mutación –a veces, fugaz– en el régimen jurídico de los contratos. Lo último, acentuado con la influencia de la llamada globalización, dato de la realidad que es innegable.

Es que la globalización, que preside el actual contexto internacional, configura un proceso complejo de integración mundial que ocurre, entre otros, en los sectores de comunicaciones, economía, finanzas y en los negocios. La estrategia de la globalización tiene como principal objetivo el incremento de la competitividad, mediante la integración y expansión de actividades internacionales. Por su amplitud y velocidad, la globalización afecta a individuos, empresas y naciones, pues incide en los fundamentos básicos sobre los que se organizó la economía mundial en los últimos cincuenta años.

La existencia de redes transnacionales de producción, inversiones e intercambio hace que pocos mercados nacionales o sectores de economía locales puedan aislarse completamente de las condiciones internacionales o de las presiones competitivas externas: los flujos de capitales internacionales, entre otros, resultan las principales fuerzas que moldean el orden mundial. Con motivo del escenario que surge de la globalización, las megatendencias resultan: la telemática, los *e-mails*, los adelantos de la tecnología celular y sus diversas aplicaciones, la videoconferencia, el módem, el gigante del comercio electrónico en la venta *on line*, etcétera, que posibilitan el intercambio de informaciones con rapidez y precisión, y el contrato en sus parámetros y moldes clásicos persiste, mas con disímiles marcas funcionales y operativos.

Un tráfico económico cada vez más acelerado da lugar a la aparición de una serie de modalidades contractuales de muy difícil encasillamiento en el régimen jurídico tradicional, en el que el contrato es un acuerdo de voluntades, un compromiso libremente convenido entre intereses contrarios. Aparecen las contrataciones impuestas a los clientes por grandes empresas mercantiles e industriales y referidas muchas veces a la utilización de bienes o servicios imprescindibles en la vida cotidiana (agua potable, energía eléctrica, teléfono, etc.); es decir, contratos determinados por una producción masiva de bienes y servicios. Surgen, asimismo, contratos donde se recorta la libertad contractual, pues si bien las partes son libres para contratar o no contratar, si contratan, deben hacerlo ante un esquema legalmente impuesto. Es el caso de los contratos normados o contratos con un contenido imperativo determinado. Se destacan, también, los supuestos que la doctrina alemana denomina prestaciones del tráfico en masa, en los cuales ciertas obligaciones provienen del hecho de realizar un determinado comportamiento sin previa declaración de voluntad alguna (por caso, aparcamiento de un vehículo).

Es sabido que un código –en el particular, el Civil y Comercial que nos rige– es un sistema coherente de preceptos que orienta la realidad nacional, según pautas, li-

neamientos, filosofías y programas de acción que aseguren su unidad y afiancen su eficacia, en función de una adecuada sistematización de los derechos, adecuado método en la distribución de las materias y una armónica actuación de las instituciones concebidas para lograr aquel fin. Estas pautas esenciales no pueden desatender la pujante realidad que impera y menos, el esquema del contrato, instrumento de progreso.

## 9. Final

En esta breve y rápida visión panorámica, queda expuesta la figura del contrato y sus transformaciones –incluso en sus notas relevantes– hasta nuestros días. Queda sí comprobado que el contrato es el instrumento por el que las partes, actuando en su propio interés, fijan el punto de encuentro de intereses disímiles o concurrentes, siendo el medio más adecuado para obtener el ideal de colaboración voluntaria. El contrato es entonces un vehículo relevante que expresa el dinamismo de la vida colectiva, que se desarrolla a través de acuerdos entre sujetos.

Por demás, no hay contratos químicamente puros, pues la complejidad de circunstancias de todo orden que generalmente rodean la celebración de contratos hace que su regulación reciba influencias de las más variadas procedencias, no solo del campo jurídico, sino de otros ámbitos –sociológico, económico, familiar, etcétera–. Pero estos elementos no alcanzan en los supuestos más frecuentes a desvirtuar la regulación única del contrato contenida en la ley, sino que ayuda en otros terrenos a interpretar el contrato. No hay en estos casos, contrato atípico, propiamente dicho, debiendo este entenderse que así existe solo cuando el núcleo fundamental de derechos y obligaciones creado por las partes no encuadra directa ni indirectamente en los regulados especialmente en las leyes.

En el orden de las ideas antes descriptas, el contrato, no obstante, resultará ser el paradigma de acto jurídico bilateral o plurilateral y fuente indeclinable de obligaciones en el ámbito del derecho.

El Código Civil y Comercial hoy vigente, tal lo fuera en su momento el Código Civil, es un código de vida, que nos impone una nueva realidad jurídica que, entre otros contenidos, trae modalidades contractuales que exigen del jurista de estos tiempos agudizar el ingenio para dar claridad a los preceptos que pudieren resultar oscuros, buscar soluciones armoniosas donde existieren disímiles interpretaciones y proponer postulados coherentes ante lo que pareciere insuperable.