

Nuevas tendencias en materia de contratos.

Hacia un contrato menos libre, pero más justo

a) Contratos menos libres, pero más justos.

En línea con lo señalado en anteriores trabajos, podemos afirmar que la mayoría de los contratos que se celebran en la actualidad son contratos de consumo. Estos tipos contractuales están protegidos por una ley especial (Ley nº 24.240) y no están regulados por las reglas del contrato paritario.¹

Asimismo, el Código Civil y Comercial (arts. 1092 a 1122) regula los contratos de consumo con las mismas protecciones que la ley 24.240. Este predominio tan marcado de las relaciones de consumo determina, como efecto inmediato, un marcado retroceso de la regla *pacta sunt servanda* y de la regla de libertad contractual que ya no tienen la gravitación que tuvieron hasta la segunda mitad del siglo XX. Ello así, porque estos contratos protegidos únicamente serán exigibles si sus estipulaciones se ajustan, bajo pena de nulidad, a las prescripciones legales.

Lorenzetti sostiene, acertadamente esta vez, que la regla de la autonomía de la voluntad, tan relevante en la teoría clásica, ha quedado limitada al sector de los contratos paritarios.² Es decir, agregamos nosotros, la autonomía de la voluntad ocupa en nuestro actual ordenamiento jurídico un lugar residual y hasta casi inexistente.

Para Eduardo Zannoni: *“A pesar de su tremendo peso, el idilio racional con la libertad, así entendida, tuvo filosóficamente vida efímera, salvo como infraestructura ideológica. Porque bien pronto, como lo recuerdo Del Vecchio, en el campo especulativo se*

¹ Shina, Fernando, *Una nueva teoría general de los contratos. Capítulo Introductorio*, SAIJ, www.saij.gob.ar, 5-04-2019, Id SAIJ: DACF190067

² Por ejemplo, tradicionalmente se ha criticado la libertad y la autonomía de la voluntad porque hay desigualdades que no contempladas o porque debe respetarse la buena fe. Dentro del sistema del Código ya no puede razonarse de esa manera, porque la autonomía de la voluntad está dentro de un campo específico y pertinente, no extensible a los otros. El Código contempla esta situación dentro de un sistema: a) La libertad y la autonomía son un principio general; b) En los contratos celebrados por adhesión ella está más restringidas; c) En los contratos de consumo aumenta la restricción. Es decir, hay una ponderación legislativa que va desde la plena aplicación (contratos discrecionales) hasta su menor densidad (contratos de consumo) Lorenzetti, Ricardo Luis, *Fundamentos de Derecho Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p.242.

*produjo la floración de escritos enderezados también a exaltar la autoridad de los poderes establecidos y consagrados secularmente, contra las pretensiones innovadoras de la razón individual”.*³

Compartimos la idea Zannoni: la relación entre la libertad contractual y el contrato real es idílicamente presentada en la actual legislación. Lorenzetti, profundizando ese idilio, nos habla de un '*orden público contractual*' que viene a realzar principios generales que probablemente no serán aplicados nunca.⁴ Por su parte, Lidia Garrido remarca una distinción importante en materia de contratos. Así, sostiene que mientras en los contratos paritarios predomina la libertad contractual sin intervenciones oficiales, en los contratos tutelados (v.gr., contratos de consumo, contratos laborales) predomina la intervención legal protectoria que hace retroceder la regla de la libertad contractual.⁵

Estos planteos, ciertamente, no son originales, pero sí son muy relevantes cuando se llega a comprender que la mayoría de los contratos establecen relaciones jurídicas protegidas en las que la libre disposición e incluso la renuncia de derechos que las partes de esos acuerdos pueden efectuar se encuentra severamente limitada o, directamente, prohibida. La principal consecuencia de este alto grado de proteccionismo es que la libertad contractual, tal como hasta conocimos, se ha convertido en un principio residual y acotado a los pocos contratos paritarios que se concretan en nuestros días.

El e-commerce, fenómeno en permanente crecimiento, debe ser considerado como el punto de inflexión para que dentro de muy poco tiempo el contrato paritario

³Zannoni, Eduardo, *Crisis de la razón jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p 125.

⁴ El Código establece el principio de la libertad en los contratos regulaos por el Título II y, por lo tanto, hay que respetar lo decidido, con los límites del orden público. La regla es entonces que las partes de un contrato celebrado discrecionalmente están obligadas a respetarlo y cumplirlo (art. 959). El legislador debe respetarlo porque esos derechos tienen tutela constitucional (art. 965), en tanto que los jueces no pueden modificar esas convenciones, porque tienen por misión asegurar su cumplimiento (art. 960). (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Fundamentos...*, p.246).

⁵ Se señala que lo justo en los contratos entre iguales consistirá en el sometimiento estricto a los términos del pacto; y en los contratos entre desiguales el mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio. En el primero la libertad exige el reconocimiento de la plenitud de efectos para el albedrío; y en el segundo la reafirmación a favor del débil jurídico En nombre de una igualdad, según Larroumet, desde hace tiempo muchos contratos son sometidos al dirigismo argumentándose que la desigualdad de hecho es óbice de la libertad contractual en la determinación del contenido del contrato; cuando una parte puede abusar, es necesario reglamentar el contrato mediante disposiciones legales imperativas (Garrido Cordobera, Lidia M. R., La perspectiva constitucional de los contratos, LA LEY 27/02/2018, 27/02/2018, 1 - LA LEY2018-A, 1045, Cita Online: AR/DOC/198/2018).

desaparezca.⁶ De hecho, eso mismo es lo que viene sucediendo desde hace años a pesar de que nuestra doctrina no quiera asumirlo.

En los últimos 5 años el comercio electrónico en Argentina ha crecido aproximadamente un 300%.⁷ Debe señalarse que este fenómeno se repite en toda Latinoamérica. Ningún otro segmento de la economía tuvo o puede imaginarse que tenga, durante casi una década, un crecimiento sostenido del 50% anual. Es que, aún en épocas de profunda recesión y de crisis económica, el e-commerce continúa creciendo por encima de los obstáculos inflacionarios que destacan, vergonzosamente, y desde hace décadas en esta Argentina tan empobrecida.⁸

⁶ Según informes del CACE (Cámara Argentina de Comercio Electrónico), durante el año 2018 la facturación global fue de \$ 229.760 millones (ver www.cace.org.ar). De ese total, según datos que maneja el reconocido consultor Alejandro Prince, \$ 206.000 millones corresponden al segmento B2C. (Ver <https://www.canal-ar.com.ar/27629-El-Comercio-Electronico-en-Argentina-en-2018.html>, Fecha de captura 19-04 de 2019).

Nota del autor: Es decir que en el 2018 se repitió una tendencia que ya está consolidada: aproximadamente el 90% de la contratación online es contratación de consumo, hecha mediante instrumentos de crédito, por contratos de adhesión. El contrato paritario brilla por su ausencia en la liga del e-commerce. Por eso no nos cansamos de afirmar que el contrato paritario, a pesar de que el Código Civil y Comercial lo coloca en la cima de la teoría contractual, es una pieza residual que ha quedado relegada al 10% de los negocios jurídicos que se concretan.

⁷ De acuerdo con cifras de la CACE, el comercio electrónico es uno de los sectores con mayor desarrollo en nuestro país, y su facturación se incrementó en casi un 300% del año 2014 al 2017, cuando se facturaron más de 150 millones de pesos argentinos. Este crecimiento está respaldado por una satisfacción de compra de un 98% de todos los usuarios, la categoría que se mantiene como favorita de los compradores incluye equipos y accesorios de electrónica, le siguen los electrodomésticos y los artículos para el hogar. Fuente: <https://www.america-retail.com/argentina/argentina-el-comercio-electronico-en-argentina-crecio-en-un-300/>, Fecha de captura: 20-04-2019

⁸ El 2018 no ha sido un buen año para la actividad económica en el país. Eso lo sabemos todos. Pero algunos sectores siguen mostrando su vitalidad, de modo consistente con su etapa de difusión y adopción. Uno de ellos es el comercio electrónico en su modalidad a consumidor (business to consumer o b2c, y consumer to consumer c2c) que a pesar de los contratiempos alcanzó a 206 mil millones de pesos en venta. Esa suma (neta de IVA) implica un crecimiento real en pesos frente a las ventas del año anterior (\$ 136 mil millones) del 51,5%. Casi 10 puntos por sobre la estimación más dura de la inflación del 2018. Claro está que si hiciéramos el cálculo en dólares promedio para la diferencia entre ambos años el crecimiento es de un 37,4%, nada mal tampoco. (Prince, Alejandro, <https://www.canal-ar.com.ar/27629-El-Comercio-Electronico-en-Argentina-en-2018.html>, Fecha de captura 19-04 de 2019).

El e-commerce" de la Argentina pareciera inmune a crisis por el alza del dólar o metas incumplidas de la inflación o déficit de la balanza externa u otras variables macroeconómicas. En 2017, de acuerdo a datos de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE), creció en 2017 un 52% en facturación respecto al año anterior, y vendió por 156.300 millones de pesos, equivaliendo al 1,3% del PBI, según calculó esa entidad. Durante el año pasado, se vendieron 96 millones de productos a través de 60 millones de órdenes de compra, un 28% más que en 2016, y a razón de 263.000 productos por día. El ticket promedio de compra fue de 2.600 pesos, con un aumento del 19% respecto al año anterior, según la 7ª edición del estudio anual que hace la CACE, este año junto a la consultora Kantar TNS.

Es por eso que no terminamos de entender los motivos por los cuales el Código Civil y Comercial comienza el tratamiento de los contratos a partir del contrato paritario. Es que, vale la pena recordar que ya en el año 2015 (entrada en vigencia del CCyC) todos los informes estadísticos daban cuenta que la contratación paritaria era irrelevante en términos cuantitativos⁹.

Sin embargo, autores de la talla de Lorenzetti insisten en explicarnos que *“El Título II regula los contratos..., dando primacía a la libertad, respetando la autonomía privada, ayudándola mediante el derecho supletorio y recortándola a través del orden público imperativo... En materia de cláusulas, el Título II, en resguardo de la libertad y la autonomía protege lo pactado por las partes...”*¹⁰

Desconocemos porque el autor no explica claramente que la aludida autonomía de la voluntad se aplica a menos del 10% de los negocios jurídicos que se concretan.

Hasta que nuestra doctrina no madure académicamente y comience a reconocer que la autonomía de la voluntad, como principio organizador del acto jurídico, está definitivamente superado no vamos comprender cómo se celebran los contratos. Si no empezamos a estudiar más al sujeto, dejando atrás los anacronismos, difícilmente lleguemos a entender cómo se forma lo que el art. 260 del CCyC describe como el discernimiento, la intención y la libertad.

Cada vez hay más evidencias científicas que señalan que somos mucho más irracionales de lo que imaginó el legislador. Nuestro sistema racional es más imperfecto de lo que estamos dispuestos a reconocer; la mayor parte de las decisiones cotidianas que tomamos son elaboraciones con muy baja incidencia racional y, por el contrario, netamente influidas por componentes intuitivos o emocionales. Esto quiere decir que la mayoría de nuestras acciones voluntarias no están impulsadas en forma directa por el discernimiento, la intencionalidad y, mucho menos, la libertad.

(Fuente: <https://www.iprofesional.com/notas/264583-internet-software-tv-tecnologia-comercio-electronico-ecommerce-novedades-tecnologicas-novedades-tecnologicas-El-comercio-electronico-en-la-Argentina-crecio-52-durante-2017-y-ya-representa-el-13-del-PBI>, Fecha de captura: 20-04-2019).

⁹ Durante el año 2018 se realizaron operaciones de e-commerce por un total global de \$ 229.760 millones, lo que determina un incremento del 47% interanual. El 80% de las operaciones se realizaron mediante el uso de tarjetas de crédito. (<https://www.cace.org.ar/estadisticas>, fecha de captura: 20-04-2019).

¹⁰ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Fundamentos ...*, p.235.

En capítulo aparte vamos desarrollar estas cuestiones y prometemos meternos de lleno, en la medida de nuestras posibilidades, en las llamadas neurociencias jurídicas. Empero, de momento, no podemos omitir la cita Dan Ariely (Profesor de Psicología en MIT) quien tan claramente nos recuerda las deliciosas imperfecciones de quienes somos *humanos, demasiado humanos*.¹¹

Ahora bien, el problema radica en examinar cómo se adapta ese sujeto real, mayormente irracional, con el otro sujeto ideal y absolutamente racional que describe el art. 260 del CCyC. ¿Es posible que esa norma esté hablando sujetos que no existen? En uno de sus mejores artículos, Sobrino se pregunta si, *¿Existe el contrato de consumo?*¹² Nosotros, siguiendo la misma línea retórica, nos animamos a preguntar si acaso existe, fuera de la imaginación legislativa, el acto jurídico integrado por el discernimiento, la intención y la libertad aludidos en el art. 260 del CCyC. Quizás no sea apropiado afirmar su inexistencia, pero sí es conveniente examinar su verdadera intensidad porque ya sabemos que nuestro discernimiento, nuestra intención y, nuestra libertad tal vez sean las situaciones más fáciles de manipular.¹³ Cualquiera puede hacerlo. De hecho, es lo que todo el tiempo hacen los políticos, los economistas, los proveedores, las publicidades. Algo de eso nos intenta explicar John Bargh, profesor de psicología en Yale University, cuando nos habla del inconsciente y de su trascendencia a la hora de tomar decisiones que parecen conscientes.¹⁴

¹¹ Aunque cierto grado de fascinación ante la capacidad de los seres humanos resulta claramente justificable, existe una importante diferencia entre un profundo sentimiento de admiración y el supuesto de que nuestra capacidad de razonamiento es perfecta. De hecho, este libro trata sobre la irracionalidad humana. Creo que la capacidad de reconocer lo que nos separa del ideal constituye una parte importante de la empresa de tratar de conocernos realmente a nosotros mismo, y una parte, además, que promete numerosos beneficios prácticos. Comprender la irracionalidad es importante para nuestras acciones y decisiones cotidianas, y también para entender la forma en que diseñamos nuestro entorno y las opciones que éste nos presenta. (Ariely, Dan, *Las trampas del deseo...*, p.17).

¹² Sobrino, Waldo, *¿Existe el Contrato de consumo?*, Buenos Aires, Diario La Ley, 6 de marzo de 2019.

¹³ Sin embargo, y como el lector verá en este libro, en realidad somos mucho menos racionales de lo que presupone la teoría económica estándar. Asimismo, esos comportamientos irracionales nuestros ni son aleatorios ni carecen de sentido. Antes bien, resultan ser sistemáticos y, en la medida en que los repetimos una y otra vez, previsible. (Ariely, Dan, *Las trampas del deseo...*, p.17).

¹⁴ Todos sentimos la experiencia subjetiva de la voluntad, pero esa sensación no es una evidencia válida que demuestre que nos hemos comportado de cierta manera por propia voluntad. A todos se nos puede inducir a realizar movimientos de forma involuntaria... En un día cualquiera, ¿cuánto de lo que decimos, sentimos y hacemos está bajo nuestro control consciente? Y lo que es más importante, ¿cuánto de ellos no lo está. Y ya lo más crucial: si comprendiéramos cómo funciona nuestro inconsciente, si supiéramos por qué hacemos lo que hacemos, ¿podríamos finalmente conocernos de verdad ...? ¿Podría nuestra información sobre nuestras

Es, sin dudas, tiempo de repensar las estructuras sobre las que se organizó nuestro sistema jurídico. Los nuevos conocimientos desafían las bases de la teoría general del acto jurídico, del contrato y, desde luego, de la responsabilidad. Esos tres ejes giran en torno a un acto voluntario sin el cual sus cimientos crujen. Pues bien, la hipótesis principal de nuestros últimos trabajos doctrinarios consiste, precisamente, en cuestionar la verdadera voluntariedad de lo que hace más de un siglo llamamos *acto voluntario*. Es necesario pensar un derecho basado en actos *cuasi voluntarios*, en los cuales el discernimiento, la intención y la libertad tienen una intensidad menor de la que hasta ahora se pensó o se nos quiso hacer pensar.

Seguramente en próximas presentaciones volvemos a examinar estos temas con mayor detenimiento. Por el momento, es preciso continuar con este desarrollo más acotado.

b) Las paradojas de la regla *pacta sunt servanda*.

Una paradoja describe la existencia de reflexiones que contienen aparentes contradicciones. Se trata de afirmaciones que individualmente son aceptables pero que al ser confrontadas parecen negarse recíprocamente. La mayoría de los grandes temas filosóficos contienen formulaciones paradójicas más o menos insolubles. La libertad es uno de esos conceptos que suscita interminables contradicciones.

Cuando nos enfrentamos a un concepto paradójico, pocas veces, si es que alguna, asumimos una posición neutral. Por el contrario, lo más usual que es que al principio, y sin pensarlo demasiado, tomemos partido por uno u otro de los extremos propuestos y desechemos al otro. Recién cuando esa militancia espontánea pero impulsiva se calma podemos pensar fórmulas que superen la contradicción aparente. Eso se llama buscar esquemas compatibles que permitan destrabar incongruencias solo aparentes y parciales. Empero, para ser sinceros, esa búsqueda, que requiere tanta paciencia como tolerancia, es una de las cosas que más nos cuesta hacer en la mayoría de nuestras actividades cotidianas.

Para determinar correctamente si la contradicción es aparente o real (esta última no puede superarse) hay una fórmula que si bien es casera puede ser útil. Ella consiste en

motivaciones ocultas dar salida a distintas formas de pensar, de sentir y de actuar? ¿Qué podría significar esto en nuestras vidas? (Bargh, John, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, Sonia Tapia (Trad.), Barcelona, B, 2018, p. 14).

pensar si las nociones que chocan pueden subsistir simultáneamente o si la sola existencia de una anula a la otra.

A modo de ejemplo, tomemos el caso de la *gratuidad* y la *carestía* de un producto. Estos conceptos forman términos contradictorios porque es obvio que una cosa gratuita no puede ser ni cara ni barata porque cualquier precio que se le incluya al producto gratuito anula su *gratuidad*. Entonces, los términos *gratuidad* y *carestía* son absolutamente incompatibles y no pueden subsistir simultáneamente. En cambio, si analizamos el par conceptual integrado por las nociones de *pobreza* y *carestía* veremos que ellos son términos de relativa incompatibilidad o de aparente contradicción. Si bien es cierto que generalmente las personas de escasos ingresos no pueden comprar productos costosos es posible, sin embargo, que un individuo con poca plata adquiera un producto caro y continúe siendo pobre. (Puede, por ejemplo, conseguir un crédito bancario, o un préstamo familiar, o una promoción especial, o una recompensa en su trabajo, etc.). La pobreza y la carestía son, entonces, nociones parcialmente incompatibles porque ambas pueden convivir simultáneamente sin anularse entre sí.

La paradoja que vamos a intentar resolver en los próximos párrafos tiene que ver con los posibles enfrentamientos entre la exigibilidad de los contratos y la equidad en las relaciones jurídicas. Como puede advertirse, ambos conceptos categorías conceptuales imprescindibles para el funcionamiento del sistema legal.

Veamos un poco esta cuestión cuya formulación en crudo queda formulada así:

Si todos los contratos válidamente celebrados (art. 959, CCyC) son obligatorios, la exigibilidad también alcanza a los acuerdos injustos que han sido libremente celebrados (art. 958, CCyC).

Frente a esta formulación, lo primero que debemos afirmar es que la contradicción que sugiere no es absoluta porque pueden existir contratos que siendo obligatorios también sean justos. Esto significa que nos encontramos frente a una paradoja aparente y relativa porque, de hecho, la mayoría de los acuerdos son obligatorios y justos. Ergo: la obligatoriedad y la equidad no son términos antitéticos.

El Derecho debe buscar combinaciones que hagan compatibles estos dos principios porque el sistema normativo necesita de ambos para subsistir. No se puede concebir un

Derecho sin contratos obligatorios y tampoco uno que tolere la ejecución de acuerdos injustos.

Este planteo no es original. Sin embargo, debe señalarse una vez más que en la actualidad prevalece la contratación protegida sobre la paritaria y que ese predominio determina que la equidad ocupe un lugar más importante que la seguridad jurídica en la nueva organización del Derecho privado. Dicho en otras palabras: hoy se intervienen acuerdos privados que antes estaban liberados a la autonomía de la voluntad de los contratantes.¹⁵

Esa intervención oficial tiene por finalidad equilibrar las asimetrías de origen entre las partes y, de esta forma, fortalecer la equidad en las relaciones jurídicas. Por añadidura, cada intervención en los contratos privados implica un retroceso de la autonomía de la voluntad y de la consecuente regla *pacta sunt servanda*.

La tensión entre la obligatoriedad de los contratos y la equidad en los contenidos contractuales necesita ser armonizada para alcanzar acuerdos que sin perder exigibilidad sean justos.

Federico De Lorenzo, también analiza las aparentes dicotomías entre la autonomía de la voluntad y los derechos fundamentales postulando que la libertad contractual no es una regla absoluta, sino que compite en igualdad de condiciones con los otros principios del derecho. Es decir, en algunos casos prevalecerá el derecho a contratar libremente y en otros, esa libertad deberá retroceder en aras de acuerdos más equitativos y equilibrados.¹⁶ Es que, como bien señalan Pizarro y Vallespinos, todos los derechos, incluso el de contratar

¹⁵ *En una sociedad cada vez más permeable a la mercantilización del ser humano, de un uso nihilista de la autonomía de la voluntad a través del contrato, es vital que el ordenamiento predisponga los instrumentos para preservar los derechos fundamentales de las personas. En ese sentido, numerosas normas del Código responden a esta ética del derecho contractual...* (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Fundamentos...*, p.252).

¹⁶ *El argumento más serio empleado para resistir una eficacia de los derechos fundamentales en el marco del derecho contractual ha sido que, de aceptarse esa eficacia, el principio de la autonomía privada (y su consecuente, la libertad contractual) sufriría una irremisible degradación. Basta pensar —sostienen— en las consecuencias de una aplicación mecánica del principio de igualdad en el ámbito contractual. Sin embargo, la objeción, en estos términos absolutos, resulta injustificada. En primer término, diría que la afirmación resulta inconsecuente desde la lógica de la teoría jurídica. En efecto, si la autonomía privada es la facultad otorgada a los particulares de crear una regla, tertium non datur, o se ubica a esta regla en paridad con la ley formal y en consecuencia queda sometida a los principios constitucionales, o se la emplaza en un grado de dependencia de la norma, en cuyo caso, a simili, y aun con mayor razón, también queda sometida a estos principios.* (De Lorenzo, Miguel Federico, *Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana*, Buenos Aires, La Ley, 2011-E, 1258).

libremente, son relativos y deben armonizarse dentro del sistema para evitar que sus excesos provoquen distorsiones que afecten al propio sistema legal. Ese mismo criterio de relatividad de los derechos subjetivos es el que mantiene desde hace décadas nuestra Corte Suprema.¹⁷

En nuestros días y particularmente a partir de la entrada en vigencia del código Civil y Comercial, hasta la escuela nacional más conservadora acepta las limitaciones que pesan sobre la libertad contractual y la consiguiente obligatoriedad contractual.¹⁸

c) El cumplimiento de los contratos dañosos: *Pacta sunt servanda v. Alterum non laedere.*

En este tópico vamos a examinar el posible conflicto entre dos principios rectores del Derecho: la obligatoriedad del contrato y prohibición de dañar injustamente a otros. Estos términos, como vimos más arriba, son parcialmente incompatibles porque si bien pueden colisionar no se excluyen recíprocamente. Sin embargo, es posible que, en algunos supuestos, el cumplimiento obligatorio de los contratos entre en conflicto con la regla que prohíbe dañar injustamente a otro. En esos casos, habrá que ver las herramientas jurídicas disponibles para superar la incompatibilidad.

Dicho de otra manera: ¿qué soluciones jurídicas se aplican cuando el daño injusto se origina en el cumplimiento de un contrato obligatorio, injusto y *libremente* celebrado. ¿Acaso la libertad contractual y la obligatoriedad de los contratos puede pasar por alto la regla que establece que no debe dañarse (injustamente) a otro? ¿Qué debe prevalecer: la obligación de cumplir un contrato o la prohibición de causar daños exigiendo su cumplimiento?

¹⁷ *Todos los derechos subjetivos, incluso los de raigambre constitucional, son relativos... y, por ende, susceptibles de límites y resecciones, sea para coordinar el derecho de uno con el derecho de otros, para que cumplan su finalidad en orden al bien común, para proteger el orden y la moral públicos, sea para tutelar el orden y la moral públicos, o en razón del poder de policía.* (Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil...*, T I, p.27).

¹⁸ *Pese a la existencia de la regla, en casi todos los países del mundo existen limitaciones a este derecho en protección del interés público, v.gr. en materia de servicios públicos, servicio médico, en el caso de contrato de depósito necesario, de seguros obligatorios, de contratos prohibidos.* (Leiva Fernández, Luis, en Alterini, Jorge (Dir. Gral.), *Código Civil y Comercial Comentado...*, T V, p. 43).

Es decir, nos permitimos agregar, que allí donde la autonomía de la voluntad desaparece, la facultad de crear obligaciones tiene severas limitaciones.

La autonomía de la voluntad siempre aparece subordinada a la capacidad que tienen los individuos para obligarse, como si la voluntad del sujeto y la obligatoriedad del contrato fueran piezas entrelazadas con tal intensidad que parece imposible separarlas. Es lo que Lorenzetti llama facultad de auto-obligarse, en donde la libertad de un individuo queda reducida a la facultad que tiene de obligarse o de no hacerlo.¹⁹.

Así, la autonomía de la voluntad se transforma en un juego de, al menos, dos opciones: contratar o no contratar. Empero, como se tiene y no se ejerce la libertad para no contratar automáticamente se enciende la obligación de cumplir el contrato. Esta libertad, presentada en términos negativos (no-contratar), sólo sirve para obligar al que celebró el contrato pudiendo no haber contratado, pero de ninguna manera es una libertad plena que asegura la libertad contractual de las dos partes de un acuerdo. Y, para colmo, todo ese esquema de aparente libertad empeora cuando la posibilidad de no contratar está referida a bienes y servicios que, sin ser imprescindibles, son de uso casi obligado en la sociedad moderna.

Nuestra escuela jurídica, sin embargo, siempre tomó partido por una definición negativa de la libertad. Así, el sujeto libre no es el que tiene para sí la facultad de hacer algo, sino la posibilidad de no hacerlo. Esta concepción, llevada a la arena de la clásica teoría general del contrato, da como resultado que todos los contratos son libremente celebrados pues quien prestó su consentimiento podía NO haberlo celebrado. Esta libertad minimalista, por llamarla de una manera, es útil para disfrazar contratos injustos con la ingenua, o cínica, pátina de una libertad negativa.²⁰

En ese orden de ideas, no resulta fácil determinar si el acto jurídico es obligatorio

¹⁹ *La libertad significa que ambas partes pueden elegir entre contratar o no hacerlo y, una vez que lo deciden, pueden disponer el contenido de la obligación según sus intereses. Esta decisión de auto-obligarse requiere una declaración de voluntad, y por esa razón también se estudia este tema como 'principio de la autonomía de la voluntad. Las partes declaran su voluntad de auto-obligarse en forma bilateral, porque de lo contrario no estaríamos en el campo de un contrato, sino de la declaración unilateral de la voluntad o de un testamento. Una vez que existe un acuerdo por una manifestación de voluntad bilateral, ésta es obligatoria, ya que, así como hay libertad para obligarse, hay un deber de respetar la palabra empeñada (autorresponsabilidad).* (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Fundamentos...*, p.244).

²⁰ *La norma comprende: a) el derecho a contratar o no hacerlo; b) el derecho a contratar con determinada persona o no hacerlo con determinada persona; c) el derecho a contratar sobre cualquier prestación lícita y moral... El derecho a contratar o no contratar es la aplicación principal de esta regla del derecho, bien que se encuentra limitado en situaciones ya explicadas ut supra. No obstante, sigue siendo regla ampliamente difundida y aceptada, y debe rescatarse como principio.* (Leiva Fernández, Luis, en Alterini, Jorge (Dir. Gral.), *Código Civil y Comercial Comentado...*, T V, p. 44)

porque fue dado voluntariamente o si, por el contrario, se lo declaró voluntario (con los mínimos recaudos dispuestos en el art. 260 del CCyC.) para añadirle su obligatoriedad y hacerlo exigible por la fuerza.

Es fácil advertir que ni en la definición de acto voluntario (art. 260 del CCyC) ni en la de obligatoriedad contractual (art. 959 del CCyC) aparece la categoría conceptual de Equidad, como si ella no fuera necesaria para celebrar un contrato exigible. Y, esa omisión nos permite preguntar si, acaso, la seguridad jurídica que surge de la obligatoriedad es más importante que la Equidad.

Como hemos visto antes, es posible la existencia de acuerdos injustos y exigibles legalmente; de hecho, existen numerosos ejemplos. Esa indeseada cercanía entre el contrato obligatorio y el contrato injusto es lo que permite la aparición de una de las principales contradicciones del Derecho y que nosotros denominamos *la aporía del injusto obligatorio* que así queda formulada:

Si todos los contratos son obligatorios;
Y algunos contratos son injustos;
Algunos contratos injustos son obligatorios.

Lamentablemente este silogismo improvisado e imperfecto no es una hipótesis de laboratorio, sino que abundan los contratos que siendo injustos son obligatorios. Par probar este enunciado alcanza con analizar las tasas de interés que las tarjetas de crédito aplican en las operaciones de consumo que cualquiera de nosotros realiza diariamente. Por más que esas tasas puedan ser reajustadas en la instancia judicial, ese contrato contiene condiciones desproporcionadas que son, en principio, obligatorias y que solo dejarán de serlo luego de transitar los avatares y los riesgos propios de la tramitación judicial y del criterio de cada juez. Sin embargo, esa desproporción es tolerada por el sistema legal porque fue aceptada libremente por quien suscribió los términos de un contrato formalmente válido.

Es por ese motivo que no nos cansamos de afirmar que la *Autonomía de la Voluntad* (AV) es una regla contrafáctica que se formula como un enunciado libertario, pero se articula mediante renunciaciones a derechos. Cada vez que una estipulación es de muy dudosa equidad aparece la autonomía de la voluntad para convalidarla.

La AV fue, desde siempre, la llave maestra para saltar la Equidad y privilegiar la obligatoriedad de los contratos. En la histórica disputa entre la seguridad jurídica y la equidad el sistema legal siempre sometió a la equidad. Y para hacerlo se valió de un aliado indiscutido: la autonomía de la voluntad.

Se repite la polémica entre la seguridad jurídica y la equidad, pero en este caso, como señala lúcidamente Roberto Saba, se cuela una nueva tensión que enfrenta a la libertad (de contratar) y la igualdad (de los contratantes). El autor nos señala que esa libertad no es incompatible con la igualdad.²¹ Esa intención, que compartimos, de conciliar la libertad individual de contratar con la igualdad (asimétrica) de los contratantes, nos obliga a examinar a la autonomía de la voluntad en armonía con el principio constitucional de igualdad previsto en el art. 16 de la CN.²²

La seguridad jurídica y la equidad están vinculadas de tal forma con la libertad y la igualdad que debe asegurarse que los cuatro conceptos convivan armoniosamente, pues la falta de uno de ellos afecta sustancialmente a todo el ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo: deben convivir, sin repudiarse recíprocamente, cuatro nociones estructurales: a) la libertad de los individuos; b) la equidad de las relaciones jurídicas; c) la igualdad; d) la seguridad jurídica sin la cual el sistema económico de intercambio de bienes y servicios se derrumba.

La convivencia indispensable de estas cuatro nociones obliga a que ellas sean consideradas en términos relativos y no absolutos. El predominio muy marcado de una sobre otra amenaza el equilibrio del sistema. En sumario; la armonía del ordenamiento

²¹ *La democracia liberal descansa en la convicción de que es valioso que los individuos tomemos decisiones libres sobre aspectos tanto centrales como periféricos de nuestras vidas. Esa libertad se funda en el principio de autonomía personal que establece que las personas son fines en sí mismas y que tiene la capacidad moral de discernir lo que es bueno y malo para ellas de acuerdo con el plan de vida que libremente han escogido para sí. ... Existe un segundo principio central en la democracia liberal: el de igualdad. Si bien algunos sostienen que estos dos principios son contradictorios e irreconciliables, muchos autores han hecho el esfuerzo de demostrar que no es cierto.* (Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Buenos Aires, Sigo Veintiuno, 2018, p. 149).

²² *Si damos por sentado que estos últimos tiene razón, posición que refrendo, existen situaciones problemáticas en el marco de posibles conflictos en el ejercicio de los derechos constitucionales que debemos pensar con cuidado si aspiramos a resolverlas de modo que ambos principios sobrevivan al aparente conflicto que existe entre ellos. Me refiero a aquellas situaciones en que el ejercicio de la libertad parece habilitar tratos entre personas que algunos considerarían, al menos intuitivamente, contrarios a la igualdad. Veamos, por ejemplo, los casos de los derechos a contratar y a asociarse libremente* (Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley...*, p. 149).

jurídico supone la pérdida de una parte de libertad, la aceptación de una cierta desigualdad, y la tolerancia ante relativa inseguridad jurídica.²³

Hechas estas consideraciones necesarias volvamos a nuestro examen más concreto de la libertad contractual y la equidad de las relaciones jurídicas. Veamos.

Si uno de los contratantes es obligado a contratar o, dicho de otra forma, si no tiene otra chance que no sea la de aceptar las condiciones contractuales que se le imponen para acceder a un servicio de uso masivo (v.gr., un teléfono celular, una conexión a internet, un abono de televisión por cable, etc.) se afecta su libertad porque la exagerada libertad de su par lo somete a una desigualdad lesiva del art. 16 CN. Frente a ese conflicto, el sistema legal (el Estado) debe intervenir para compatibilizar la libertad con la igualdad de los contratantes.²⁴

Esta idea que propicia los términos de una convivencia posible entre la libertad contractual y la igualdad de los contratantes, conviene aclararlo una vez más, no significa que las partes deban obtener tratos idénticos en cuanto a las prestaciones que cada uno obtiene del negocio concreto, sino que la igualdad se refiere a la autonomía personal que ambos contratantes deben alcanzar para que el contrato pueda ser considerado válido. En resumen, postulamos que el Estado debe intervenir en las relaciones jurídicas privadas restringiendo la libertad de uno de los contratantes para restaurar la igualdad (no identidad) entre ambas partes.²⁵

²³ Uno de los pensadores modernos (liberales) que mejor manejan los términos relativos de nociones tan sustantivas fue John Rawls (1921- 2002, Universidad de Princeton y Harvard). Veamos este texto: *“Sostendré en cambio que las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastantes diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo, las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad... Sin embargo, no hay injusticia en que unos pocos obtengan mayores beneficios, con tal de que con ello se mejore la situación de las personas menos afortunadas”* (Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, María Dolores González (Trad.), DF, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, p 27).

²⁴ Como ya sostuve más arriba, la Constitución nacional argentina expresa el compromiso de la comunidad política con los dos principios: el de libertad y el de igualdad. Esta norma reconoce que todas las personas gozan de una esfera de autonomía protegida de las interferencias estatales, salvo aquellas que tengan por objeto impedir el daño a terceros –que por definición tienen el mismo derecho a disfrutar de esa misma autonomía... (Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley...*, p. 151).

²⁵ El Estado tiene la facultad de regular los derechos constitucionales de modo que su ejercicio por una persona no conduzca a afectar esos mismos derechos en un tercero, de modo de lograr que todos los individuos puedan ejercer todos los derechos sin que los planes de vida de unos atenten contra los planes de vida de otros utilizándose mutuamente como medios para alcanzar fines en detrimento de la autonomía personas de terceros. (Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley...*, p. 155).

Veamos un poco más detalladamente estas cuestiones.

Al referirse a la regla *pacta sunt servanda*, Fernando Ubiría dice: *Es un principio del derecho de los contratos. Los contratos nacen para ser cumplidos..., directiva de raíz romana que tiene gran importancia en el terreno de los negocios económicos-jurídicos y que evidencia un fuerte y sano componente moralizador. No obstante, para nuestra disciplina resulta perfectamente comprendida dentro de los anchos márgenes del 'alterum non laedere y de la prevención, pues los perjuicios pueden ocasionarse a través de distintas vías, por ejemplo, del incumplimiento de la palabra empeñada.*²⁶

En sentido similar, Matilde Zavala de González también se pronuncia sobre la obligatoriedad del contrato y sobre la antijuridicidad dañosa que produce su incumplimiento.²⁷

Ubiría también examina la regla *Alterum non laedere* y señala que: *Significa no dañar a otro, y ha sido elaborado en el derecho romano por Ulpiano...Es el principio madre, en esta regla o mandato general de conducta (verdadero mandamiento jurídico) se concentra o reduce todo el sistema, y así el filósofo italiano Norberto Bobbio sentenciaba que, si se concibiera un ordenamiento jurídico reducido a una sola norma particular, sería necesario elevar a norma particular el mandato *minem laedere*.*²⁸

En esa misma dirección Zavala de González sostiene que la regla de no dañar tiene anclaje constitucional en el art. 19 de la CN, además de ser un principio rector del Derecho porque contiene valores esenciales sin los cuales el Derecho como sistema no podría concretarse. La doctrinaria señala, como rasgo distintivo, que la regla que prohíbe dañar es, en principio, indisponible.²⁹

²⁶Ubiría, Fernando, *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p 35 -36.

²⁷ *El contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes (art. 959), y quien no lo cumple viola el ordenamiento jurídico, que confiere efecto vinculante a la palabra empeñada. La conclusión es extensible a obligaciones asumidas unilateralmente (arts. 1800 y concordantes).* (Zavala de González, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código...*, p. 389).

²⁸Ubiría, Fernando, *Derecho de daños...*, p 30.

²⁹ *Hay principios y valores jurídicos esenciales, que surgen de modo coherente de todo el ordenamiento...sobre cuya base se estructura el sistema de responsabilidad civil. Constituyen materia indisponible o bien la disposición se autoriza, pero con sujeción a condiciones rigurosas... En materia de responsabilidad, pueden enunciarse los siguientes: a) El principio básico 'alterum non laedere' (art. 19 Const. Nacional), de por sí idóneo para suministrar protección a todo interés merecedor de tutela y del cual fluyen todos los demás que operan*

Pizarro – Vallespinos, ratifican estos criterios y agregan que la regla '*alterum non ladere*' tiene vital importancia tanto en el resarcimiento del daño injusto como en su prevención. Es decir: no dañar, no solo significa reparar el daño causado sino, fundamentalmente, evitarlo.³⁰

Las reflexiones anotadas hasta ahora nos muestran la existencia de, por lo menos, tres principios esenciales para el Derecho. El primero se refiere a la obligatoriedad de la palabra empeñada en los contratos. El segundo, aún más importante, determina la obligación genérica de no dañar a otros. El tercero, se refiere a la igualdad y determina que el Estado debe intervenir para evitar que la *libertad concentrada* en unos pocos conspira contra el derecho a la igualdad prescripto en el art. 16 de la CN.

La combinación de estos principios nos permite hacer un enunciado lógico de dos premisas y una conclusión inevitable: (a) El sistema legal prohíbe dañar a los otros (*alterum non ladere*). (b) El sistema legal dispone que los contratos son obligatorios (*pacta sunt servanda*). (c) El incumplimiento de los contratos ocasiona daños que deben ser resarcidos.

Sin embargo, estas proposiciones, sencillas e irrefutables, nos hacen pensar en la posible existencia de una cuarta premisa. Veamos. ¿Qué ocurre cuando la concreción el daño se origina, aunque parezca paradójico, al cumplirse la palabra empeñada? En efecto, cuando el contrato injusto es obligatorio su cumplimiento es la causa eficiente del daño. Nos encontramos, entonces, frente a una incongruencia sistémica entre la obligatoriedad del contrato y la obligación de no dañar a otro.

El cumplimiento de un contrato injusto es tan dañino para quien lo cumple, como el incumplimiento de uno justo lo es para quien sufre la falta de su contraparte. De esta manera, el contrato injusto inaugura otra paradoja: por un lado, legitima la regla *pacta sunt servanda* (art. 959 CCyC) y, por el otro, viola la regla *alterum non ladere* (art. 1716 CCyC) que prohíbe el daño injusto. Con los contratos en particular y las relaciones jurídicas en general pasa lo mismo que con las leyes y la tolerancia social. Es imposible una convivencia

en la responsabilidad por daños... (Zavala de Gonzáles, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código...*, p. 154 -165).

³⁰ El principio de no dañar a tiene una clara vocación expansiva en el nuevo código. En otro tiempo se circunscribía a reparar el daño; hoy también a prevenirlo. En torno suyo se plasma y construye la reacción del ordenamiento jurídico frente al daño injusto y a la amenaza de daño no justificada. (Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil...*, T I, p.22.

colectiva razonable si se omite cumplir las leyes; empero, como señala Dworkin, el cumplimiento de todas las leyes no asegura ni la justicia de una forma de organización social ni la dicha del individuo.³¹

Esta reflexión nos permite concluir el presente tópico señalando que la mayor seguridad jurídica de los contratos no garantiza la equidad de los negocios jurídicos. Casi nunca lo hace.

³¹ *Ningún gobierno que acostumbre actuar contra lo que dictan sus propias normas...puede ser justo, por más que sus instituciones sean sabias o justas en otros sentidos. Pero el cumplimiento de las normas no es suficiente para garantizar la justicia: cuando las normas son injustas, un cumplimiento absoluto puede llevar a grandes injusticias. Sucede lo opuesto con la concepción concentrada en los derechos.* (Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos, ...* p. 29).