
CAPÍTULO III

CONCEPTO DE CONTRATO. NECESIDAD DE SU REVISIÓN

§ 109. **CONCEPTO CLÁSICO DE CONTRATO.** – Este concepto –repetido hasta hoy– toma como núcleo central el “consentimiento”, expresión del *acuerdo de voluntades*. Dice el art. 1137 del Cód. Civil: “*Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos*”.

Nos referimos al concepto clásico, aunque éste no haya sido el originario; en verdad se acuña a fines del siglo XVIII, y ha sido aceptado como inmovible hasta épocas recientes.

Cita VALLESPINOS la definición que dio GOUNOT en 1912: “Hay contrato cuando dos personas de idéntica situación jurídica e igual fuerza económica exponen en un libre debate sus pretensiones opuestas, haciéndose concesiones recíprocas y terminando por concluir un acuerdo donde ellas han valorado todos sus términos y que están bien seguros de la expresión de su voluntad común”¹.

Pero la realidad del mundo comercial demuestra que hoy tal declaración de voluntad común –característica de los contratos negociados– es la excepción, pues la regla son los contratos con cláusulas predispuestas, los celebrados sobre la base de condiciones generales, los contratos de adhesión, los de ventanilla, el contrato normado, el de las máquinas automáticas; y hasta nos hallamos frente al hecho no infrecuente del *contrato obligatorio*. Ante esta realidad que caracteriza a las contrataciones comerciales de nuestros días, relativas a las adquisiciones de bienes o servicios por medio de máquinas automáticas y situaciones similares, se ha acuñado la expresión “rela-

¹ Citado por VALLESPINOS, *El contrato por adhesión*, p. 215. Ver también VENINI - SUÁREZ - CONDE, *De lo clásico a lo moderno en materia contractual*, JA, 1989-I-1074.

ciones contractuales de hecho". No está mal; pero en nuestra opinión no debe pretenderse que estas "relaciones contractuales de hecho" –denominación que aceptamos sólo por ser gráfica– constituyan una figura jurídica distinta al contrato, sino que queden incluidas dentro de su concepto general.

Para encarar el adecuado análisis de este tema conviene recordar lo expresado por GORLA, quien recomienda recurrir al estudio histórico-comparativo, pues suscita ideas y enciende luces inesperadas; es así como ciertos puntos oscuros de nuestra teoría del contrato se iluminan gracias a este método. En la comparación saltan a la vista y se desechan los conceptos basados en definiciones que sin otro análisis se adoptan como irrevisables, así como se desvanecen ciertas creencias que, por haber sido observadas durante años, se presentan como "lógicas". Aplicados estos principios a la necesidad de determinar un concepto de contrato válido para las contrataciones comerciales en masa, recurriendo a la comparación, se advierte que son posibles otros planteamientos, otras soluciones y que aquel concepto o definición que siempre nos ha parecido inmutable e irrevisable es, solamente, una particularidad histórica, debida, tal vez, a razones políticas, filosóficas, o a ciertas técnicas especiales².

No obstante –advierte GORLA– esto no implica echar por la borda el denominado "método lógico" al cual podría acudirse aunque sólo como uno de los sistemas para aproximarse al fenómeno jurídico, para hacerlo más aprehensible. Pero, cuando al salir del campo de la satisfacción de las mencionadas necesidades del pensamiento, se hace de éste el *único método* (el *método*, por excelencia o la *ciencia del derecho*), como desgraciadamente ha ocurrido a menudo entre nosotros, entonces tal método degenera y no tardan en manifestarse y hacerse fácilmente advertibles sus perniciosos efectos³.

a) *CONTRATO Y ACUERDO DE VOLUNTADES*. El concepto de contrato, basado en la declaración de voluntad común –tal como lo prevé el art. 1137 del Cód. Civil–, nos resulta algo natural y muy claro, pues constituye una noción tan arraigada en nuestra conciencia jurídica, y parece corresponder tan exactamente con el orden lógico de nuestras ideas y con el orden natural de las cosas, que no se piensa que, en su origen y etimológicamente *contrato* no significó la obligación nacida necesariamente de un acuerdo de voluntades. La concepción que toma a la declaración de voluntad común (expresada mediante el consentimiento) como base del contrato, surge después de una larga, confusa y no muy bien conocida evolución del pensamien-

² GORLA, *El contrato*, t. I, p. 6.

³ GORLA, *El contrato*, t. I, p. 9.

to jurídico, que los historiadores han ido aclarando poco a poco y fatigosamente. Como indica Díez-Picazo, “el concepto de contrato que hoy poseemos no se formó en el derecho romano”⁴. Por ello no hay razón para sostener que esta evolución del concepto de contrato haya quedado solidificada y no sea susceptible de continuar evolucionando según las cambiantes necesidades de una realidad socioeconómica en permanente transformación.

El mejor ejemplo de esta evolución nos la da el derecho romano, pues el concepto de contrato, sus elementos, sus modalidades, sus principios, etc., se han ido transformando con la evolución del pueblo romano.

Resulta imprescindible –expresa VALLESPINOS⁵– mantener este método evolutivo como una constante en nuestras investigaciones, pues el contrato, como institución, es la figura jurídica que más ha sentido los cambios políticos, sociales y económicos de la civilización.

En este sentido, MORONI⁶ recuerda que la clásica teoría del consentimiento en materia contractual cede terreno a raíz de las nuevas modalidades de contratación, impuestas por la constante movilidad de las transacciones mercantiles, y porque las previsiones del derecho moderno tienden a resolver situaciones que escapan a los esquemas tradicionales (ver § 117, donde ampliamos los conceptos de este autor).

Otros autores han hecho las siguientes reflexiones: “Las intensas mutaciones, los cambios profundos del mundo en que nos toca vivir, originan nuevas modalidades de vinculaciones en las que la empresa cumple un rol preponderante. Las relaciones entre ellas y los consumidores va gestando un derecho impuesto por las nuevas necesidades económicas, que hacen que la concepción clásica del contrato resulte, de por sí, insuficiente como elemento abastecedor de las exigencias del tráfico jurídico en las postrimerías de este siglo. De manera que el contrato en cuanto expresión o instrumento del hombre para alcanzar las finalidades que individualmente no le es dado obtener, debe estar dotado de todos aquellos elementos que la técnica jurídica actual está en condiciones de brindarle con el objeto de dar acabada satisfacción a lo que se espera de él en estos momentos cruciales de nuestra existencia”⁷.

b) *DERECHO ROMANO*. Para entender mejor el significado de contrato en el derecho romano será útil remontarnos al origen etimológico

⁴ Díez-Picazo, *Fundamentos*, t. I, p. 96.

⁵ Vallespinos, *El contrato por adhesión*, p. 2.

⁶ Moroni, *La promesa al público*, p. 3.

⁷ Venini - Suárez - Conde, *De lo clásico a lo moderno en materia contractual*, JA, 1989-I-1074.

gico del vocablo, así como al sentido que entonces se adjudicaba al término *pacto*.

La voz *contrato* deriva de *contrahere*, que, a su vez, proviene de *trahere*⁸.

El *contractus* es, pues, una situación que da origen a ese especial *vinculum iuris* en que consiste la *obligatio*. Coincidentemente, FONTANARROSA explica que *contrahere* es un verbo antiguo, que usado literal y metafóricamente significa, por regla general, “realizar”, “perpetuar”, “concitar” (*admittere, committere, constituere*). Debe tenerse en cuenta que en la lengua latina la palabra *contrahere* no significaba primariamente “celebrar un contrato” incluso entre los mismos juristas clásicos. En contraste con el verbo *contrahere*, el sustantivo *contractus* apareció mucho después. Sin duda alguna —señala FONTANARROSA— el término jurídico *contractus* fue acuñado por los juristas del período último de la República⁹.

En el antiguo derecho romano para que naciera una *obligatio* no resultante de un delito era necesario realizar determinados actos solemnes y rituales (*nexum, sponsio, stipulatio*). De suerte que sólo a todos aquellos actos solemnes y rituales que generaban una *obligatio* se les llamaba *contractus* (cuando comenzó a utilizarse esta expresión)¹⁰.

MESSINEO, coincidiendo con las opiniones citadas, nos explica que el término *contractus* tenía —según la opinión prevaleciente— un significado distinto al que le otorgan los juristas modernos. La concepción que identifica al contrato con la declaración de voluntad común (consentimiento) se plasma en los códigos occidentales del siglo XIX. Concretamente: en el derecho romano, “contrato” no significaba el acuerdo (acto de voluntad común de ambas partes) que da nacimiento a la relación obligatoria, sino el vínculo en sí como hecho objetivo¹¹.

⁸ *Trahere* significa arrastrar, según COROMINAS, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, p. 577; en tanto que “pacto” deriva de *pactum*, participio de *pacisci*, de la misma raíz que “paz”, para cuya vigencia se requiere el acuerdo. Por ello —explica DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, t. I, p. 94—, originariamente, la voz *contractus* no parece haber tenido un preciso significado técnico-jurídico. Etimológicamente, *contractus* es el participio pasivo del verbo *contrahere*, es decir, “lo contraído”. Lo contraído es una obligación (*negotio contractum, obligatio contracta*).

⁹ FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 15 (nota 23) y ss.; dice este autor: “Originariamente significó celebrar o realizar un acto y fue usado en unión con un sustantivo en genitivo: *contractus stipulationis* (la celebración de una estipulación) *contractus emptionis* (la celebración de una venta). Ver también SCHULZ, *Derecho romano clásico*, p. 445, n° 799.

¹⁰ Conf. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, t. I, p. 94.

¹¹ MESSINEO, *Il contratto in genere*, t. I, p. 8.

c) *DERECHO ANGLOSAJÓN*. Siguiendo el método comparativo que aconseja GORLA, cabe remitirse al derecho anglosajón, en el cual la noción de contrato no coincide con la del derecho continental europeo (y por tanto tampoco con la del art. 1137 de nuestro Cód. Civil). El contrato aparece allí más como el resultado de un trueque de promesas que como una verdadera fusión de voluntades. A la supuesta fusión de voluntades se refiere el art. 1137 del Cód. Civil cuando habla de una declaración de *voluntad común*.

En el derecho anglosajón suele definirse el contrato como “la promesa o el conjunto de promesas que atribuyen a una o a las dos partes del derecho a exigir algo judicialmente”.

Señala GORLA que, en derecho anglosajón, la *consideration* es el elemento del que deriva la eficacia vinculante del contrato: es un acto o una abstención de una de las partes, o la promesa de esto; es el precio por el cual se compra la promesa de la otra, y la promesa hecha de esta forma por una contraprestación queda jurídicamente sancionada. En el *common law* una promesa sólo es sancionada (*enforceable*) en cuanto revista la forma del *act under seal*, o exista una *consideration*, es decir, en este último caso, en cuanto forme parte de un negocio de cambio. El esquema del cambio (*bargain*), entendido en el sentido más amplio (que comprende también el cambio no típicamente económico), es el esquema del contrato no formal. Lo que cuenta es la voluntad del promitente, en cuanto que promete exigiendo a su vez algo al promisorio, y no la justificación extracontractual del beneficio o del sacrificio. Los esquemas contractuales reconocidos por el *common law*, por lo menos en principio, son, pues, el esquema formal (sobre el *act under seal or deed*) y el esquema del *bargain* o cambio en sentido amplio¹².

Con criterio similar, en el derecho norteamericano suele definirse al contrato como “una promesa jurídicamente exigible, ya sea directa o indirectamente” (*a promise enforceable at law directly or indirectly*). Pero este concepto presenta un perfil más particular aún, pues al estar formado sobre la base de una promesa, excluye las transacciones que puedan ser consideradas como de permuta (*barter*) por existir un cambio recíproco, actual, inmediato y plenamente efectivo de bienes. Señala FONTANARROSA que tal operación es, para el derecho norteamericano, una permuta (*barter*), concepto que —naturalmente— no coincide con el de nuestro Código Civil (art. 1485). El carácter de los bienes intercambiados no es esencial para el derecho anglosajón, sino la existencia de una promesa, pues si ha habido un intercambio simultáneo de bienes en esta concepción no

¹² FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 36, nota 24; GORLA, *El contrato*, t. I, p. 29 y siguientes.

nace un contrato si bien se crean nuevas relaciones físicas para las cuales una sociedad organizada establece nuevas relaciones legales. Esas nuevas relaciones derivadas del intercambio simultáneo de bienes provienen de la acción voluntaria de ambas partes, pero no generan ningún derecho especial a favor de una de ellas para compeler a un cumplimiento subsiguiente de la otra, porque ya se ha cumplido.

Explica FONTANARROSA que si el término *contrato* se usa para denotar un documento formal redactado por las partes que prueba su asentimiento mutuo, hay muchas operaciones de permuta (según el derecho norteamericano) en las que se extienden esos documentos.

Una escritura de venta sería, con frecuencia, un contrato en este sentido. Sin embargo, en el caso de que haya existido un cambio plenamente efectivo de bienes, puede no haber ninguna promesa jurídicamente exigible o susceptible de incumplimiento. Tal intercambio plenamente efectivo, que no incluya ninguna promesa jurídicamente exigible por las partes, crea no obstante, numerosas relaciones jurídicas; pero éstas ordinariamente se describen, como relaciones de propiedad y *no como relaciones contractuales*¹³.

d) *CONCEPTO DE CONTRATO EN EL DERECHO CONTINENTAL*. No existe un concepto uniforme del contrato en los códigos ya clásicos de Europa continental.

1) *CÓDIGO CIVIL FRANCÉS*. Dispone el art. 1101 de ese Código: "El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otra o varias más, a dar, hacer o a no hacer alguna cosa".

Esta definición no se asemeja, indudablemente, al contenido del art. 1137 del Cód. Civil argentino.

A su vez, el art. 1108 del Cód. Civil francés expresa: "Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención: el consentimiento de la parte que se obliga, su capacidad de contratar, un objeto cierto que forma la materia del negocio, una causa lícita en la obligación".

Según VALLESPINOS¹⁴, de la simple lectura del art. 1108 del Código francés pareciera ser que sólo se exige el consentimiento de una de las partes; aunque reflexiona que no es así, puesto que ninguna convención puede ser el resultado de una sola voluntad. Sin embargo, cabe tener en cuenta la especial relevancia que este artículo otorga a "la parte que se obliga".

¹³ FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 36; puede verse también CORBIN, *On contracts*, p. 6 y 7, citado por FONTANARROSA; GORLA, *El contrato*, t. I, p. 399 y siguientes.

¹⁴ VALLESPINOS, *El contrato por adhesión*, p. 104.

2) *CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL*. Dispone su art. 1254: “El contrato existe desde que varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”. Este concepto es amplio y también incluye las relaciones contractuales de hecho y el contrato por adhesión.

El Código Civil español no se refiere a la declaración de voluntad común, que sí menciona el art. 1137 de nuestro Cód. Civil, equívocamente y de modo contradictorio con los arts. 1145 y 1146. Por ello el art. 1254 del Código español es más correcto que nuestro art. 1137.

3) *CÓDIGO CIVIL ALEMÁN DE 1896 (BGB)*. Este Código no define el contrato, pero su concepto puede inferirse de lo dispuesto por el § 305: “Salvo disposición en contrario de la ley, se necesitará un contrato de los interesados para establecer por acto jurídico una relación obligatoria o para variar su contenido”.

Como señala VALLESPINOS, en el BGB tampoco se han enumerado los requisitos necesarios para la configuración de un contrato. Los § 104 a 115 están destinados a las incapacidades en general; de ellas, el § 104 a los vicios de la voluntad; en los § 134 a 138 se determina el objeto de los negocios jurídicos; y los § 305 a 317 se refieren en particular al objeto de los contratos, pues para este Código el contrato constituye una de las variedades que puede presentar el negocio jurídico. Solamente cuando el negocio jurídico contenga manifestaciones de voluntades correlativas y recíprocas de dos partes distintas estaremos en presencia de un contrato¹⁵.

e) *¿CONTRATO SIN CONSENTIMIENTO?* El concepto clásico de contrato, que otorga relevancia al elemento subjetivo (acuerdo, consentimiento, declaración de voluntad común), se insinúa en la época posclásica del derecho justiniano, con el nombre de *pactum* (o *pactio*), o *convenio*, de donde surge el elemento *consensus*; de modo que en realidad el *pactum* viene a ser el verdadero antecedente del contrato moderno.

En el derecho romano clásico se hablaba también de los contratos *consensuales*, pero no por otorgar relevancia al elemento consentimiento, sino en oposición a los denominados contratos reales. Dice MESSINEO: “El contrato moderno, ciertamente, no es sino el *pactum* de los romanos: o sea un acuerdo de voluntades, idóneo para dar vida a una obligación (*solus consensus obligat*)”¹⁶.

¹⁵ Opiniones de ENNECERUS - NIPPERDEY - WOLFF, *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. I, p. 72, y de BUFNOIR, *Code Civil allemand*, t. I, p. 11 (citados por VALLESPINOS, *El contrato por adhesión*, p. 124).

¹⁶ MESSINEO, *Il contratto in genere*, t. I, p. 8.

O sea que en el derecho romano clásico la obligación nacida de un contrato no requería el acuerdo de voluntades¹⁷. En vez, este acuerdo de voluntades era la base del *pacto*. Bien destaca Díez-PICAZO que es precisamente el pacto y no el contrato a lo que ULPIANO define, como *duorum in idem placitum vel consensus*. Los pactos eran acuerdo de voluntades, si bien en un principio no generaban ningún efecto jurídico inmediato, pues no daban nacimiento a una obligación a la que se otorgara acción para exigir el cumplimiento de lo pactado (*ex nudo pacto actio non nascitur; nuda pactio obligationem non parit*). Posteriormente, algunos pactos fueron provistos de acción, como sucedió con los *pacta adiecta*, que eran pactos añadidos a un contrato como cumplimiento de éste; los pactos tipificados por el pretor (por ejemplo, el pacto de hipoteca) y *pacta legitima* o pactos a los cuales los emperadores concedieron una acción especial.

La conclusión a que nos lleva este análisis –según lo expresado por Díez-PICAZO– es que originariamente no existió una necesaria relación entre la idea de contrato y el acuerdo de voluntades. En el derecho romano clásico había contrato cuando se contraía una obligación, y esto podía ocurrir tanto por guardar una determinada forma solemne –con sus palabras rituales– cuanto por suscribir un documento o realizar un determinado comportamiento¹⁸.

La relación entre contrato y acuerdo de voluntades tampoco fue reconocida en el derecho intermedio. La jurisprudencia medieval, desde los glosadores hasta los intérpretes del siglo xv, continuó actuando alrededor de los esquemas del sistema romano justiniano, al que permanece sustancialmente fiel (aunque sin renunciar a algu-

¹⁷ PETIT, *Tratado*, p. 397, n° 287; ahí dice que en derecho romano, la estipulación es una *manera de contratar*, que consiste en una interrogación al efecto de obligar, hecha por el que quiere hacerse acreedor, seguida de una respuesta afirmativa y conforme a la pregunta, hecha por el que consiente en hacerse deudor (p.ej., ¿prometéis darme cinco escudos de oro? Lo prometo –*Quinque aureos dare spondeo?* Spondeo–). La palabra *stipulatio* se aplica en general al conjunto del contrato. Pero en un sentido más restringido, designa el papel del acreedor: mientras que el papel del deudor se llama *sponsio i promissio*. Es preciso que la respuesta sea conforme a la pregunta. Esta conformidad debía existir al principio en los términos mismos de la estipulación. El que promete estaba obligado a emplear en la respuesta el verbo de que se había servido el estipulante: ¿*spondeo?*, *spondeo*; ¿*promittesne?*, *promitto*. En la época clásica, esta condición rigurosa, que era una garantía un poco exagerada del acuerdo de las partes, ya no existe. Basta con que la respuesta indique claramente el consentimiento del deudor, el cual puede servirse de otro verbo, o responder en otra lengua, si era comprendida por el estipulante, o aun contentarse con una expresión afirmativa, tal como *quidni* (por qué no).

¹⁸ Dice Díez-PICAZO, *Fundamentos*, t. I, p. 94: “El puro acuerdo de voluntades, originariamente, era por sí solo constitutivo de un nudo pacto y por consiguiente se encontraba desprovisto de acción”.

nos desarrollos conceptuales). Los autores de este período —señala DÍEZ-PICAZO— conservan la antítesis fundamental entre *contractus* y *pacta*, o, usando la fórmula por aquéllos empleada, entre *pacta vestita* y *pacta nuda*¹⁹.

Esto ha determinado que aún hoy reine cierta confusión en la doctrina universal acerca del empleo de los términos “acuerdo”, “convención”, “contrato” y “pacto”; confusión que se remonta al derecho romano. En sus orígenes, *pacere*, *pactum*, *convenire* y *conventio*, se utilizaron para designar convenios de toda índole. En la terminología clásica, *pactum* significaba compromiso y, también, cualquier pacto adicional, sin olvidar que *pactum* o *pactio* significó, originariamente, transacción y, por su sentido literal (de *pax*), conclusión en paz; en tanto, *conventio* (convención) es una expresión genérica que denota acuerdo (con sentido análogo a *consensus*)²⁰.

§ 110. **EL CONTRATO COMO ACUERDO DE VOLUNTADES.** — Señala POUND²¹ que la consagración del concepto de contrato como declaración de voluntad común (lo expresado por el art. 1137, Cód. Civil argentino) es el resultado de la concepción sobre la finalidad del derecho que empezó a tener vigor a partir del siglo xvi. Con la desintegración gradual del orden social del feudalismo y la paulatina transformación en una nueva sociedad, consagrada a los descubrimientos, la colonización y el comercio, apareció la necesidad de otorgar más importancia al individuo, pues había que contemplar la posibilidad de que los hombres utilizaran al máximo sus aptitudes personales en los descubrimientos, conquistas y explotación de los recursos naturales. En consecuencia, se consideró como finalidad del derecho, el logro de la máxima expresión del libre albedrío individual.

Se juzgó entonces que la función del derecho no debía servir para mantener el *statu quo* social del feudalismo, con todas sus arbitrarias restricciones sobre la voluntad y el empleo de las facultades individuales, sino que debía alentar el ejercicio y respeto de la igualdad natural que, a menudo, se veía amenazada o disminuida por las restricciones tradicionales impuestas a la actividad del individuo.

¹⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, t. I, p. 95.

²⁰ FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 18.

²¹ POUND, *Introducción*, p. 56 y ss.; este autor dice: “Se advierte la transición hacia la nueva manera de pensar en los teólogos y juristas españoles del siglo xvi. Mientras ARISTÓTELES había pensado en desigualdades que surgían de los diferentes méritos individuales y de sus diversas capacidades para aquello que exigía el orden social, los nuevos juristas invocaron una igualdad natural (es decir, ideal) en cuanto a las posibilidades de realización, implícita en el análogo poder para el empleo consciente de las facultades propias, común a todos los hombres”.

Esa igualdad natural fue concebida como una igualdad de oportunidades, como una expresión del libre albedrío individual; en consecuencia, se consideró que el orden jurídico debía posibilitar a los individuos el máximo de oportunidades en un mundo donde abundaban los recursos aún no descubiertos, tierra no explotada y fuerzas naturales sin dominar todavía. Esta idea tomó forma en el siglo xvii y se mantuvo durante los dos posteriores, culminando en el pensamiento jurídico del siglo xix. “Su finalidad consistía en posibilitar el máximo de libre acción individual compatible con la libre acción individual general”²².

§ 111. *NUEVA VISIÓN DEL CONTRATO A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX.* — El pensamiento jurídico del siglo xix concibió al contrato como expresión de la voluntad individual plasmada en el acuerdo de voluntades; pero llegó un momento en que ya no hubo más continentes que descubrir; los recursos naturales se hallaban en progresiva explotación, y ya, a principios del siglo xx, había que conservar lo que quedaba de aprovechable. Las fuerzas de la naturaleza estaban controladas y el desarrollo industrial había adquirido proporciones insospechadas, lo que fue creando un sistema económico donde, por un lado, las empresas adquirirían cada vez mayor poder frente a la masa proletaria y, por el otro, hizo su aparición la masa inerte de los consumidores, que empezó a ser considerada. Por todas estas razones, se advirtió que ya no sería posible continuar permitiendo a los individuos hacer lo que su imaginación inquieta o su audaz ambición les sugiriera como un medio de conseguir beneficios. Expresa POUND²³ que si bien los abogados continuaron repitiendo la antigua fórmula, inspirada en el principio del libre albedrío individual, en el siglo xx, y sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, el derecho comenzó a orientarse en otra dirección. Se empezó a restringir la libertad de que gozaba el propietario para hacer con lo suyo lo que quisiera, a fin de que no traspusiese sus límites, poniendo en peligro la seguridad pública.

En el ámbito de los contratos se consideró la necesidad de acotar —especialmente en materia comercial— la plena libertad pregonada, al advertirse que las nuevas condiciones económicas, industriales, comerciales, tecnológicas y sociales hacían que la abstracta libertad contractual y el acuerdo de voluntades como base de los contratos resultaran ilusorios y menoscabaran —en vez de promover— el pleno desarrollo de los individuos que, en su casi totalidad, se hallaban (y se hallan) sometidos a la voluntad de las grandes empresas que im-

²² POUND, *Introducción*, p. 58.

²³ POUND, *Introducción*, p. 60.

ponían (e imponen aún) sus condiciones a la masa indefensa de adquirentes.

§ 112. **NUEVA CONCEPCIÓN DEL CONTRATO EN LA ÉPOCA ACTUAL.** – Esto ha determinado la necesidad de revisar el clásico concepto de contrato, tal como se lo concibió hasta mediados del siglo XIX, es decir, como instrumento jurídico apto para que el individuo aplicara su libre voluntad al descubrimiento, a la explotación de los recursos naturales y a la expansión del comercio.

A fines del siglo XIX y principios del XX el enfoque debió ser otro, pues los individuos, sobre todo en las ciudades cada vez más populosas del mundo occidental, se vieron impedidos de autoabastecerse y debieron recurrir masivamente a la adquisición de toda clase de bienes volcados al mercado por empresarios cada día más poderosos. Se advirtió que la gran masa de individuos que contrataban para satisfacer sus elementales necesidades cotidianas eran sometidos a las imposiciones de los empresarios. Por ello los juristas comenzaron a señalar que los contratos debían enfocarse más desde el punto de vista de las necesidades, deseos o expectativas que buscan satisfacer los individuos a través de ellos, que desde la óptica del consentimiento como expresión de un acuerdo de voluntades inexistente. Por ello –advierte POUND–, los juristas repararon en que la cuestión no era, simplemente, tratar de igualar o armonizar las voluntades de los contratantes, sino permitir la adecuada satisfacción de sus necesidades. En consecuencia, conforme a este nuevo enfoque, la finalidad del derecho a lo largo del siglo XX ha sido, fundamentalmente, la de equilibrar y conciliar las necesidades, deseos y expectativas de los contratantes, así como antes se había puesto énfasis en el equilibrio o acuerdo de voluntades. Se comenzó a pensar en la finalidad del derecho, como un máximo de posibilidades para asegurar el máximo de satisfacción de las necesidades de los contratantes²⁴.

Según POUND, la teoría sobre la finalidad del contrato debió dejar de caracterizarlo como el resultado de la libre y coincidente voluntad de ambas partes, para referirse –fundamentalmente– a las necesidades que éste debe satisfacer; es decir, pasar de la conciliación o armonización de las voluntades a la conciliación o armonización de las necesidades. Quizá pueda discutirse la plena influencia de dichas causas como determinantes de este proceso transformador; pero, sin lugar a dudas, todas ellas han participado y participan en este cambio. POUND coloca a la *psicología* como la primera causa que minó los fundamentos de la filosofía del derecho de la voluntad

²⁴ POUND, *Introducción*, p. 61.

metafísica. En nuestra opinión, este elemento psicológico sería más bien una consecuencia de los otros dos factores. Creemos que de los factores señalados por POUND quizás el de mayor influencia en este proceso transformador sea la aparición de la *organización industrial*, característica de la empresa moderna, que ha masificado la producción, sin olvidar que en virtud de ella las clases obreras y medias tuvieron acceso en forma creciente al mercado de bienes y servicios, y cuyos reclamos de un mínimo de existencia decorosa llegaron a ser más urgentes que los de la libre voluntad contractual²⁵. La *economía* —a la que este autor coloca en segundo lugar— también representó y representa un papel importante como consecuencia de la nueva organización industrial y comercial, sobre todo al demostrar palmariamente hasta qué punto el derecho ha quedado moldeado por la presión de las necesidades económicas.

§ 113. **LAS DENOMINADAS “RELACIONES CONTRACTUALES DE HECHO”**. — Lo anteriormente expuesto sobre las limitaciones del consentimiento en los contratos no negociados tiene su manifestación más aguda en las llamadas relaciones contractuales de hecho²⁶, así denominadas por algún sector de la doctrina, porque no es fácil ubicar dentro del concepto clásico de consentimiento estas nuevas formas de relaciones jurídicas, nacidas de la actividad mercantil de los últimos decenios, en las que basta el simple hecho de apretar un botón, tirar de una palanca, oprimir una tecla, etc., para obtener determinados bienes o servicios. No hay tratativa posible; sólo una máquina, o un empleado que actúa casi mecánicamente.

Es una forma de contratación que cada día se torna más altamente tecnificada y dinámica —como consecuencia forzosa del incremento del comercio masivo—, que no se puede someter a los clásicos y respetables principios del contrato civil, pues ello significaría condenar a muerte al derecho comercial y desconocerle su función tuteladora de este tráfico en masa, en salvaguardia —fundamentalmente— de la parte económica y jurídicamente más débil²⁷.

²⁵ POUND, *Introducción*, p. 62.

²⁶ OVSEJEVICH, *El consentimiento: sus términos*, en “Contratos I. Cátedra de derecho civil del doctor Federico Videla Escalada”, t. I, p. 284; dice —refiriéndose a la relación contractual fáctica u obligación de conducta social típica— que es una concepción nacida en Alemania, elaborada por HAUPT, y muy discutida. Según ella se desconoce la naturaleza contractual del supuesto fáctico que da origen al vínculo obligatorio; serían de hecho pues nacen de un acto no contractual, pero serán contractuales en cuanto se le aplican las normas vinculadas a los contratos. Cita como ejemplos, la utilización de un ómnibus, de un servicio público y de un aparato automático, en el que a cambio de una moneda se adquiere el bien.

²⁷ VALLESPINOS, *El contrato por adhesión*, p. 186.

El comprador adquiere el bien y paga su precio siguiendo las instrucciones impuestas por el empresario para el uso de la máquina, pero sin diálogo posible. No es muy diferente la situación en los almacenes y tiendas de autoservicio, en los cuales el adquirente toma por sí mismo el producto y luego lo paga en la caja.

a) *EN ESTOS CASOS, ¿HAY CONSENTIMIENTO?, ¿HAY CONTRATO?* El cuestionamiento sobre si es posible hablar de consentimiento en los contratos en masa llega a su extremo, sin dudas, en los supuestos analizados precedentemente y que algunos prefieren llamar *contratos mecánicos* o bien *relaciones contractuales de hecho* u *obligación de conducta social típica*.

b) *TEORÍA DE DUGUIT SOBRE LA MANIFESTACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD.* DUGUIT se ocupó del contrato de este siglo (en 1911 expuso su pensamiento en un ciclo de conferencias organizado por la Universidad de Buenos Aires). Todas sus elaboraciones en torno del contrato estuvieron basadas en la aparición de ciertos tipos negociales, los cuales, según su óptica, no encajaban en la estructura clásica del contrato.

DUGUIT²⁸ parece sugerir una nueva concepción negocial sobre bases distintas a las del clásico consentimiento, pues el cliente que hace uso del aparato distribuidor se adhiere a un cierto estado de hecho predispuesto por el propietario; pero este autor se opone –con razón– a que se afirme que las partes entran en contacto y se ponen de acuerdo. Dice: “Acuerdo de voluntades no veo”; pero advierte un acuerdo sobre las condiciones del pretendido contrato. Existe una voluntad –la del propietario de la máquina– que mediante el aparato distribuidor ha establecido un estado de hecho y no una situación jurídica individual; es un estado de hecho de orden general y permanente; y existe también, la voluntad de quien se aprovecha de ese estado de hecho creado por la utilización de la máquina. Hay –expresa DUGUIT– una manifestación unilateral de voluntad jurídica del adquirente.

Siguiendo principios similares, MORONI señala que, acudiendo a los antecedentes históricos, se encuentra la promesa unilateral como única fuerza generadora de obligaciones, la que es congruente, incluso desde el prisma del fundamento racional, porque el deber de satisfacer una prestación nace como consecuencia de la previa decisión de obligarse, antes que de imponer el vínculo a otro. Es falso admitir –dice MORONI– que el consentimiento sostiene al contrato, porque en la realidad surge por las voluntades unilaterales de cada una de las partes contratantes²⁹.

²⁸ Citado por REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 271, § 183.

²⁹ MORONI, *La promesa al público*, p. 7.

c) *MANIFESTACIONES UNILATERALES RECÍPROCAS Y CORRELATIVAS.* En nuestra opinión, la relación jurídica emergente del uso de estas máquinas, dispositivos y modalidades semejantes, aunque actúe un empleado de la empresa proveedora de bienes o servicios, sin facultad de decisión, configura un contrato con las especiales características y connotaciones que son propias de la contratación en masa. Esto surge de la concepción de contrato mercantil impuesta por la costumbre en lo que va del siglo xx, que amplía el concepto dado por el art. 1137 del Cód. Civil. La costumbre, dispone el ap. II del Título preliminar del Código de Comercio, permite “*dar a los contratos y a los hechos el efecto que deben tener, según la voluntad presunta de las partes*”.

A su vez, el ap. V del mismo título dispone que las costumbres mercantiles pueden servir de regla “*para interpretar los actos o convenciones mercantiles*”.

¿Puede haber duda acerca de cuál es la voluntad de quien instala una máquina con las instrucciones para su uso, a fin de que el usuario pueda obtener el bien o el servicio que se promete?

El art. 914 del Cód. Civil dispone: “*Los hechos exteriores de manifestación de voluntad pueden consistir en la ejecución de un hecho material consumado o comenzado, o simplemente en la expresión positiva o tácita de la voluntad*”. La instalación de la máquina es el hecho material por parte del oferente que constituye uno de los posibles modos de manifestación de la voluntad contemplados en este artículo, así como en el art. 918 y también en los arts. 1145 y 1146 del Cód. Civil.

d) *CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL EN EL CONTRATO MASIVO.* Opinamos que para que haya consentimiento no es necesario que exista una declaración de voluntad común, sino que basta con la concurrencia de manifestaciones (exteriorización) de voluntades recíprocas y correlativas de dos o más partes que coinciden en la obtención de un resultado jurídico común, aunque cada parte persiga fines propios (motivo individual de cada contratante).

Este concepto de consentimiento nos viene desde el derecho romano, conforme explica VALLESPINOS.

Roma era una ciudad netamente agrícola, con una economía sencilla y basada exclusivamente en pequeñas necesidades de trueque; con formas jurídicas solemnes, rudimentarias, que se exteriorizaban por medio del *nexum* y la *sponsio*. Posteriormente se admitió una forma contractual más flexible y amplia como la *stipulatio*, que constituyó el instrumento contractual por excelencia. En la primera época de la historia de Roma existió un derecho acorde a las necesidades de esa etapa; de allí que se haya expresado que el sistema

del contrato era el de un derecho familiar y campesino. Por otra parte, advierte VALLESPINOS, las convenciones jurídicas eran escasas y no se conocían principios tales como el de la buena fe, el error, el dolo. No estaba permitido el contrato entre ausentes, en consecuencia, era muy limitado el ámbito de aplicación de los contratos *verbis y litteris*.

En el derecho romano el *consentimiento* como base del contrato no era, precisamente, la declaración de voluntad común del art. 1137 del Cód. Civil. Véase si no, el *nexum*, quizá la forma de contratación más antigua del pueblo romano. Como explica VALLESPINOS, Roma era una sociedad agrícola donde los plebeyos tenían permanente necesidad de pedir préstamos a los patricios, pues éstos eran los titulares de las riquezas. Esta práctica se realizaba mediante el *nexum*, por el cual el deudor quedaba simbólicamente encadenado y a disposición del acreedor. En un primer momento, el *nexum* estaba rodeado de un formalismo absoluto y en cierta medida hasta religioso.

La *sponsio* fue otra forma de contratación empleada en Roma, que tenía estrecha vinculación con lo religioso, pues consistía en “un juramento ante la divinidad”, y su inobservancia acarrearía una severa sanción³⁰.

A su vez, la otra modalidad de contratación, la *stipulatio* consistía en el pronunciamiento de ciertas palabras sacramentales, y de esto dependía su fuerza vinculante, más que de la existencia de una voluntad común.

§ 114. **¿CRISIS DEL CONTRATO?** – El clásico concepto de contrato que consagra el art. 1137 del Cód. Civil está en crisis porque sus principios, basados en la igualdad de negociación de ambas partes, presentan profundas alteraciones en el tráfico mercantil actual. Sin embargo, la voluntad de ambas partes es necesaria para dar nacimiento al vínculo contractual. Lo que está en crisis es el concepto clásico, pero no el contrato.

a) **IGUALDAD NEGOCIAL DE LAS PARTES.** En los contratos mercantiles –salvo los celebrados en paridad de situación–, una de las partes ve restringido al máximo su poder de negociar el contenido de éste. También en el contrato clásico, propio de las relaciones civiles, el destinatario de la oferta no tiene otra alternativa que aceptarla o rechazarla, pues toda aceptación que introduzca cualquier modificación a la oferta implica una contraoferta (art. 1152, Cód. Civil).

³⁰ VALLESPINOS, *El contrato por adhesión*, p. 11 y 13, expresa ahí que la *sponsio* fue adoptada por los romanos para producir obligaciones partiendo de una interrogación seguida de una respuesta. El verbo utilizado era *spondere*.

De modo que, en este aspecto, no hay una diferencia conceptual con la oferta que hace el empresario con cláusulas predispuestas, pero la diferencia existe en las circunstancias que rodean a una y otra oferta. En la segunda, el empresario tiene asumida una actitud que, por la propia organización de su empresa y la dinámica comercial, impide que se formule una contraoferta, pues ésta no será atendida (salvo alguna excepción), ya que la estructura económica y financiera de tales negocios determinan que dicha oferta no sea susceptible de negociación. En vez, en una oferta destinada a celebrar un contrato civil se halla siempre abierta la posibilidad de las tratativas tendientes a llegar a un acuerdo común, salvo obstinación o postura intransigente de una de las partes. Pero, mientras en el contrato civil esta conducta del oferente resultaría de una cuestión meramente subjetiva, en los contratos en masa del comercio actual ello obedece a razones objetivas resultantes de la dinámica mercantil, que así lo impone.

b) *NUESTRO CÓDIGO CIVIL, ¿DEFINE EL CONTRATO?* Para responder este interrogante debemos deshacernos de la inercia mental que, en su mecanicidad, conlleva juicios erróneos e impide percibir la realidad con espíritu renovador. Ese modo de razonar actúa con lo que se ha denominado "pensar por definiciones", que puede ser útil como método de estudio, pero no cuando mediante él se pretende frenar el progreso de las instituciones³¹.

Señala DÍEZ-PICAZO³² que la teoría que concibe el contrato sólo como resultado del consentimiento es desarrollada, principalmente, merced a la escuela del derecho natural racionalista, nacida y desenvuelta en los siglos XVII y XVIII, y al pensamiento de la Ilustración. Tomando como punto de partida el racionalismo y el individualismo jurídico, esta escuela puso de relieve, en primer lugar, la idea de la voluntad individual, tal como lo destaca POUND. Y buscando una justificación a las normas e instituciones basada exclusivamente en la razón natural, se llegó a la conclusión de que el fundamento racional de la creación de las obligaciones sólo se encuentra en la libre y coincidente voluntad de los contratantes.

Con acierto DÍEZ-PICAZO acusa a esta escuela de practicar un racionalismo antihistórico, por su total desvinculación con los esquemas tradicionales del derecho romano, lo cual llevó a dicha escuela a establecer, por primera vez, la idea según la cual *solus consensus obligat*, que se consagra como un principio dogmático de derecho natural. Esto permitió formular una nueva teoría contractualista,

³¹ Ver el artículo de SOSA, *El corporativismo, un pensamiento totalitario*, en "La Nación", 10/1/91, p. 9; quien cita a TALMAN, *Los orígenes de la democracia totalitaria*.

³² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, t. I, p. 96.

fundada sobre una concepción unitaria del contrato como acuerdo de voluntades, que fue receptada como indiscutible por los juristas del siglo XIX y principios del XX³³.

Para hallar una respuesta adecuada a la pregunta que formulamos, lo importante es ubicar, dentro de un concepto amplio de contrato, todos los supuestos en los que el vínculo obligatorio entre las partes nace por la voluntad concurrente de cada una de ellas, aun cuando no se dé el supuesto de la declaración de voluntad común que invoca el art. 1137 del Cód. Civil. Como señala SANTOS BRIZ³⁴, refiriéndose a las condiciones generales de contratación impuestas por el empresario al público, cada vez que se celebra un contrato sobre tales bases, difícilmente se pueda hablar de una *voluntad común*, pues son condiciones elaboradas e impuestas por el empresario, prescindiendo de toda declaración de voluntad del adquirente, quien, aun en disidencia, se somete a ellas a fin de satisfacer alguna necesidad. Pero tales condiciones generales por sí mismas, por su mera formulación, carecen de virtualidad jurídica, pues no son normas en vigor (como ocurre, en cambio, cuando una persona ingresa en una asociación ya existente, en cuyo caso el ingresante se somete a las normas de su estatuto) sino manifestaciones de voluntad del estipulante, carentes por sí solas de eficacia jurídica. Su eficacia jurídica depende, cada vez que un cliente contrata, de que dichas condiciones generales constituyan el contenido de ese contrato; pero no hay un sometimiento ni una subordinación a reglas jurídicas ya en vigor, sino que, precisamente, el objeto de cada contrato singular es otorgar vigencia de norma a esas condiciones generales para el caso particular, convirtiéndolas en contenidos del negocio jurídico concreto como consecuencia de la manifestación de voluntad de la otra parte. Esta reflexión cabe para las denominadas "relaciones contractuales de hecho" y demás circunstancias similares.

c) *NECESIDAD DE REEXAMINAR EL CONCEPTO DE CONTRATO.* El concepto de contrato no es un concepto fosilizado. La conceptualización que surge del art. 1137 del Cód. Civil constituye una categoría histórica, pues, como enseñan FONTANARROSA y Díez-PICAZO, la determinación de un contrato abstracto y general, identificado con el acuerdo de voluntades, es el resultado de dos movimientos operados entre los

³³ Destaca Díez-PICAZO (*Fundamentos*, t. I, p. 101), que estas ideas aparecen ya claramente expuestas en las obra de PUFENDORF sobre la base de postulados anteriormente enunciados por GROCIUS. No es ajena tampoco la formación de este moderno concepto de contrato al influjo de las ideas precedentes del pensamiento filosófico-político, que lo asientan sobre el *consensus* o consentimiento de los ciudadanos mediante la figura del "contrato social" (LOCKE, ROUSSEAU).

³⁴ SANTOS BRIZ, *Derecho económico y derecho civil*, p. 178.

siglos XVII y XVIII: el de los juristas, constreñidos consciente o inconscientemente a forzar la letra y el espíritu de la ley romana para adaptarla a las necesidades de la época, y el de los canonistas, quienes, partiendo de la idea de la supremacía de la Iglesia sobre Roma, llevaron a imponer nuevas concepciones jurídicas. Ellos abrieron el camino a la formulación del concepto de contrato que se refleja en el art. 1137 del Cód. Civil³⁵.

El art. 1137 sigue la corriente de las ideas imperantes a comienzos del siglo XIX, que constituyen un punto de llegada –según dice FONTANARROSA– del “atormentado y plurisecular proceso” de formación de la noción de contrato.

Teniendo en cuenta todos estos antecedentes, creemos conveniente reexaminar más profundamente el acto jurídico (o si se prefiere, el negocio jurídico) que configura un contrato, para que lleguemos a una interpretación más clara y más amplia del significado de este término³⁶.

Lo natural es que el Código Civil regule un aspecto de las relaciones contractuales y se refiera concretamente al que responde a la concepción dominante en el siglo XIX y que son propias del ámbito del derecho civil (el contrato negociado cuya base es el consentimiento) tal como lo prevé el art. 1137; pero esto no excluye la posibilidad de ubicar como contrato toda otra relación jurídica nacida de la voluntad concurrente aunque no necesariamente coincidente de dos o más partes que se someten a un vínculo que genere entre ellas derechos y obligaciones de carácter patrimonial.

¿Por qué se ha de excluir del concepto de contrato estos comportamientos voluntarios lícitos en que dos o más partes adquieren derechos y asumen obligaciones entre ellas, aunque no lo hayan hecho a través de la “declaración de voluntad común” que prevé el art. 1137? ¿Qué ubicación le podríamos otorgar a esta relación jurídica dentro de las fuentes de las obligaciones si le negamos el carácter de contrato?

d) *NUESTRO CÓDIGO CIVIL NO DEFINE EL CONTRATO.* En nuestra opinión, el art. 1137 del Cód. Civil no define el contrato, sino que *des-*

³⁵ FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 17.

³⁶ PARAJÓN, *El reconocimiento lingüístico de la verdad*; este autor dice: “La verdadera amplitud del empleo lingüístico es determinada por la índole de aquello que se quiere expresar, y por las posibilidades implícitas reconocibles en sus representaciones fundamentales” (p. 24); y agrega: “Sólo al ánimo de verdad del pensamiento cabe reclamar la justeza de palabras *que libere la expresión* de las rígidas incitaciones de los modos habituales de hablar” (p. 35). “Es posible llevar el conocimiento hasta donde se pueda establecerlo con certeza y aceptar, como corresponde al saber, en general, que una mayor certeza desplace toda seguridad anterior” (p. 50).

cribe una conducta a la que ubica dentro del concepto más amplio de contrato. En la nota al art. 495 del Cód. Civil, VÉLEZ SÁRSFIELD expresa: “Nos abstenemos de definir, porque como dice FREITAS, las definiciones son impropias de un código de leyes”. Atribuir al art. 1137 al carácter de una definición de contrato no ha sido voluntad del codificador, sino obra de juristas imbuidos del concepto de contrato acuñado a partir del siglo XVIII, y sin otro sustento que un criterio basado en el modo usual de contratar durante el siglo XIX. Dice el art. 1137: “*Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos*”. Esto significa que si las partes observan el comportamiento previsto en la norma, “hay contrato”; es decir, crean entre ellas una relación contractual. Pero el artículo no expresa “contrato es...”; tampoco dice: “hay contrato sólo cuando...”. ¿Significa esto que puede haber otros comportamientos voluntarios de dos o más partes que también puedan ser calificados como contratos aun cuando no se dé el acuerdo de voluntades expresado mediante una declaración de *voluntad común*, que exige el artículo mencionado? Recordemos que la doctrina más ortodoxa, que identifica el contrato con el consentimiento en los términos del art. 1137, en su interpretación de esta norma, a fin de acuñar un concepto coherente no tiene más remedio que apartarse de la letra de dicho art. 1137 para poder incluir, dentro de la figura contractual así concebida, a otros comportamientos que no constituyen una declaración de voluntad común. Esto le hace decir a FONTANARROSA que “según el art. 1137, el contrato resulta del acuerdo de dos o más personas acerca de una *declaración de voluntad común*; pero esto requiere algunas explicaciones porque el propio Código, en los preceptos siguientes (arts. 1140, 1144, 1145 y 1147), ya no habla de *declarar*, sino de *manifestar el consentimiento*”³⁷.

En este sentido, manifestación debe considerarse sinónimo de exteriorización de la voluntad, y así lo disponen los arts. 913 y 914 del Cód. Civil. A su vez, la manifestación puede producirse mediante un comportamiento declarativo o bien mediante un comportamiento no declarativo. En el primer caso la intención negocial se exterioriza con una declaración, es decir, utilizando el lenguaje, que es comunicación por medio de símbolos³⁸. La declaración es una especie de manifestación; de donde resulta que puede existir manifes-

³⁷ FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 19.

³⁸ FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 21; éste expresa: “Los signos o símbolos del lenguaje pueden ser fonéticos (palabra hablada), gráficos (escritura, dibujo), mímicos (gestos); y aun en ciertos supuestos, frente a un determinado contexto de situación, el silencio puede funcionar como medio lingüístico expresivo”.

tación declarativa y manifestación no declarativa. El Código Civil, en los arts. 1145 y 1146, ejemplifica comportamientos a los que confiere la virtualidad de formar el consentimiento contractual, pese a que no configuran la declaración de voluntad común de que habla el art. 1137, pues se trata –en la generalidad de los casos– de actos sucesivos y no simultáneos.

El art. 1145 dispone: “*El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, o por signos inequívocos. El consentimiento tácito resultará de hechos, o de actos que lo presupongan, o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad; o que las partes hubiesen estipulado, que sus convenciones no fuesen obligatorias, sino después de llenarse algunas formalidades*”. Y el art. 1146 establece: “*El consentimiento tácito se presumirá si una de las partes entregare, y la otra recibiere la cosa ofrecida o pedida; o si una de las partes hiciera lo que no hubiera hecho, o no hiciera lo que hubiera hecho si su intención fuese no aceptar la propuesta u oferta*”.

e) *EL “ACUERDO” DEL ARTÍCULO 1137*. Aunque este artículo alude al *acuerdo* de las partes “sobre una declaración de voluntad común”, el término *acuerdo* –observa FONTANARROSA– está empleado para denotar, simplemente, la conformidad o armonía de las partes respecto de una voluntad que se exterioriza como resultado de aquella conformidad. Resulta, pues, que la expresión *voluntad común* no significa que el contrato es una mera consecuencia de ella, sino una resultante de las voluntades individuales de cada parte, manifestadas mediante declaraciones o comportamientos directos o indirectos (no siempre concordantes en cuanto a su alcance o significado), cuyos efectos jurídicos son atribuidos por el ordenamiento vigente según esquemas o tipos generalmente establecidos por la ley³⁹.

La idea de contrato como nacido del “acuerdo de voluntades” recibe un duro golpe en el art. 37 de la ley 24.240, que autoriza al juez a declarar nulas las cláusulas abusivas o violatorias del derecho del consumidor, dejando subsistente el vínculo contractual; y, llegado el caso, puede el juez sustituir la cláusula anulada por otra que no será el resultado del “común acuerdo”, sino de la voluntad del juez.

Como corolario de lo expuesto, en nuestra opinión el art. 1137 da por sobreentendido el concepto de contrato, sin definirlo y sin restringirlo al supuesto que describe, por lo cual el intérprete de nuestra época, para llegar a una concepción adecuada, debe remontarse a los orígenes del contrato y a la raíz etimológica de su sig-

³⁹ FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 23.

nificado, y seguir este instituto en su evolución histórica y en el derecho comparado para advertir que se trata de una figura jurídica viviente, en permanente desarrollo, y no un fósil jurídico.

f) *CONCEPTO DE CONTRATO. UN ENFOQUE MÁS AMPLIO.* Proponemos un concepto de contrato –tomando sus raíces en el derecho romano clásico, tal como se señala en los § 108 a 110– que sea lo suficientemente amplio para permitir ubicar dentro de él a los contratos por adhesión, de ventanilla, las denominadas relaciones contractuales de hecho y demás modalidades del tráfico mercantil actual. Conforme a lo anteriormente expuesto, proponemos la siguiente enunciación: contrato es el acto jurídico entre vivos, bilateral o plurilateral, mediante el cual las partes regulan sus derechos susceptibles de apreciación pecuniaria, en virtud de la aceptación que una de ellas hace de la oferta que la otra formula.

Consideramos que si en el art. 1144 del Cód. Civil sustituimos *consentimiento* por *contrato* tendremos un texto más correcto que el del art. 1137, pues quedaría redactado así: “El contrato debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra”.

Como dijimos (ver ap. d), nuestros tratadistas, aun dentro de la orientación clásica, dan un concepto de contrato que excede al del art. 1137 del Cód. Civil, a fin de poder calificar como tal a las relaciones jurídicas que nacen, no de una *declaración* de voluntad común, sino de *comportamientos* que permiten inferir la existencia de una voluntad negocial (manifestación tácita).

g) *EL CONTRATO ES UN ACTO JURÍDICO.* Definimos al contrato como *acto jurídico*, pues encuadra dentro de su concepto (no polemizaremos aquí sobre si acto jurídico y negocio jurídico son conceptos idénticos o hay una relación de género o especie). Para nuestros fines basta recordar la definición de acto jurídico que da el art. 944 del Cód. Civil (que para algunos coincide con el concepto de negocio jurídico). Dice el art. 944: “*Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos*”.

h) *ACTO JURÍDICO BILATERAL O PLURILATERAL.* Dentro de los actos jurídicos cabe distinguir los unilaterales de los bilaterales (o plurilaterales), según sea suficiente la manifestación de voluntad de una parte o sea necesaria la concurrencia de voluntades de dos o más partes para producir los efectos jurídicos previstos en el art. 944. Es lo que dispone el art. 946 del Cód. Civil: “*Los actos jurídicos son unilaterales o bilaterales. Son unilaterales, cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento.*”

*Son bilaterales, cuando requieren el consentimiento unánime de dos o más personas*⁴⁰.

Para que exista contrato debe mediar la manifestación de voluntad de una parte, a la cual se adhiere la otra mediante un acto voluntario, como requisito para que el vínculo obligatorio que nace de esa concurrencia de voluntades adquiera virtualidad jurídica.

Como expresa MORONI, "la amplitud de la categoría de acto voluntario como manifestación de libertad jurídica en su actividad lícita, otorga eficiencia legal al poder de autodeterminación de las personas, ya que gira en torno de la teoría general del negocio jurídico"⁴¹.

Si el negocio jurídico constituye una verdadera expresión de la autonomía de la voluntad, lo que genera la obligación es la intención efectiva del sujeto y su manifestación, dirigida a un fin jurídico.

1) Es indudable que el contrato tiene por fin inmediato establecer entre las partes "relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos".

2) Al decir acto entre vivos nos remitimos a los arts. 947 y 951 del Cód. Civil, que expresan: "*Los actos jurídicos cuya eficacia no depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se llaman en este Código 'actos entre vivos', como son los contratos. Cuando no deben producir efecto sino después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se denominan 'disposiciones de última voluntad', como son los testamentos*" (art. 947). "*Comenzará la existencia de los actos entre vivos, el día en que fuesen celebrados, y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, o de otra exclusivamente decretada, desde el día de la fecha de los respectivos instrumentos*" (art. 951).

3) Empleamos la expresión *partes*, en vez de *personas* (que es la utilizada en los arts. 946 y 1137, Cód. Civil). *Parte* es un centro de interés jurídico que puede estar formado por una o por dos (o más) personas, en cuyo caso éstas persiguen un mismo resultado jurídico y formulan manifestaciones coincidentes, en razón de perseguir idéntico efecto jurídico en lo que a sus derechos e intereses concierne.

Según BETTI⁴², se atribuye la calidad de *parte*, entendida en sentido sustancial, al sujeto en cuya esfera de intereses jurídicos la re-

⁴⁰ Explica VIDELA ESCALADA (*Visión general del contrato*, en "Contratos I. Cátedra de derecho civil del doctor Federico Videla Escalada", t. I, p. 32, nota 22): "Como resumen de estas reflexiones, principalmente de las referidas a los aspectos variables, formulamos la siguiente noción del contrato, que tiene particularmente en cuenta su esencia jurídica: el contrato es el acto jurídico bilateral destinado a reglar los derechos de las partes en el ámbito patrimonial".

⁴¹ MORONI, *La promesa al público*, p. 7 y 8.

⁴² BETTI, *Teoría general*, p. 68 y siguientes.

lación debe constituirse o desenvolverse, sea que concluya él mismo el negocio o lo haga por medio de un representante. Parte, conforme define este autor, es quien con el negocio dicta reglas (o las acepta) dirigidas a un interés propio. De donde si el interés en juego es único e idéntico, la parte será única, aun cuando puede estar constituida por varias personas (parte pluripersonal o plurisubjetiva). Si, al contrario —advierde BETTI— los intereses afectados y perseguidos son distintos o divergentes, estaremos en presencia de dos o más partes enfrentadas que dará nacimiento a un negocio jurídico bilateral o plurilateral, según sea el caso.

4) Las partes al contratar generan, como consecuencia de la concurrencia de ambas voluntades, reglas que resultan jurídicamente obligatorias como la ley misma (art. 1197, Cód. Civil), naturalmente, con las limitaciones y excepciones propias del tráfico mercantil y de los principios generales del derecho (especialmente los límites del art. 953, Cód. Civil).

5) Omitimos la expresión “declaración de voluntad común” contenida en el art. 1137 del Código, pues, como hemos visto, en las contrataciones del comercio en masa no se da la posibilidad de una declaración de voluntad común destinada a la celebración del contrato. Como exteriorización de voluntad, el empresario ofrece sus bienes o servicios en forma impersonal al público. El adquirente acepta sometiéndose, la mayoría de las veces, a las condiciones impuestas, sin que haya una declaración común que configure el *acuerdo* propio del consentimiento. Cada uno actúa conforme a su propia conveniencia, necesidades o posibilidad (se ignoran recíprocamente); pero hay un momento en que nace el contrato: cuando el adquirente acepta la oferta hecha por la otra parte, sometiéndose voluntariamente (desde el punto de vista jurídico) a las cláusulas o a los medios de contratación predispuestos.

Esto no excluye la posibilidad de que el contrato nazca como resultado de “una declaración de voluntad común”; o sea que entran en este concepto tanto los “contratos no negociados” (las denominadas “relaciones contractuales de hecho”), como los “contratos negociados” resultantes del acuerdo común (consentimiento).

6) Decimos que mediante el contrato las partes regulan *sus* derechos, pues a través de él tienden a satisfacer sus propios intereses jurídicos (sea que actúen directamente o por medio de representantes). No regulan los intereses y derechos de otros sujetos, como ocurre en las convenciones colectivas de trabajo que sí adquieren el carácter de normas objetivas y heterónomas.

i) *PRESTACIÓN SUSCEPTIBLE DE APRECIACIÓN PECUNIARIA.* Las partes regulan mediante el contrato *sus* derechos *susceptibles de apreciación pecuniaria*. Algunos autores hablan de derechos patrimonial-

les, pero es preferible la fórmula que emplea el art. 1169 del Cód. Civil por ser de más amplio contenido: “*La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria*”. Es necesario que la prestación pueda ser mensurable pecuniariamente por las partes dentro de la libertad de contratación, aunque ésta carezca de valor patrimonial en sí misma, como ocurre con una intervención médica, una representación artística o el alquiler de un balcón para ver un desfile (un clásico ejemplo en la jurisprudencia inglesa). Pero, por supuesto, siempre que dicha apreciación pecuniaria no constituya un pacto violatorio de los arts. 530, 531 y 953 del Cód. Civil. El art. 953 —en nuestra opinión, la piedra básica sobre la que se erige todo contrato— establece: “*El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto*”.

¿En qué medida las partes pueden mensurar en dinero una prestación? ¿Qué ha de entenderse por interés del acreedor “apreciable” pecuniariamente como requisito del objeto del contrato y para que sea exigible lo prometido? Los casos más interesantes —por las discusiones que han generado— son los de las prestaciones que no responden a un interés típicamente económico del acreedor, sino de mera satisfacción personal; o sea que no representan un interés útil desde el punto de vista económico social, que merezca poner en funcionamiento el andamiaje judicial. SPOTA sostiene que el contrato debe tener un “objeto-fin social” que se encuadre dentro de “lo que ennoblece la vida del hombre y vitaliza la sociedad” y responda a un interés humano que haya que tutelar conforme a la *conciencia social y política*⁴³.

Es verdad que rara vez se presenta una cuestión así en la esfera de los contratos comerciales, pero, aun en tal caso, los arts. 1169 y 1197 del Cód. Civil permiten superar el obstáculo con la estipulación de una cláusula penal. Sobre la posibilidad de moderar esta cláusula, cuando el interés del acreedor no pueda valorarse en dinero (po-

⁴³ SPOTA, *Instituciones. Contratos*, vol. I, p. 201; BETTI, *Teoría general*, p. 68; este autor sostiene que “objeto o materia del contrato son los intereses que, según la organización social consienta, pueden ser regulados directamente por obra de los mismos interesados en sus relaciones recíprocas”.

sibilidad que afecta a un problema distinto del que plantea el requisito del interés digno de tutela del acreedor) rige lo dispuesto por el art. 656 del Cód. Civil: *“Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno. Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”*.

Coincidiendo con GORLA, señalamos que en los contratos a título oneroso, siempre que en el supuesto de incumplimiento sea posible aplicar una sanción o se haya estipulado una cláusula penal, el acreedor no tiene por qué demostrar la existencia de un especial interés en el cumplimiento de la prestación prometida para ejecutar la sanción o la cláusula penal, salvo el caso de ilicitud o los casos especiales a los que el ordenamiento jurídico niega eficacia (art. 953, Cód. Civil).

Por otra parte, ¿cómo investigar la existencia de un interés económico real del acreedor que se ha hecho prometer una prestación desprovista en sí misma de carácter típicamente económico? Sería una averiguación muy delicada y arbitraria que, con mucha frecuencia se resolvería en una averiguación de los “motivos” de la contratación. GORLA dice que si el acreedor se ha tomado la molestia de celebrar un contrato para obtener aquella prestación y promete a cambio una compensación, y si después afronta los gastos y los riesgos de un juicio, ello quiere decir que, a menos que sea un necio, tiene interés en esa prestación. En nuestro criterio, con ello basta, con tal de que se trate de un interés lícito que no choque con lo ordenado en el art. 953 del Cód. Civil.

§ 115. **OFERTA AL PÚBLICO EN LOS CONTRATOS COMERCIALES.** – Para que haya contrato debe haber una oferta y una aceptación⁴⁴. Lo común en las contrataciones mercantiles es que la oferta sea dirigida al público. Con respecto a las ofertas al público dirigidas a potenciales consumidores o usuarios, la ley 24.240 contiene normas precisas (ver ap. c y h, y § 117).

Quien se propone celebrar un contrato puede dirigir su oferta o propuesta a una persona determinada o bien al público en general

⁴⁴ Dice FONTANARROSA (*Derecho comercial argentino*, t. II, p. 63), que, tanto la oferta como la aceptación son actos jurídicos prenegociables, meras declaraciones o comportamientos tendientes a preparar y concluir un contrato; pero no son en sí mismos negocios jurídicos autónomos. Precisamente de la conjunción de ambos elementos preparatorios surgirá el negocio jurídico bilateral que es el contrato.

(*in incertam personam*). En el derecho comparado no hallamos criterios uniformes sobre la cuestión de la oferta al público. Desde el punto de vista doctrinario tampoco se manifiestan concordes las opiniones. El concepto de oferta en las contrataciones mercantiles constituye, en realidad, una de las cuestiones más críticas porque generalmente se dirige al público.

En el capítulo dedicado a los contratos y obligaciones en general (arts. 207 a 220), el Código de Comercio no contiene ninguna disposición referida a la *oferta*; sólo hallamos en el título sobre la compraventa mercantil, el art. 454, que se refiere a las ofertas indeterminadas, nada más. Este silencio del Código de Comercio ha conducido a la doctrina y a la jurisprudencia nacionales a considerar aplicable a la oferta mercantil el art. 1148 del Cód. Civil, aunque luego, ante la realidad innegable que ofrece el tráfico comercial, se han ido buscando y hallando razones para flexibilizar sus alcances y adecuarlo a las particulares características de dicho tráfico, principalmente, para no dejar desprotegido al consumidor.

Suele afirmarse que nuestro Código Civil exige como requisito de la oferta que ésta sea dirigida a persona determinada; se invoca en apoyo de esta postura al art. 1148 del Cód. Civil que dice: "*Para que haya promesa, ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos*".

Advertimos que el art. 1148 no se refiere a la *oferta* sino a la *promesa* de contrato, que son dos institutos diferentes. Cada vez que el Código Civil se refiere a la oferta en su exacto significado, emplea este vocablo (así lo hace en los arts. 1144, 1149 a 1153, 1155, 1156). En el art. 1144 utiliza la palabra *propuesta* como equivalente. La promesa de contrato es otra figura jurídica que se da, por ejemplo, en la promesa de venta que hace el locador a opción del locatario; así lo explica VÉLEZ SÁRSFIELD en la nota al art. 1148. Es natural que la promesa de contrato deba ser dirigida a persona determinada, sobre un contrato en especial y con todos los antecedentes constitutivos de los contratos. Podemos afirmar, pues, que no existe en nuestro Código Civil norma que expresamente desestime la eficacia jurídica de la oferta al público.

Este modo de ofrecer a persona o personas determinadas tiene vigencia en el caso de los "contratos negociados", pero no para el caso de ofertas al público en las contrataciones masivas. En nuestro derecho positivo no existe una norma explícita sobre este tema y destacamos que en el ámbito de los contratos comerciales no hay disposición limitativa semejante a la del art. 1148 del Cód. Civil. Sobre oferta al público en el Código de Comercio sólo hallamos el art. 454, que dice: "*Las ofertas indeterminadas, contenidas en un prospec-*

to o en una circular, no obligan al que las ha hecho". Este artículo merece algunas consideraciones: habla de ofertas *indeterminadas*, es decir, carentes de precisión, como "vendo muebles", o "alquilo autos", pues se refiere a cosas genéricas (y esto vale también para los servicios), sin determinar la especie. La indeterminación también resulta de la falta de mención del precio. Una oferta ambigua no puede ser considerada realmente oferta, aun cuando sea dirigida a persona determinada.

a) *OFERTA EN EL COMERCIO*. El comercio actual utiliza los más variados medios de publicidad para llegar al público: carteles, catálogos, prospectos, circulares, listas de precios, pantallas televisivas, etcétera. A veces el comerciante exhibe su mercadería con los precios a la vista, en indudable manifestación de ofrecimiento a la venta de esos productos. ¿Podría sostener el comerciante que, en verdad, ello no constituye una oferta, pues no está dirigida a persona determinada (art. 1148, Cód. Civil) y, por tanto, no lo obliga?

Algunos juristas opinan que la oferta en los contratos comerciales sólo se rige por el art. 1148 del Cód. Civil; esto ha hecho desplegar a nuestros autores y jueces un gran ingenio argumental para evitar las funestas consecuencias que acarrearía su aplicación al pie de la letra, sobre todo al público adquirente de los bienes y servicios ofrecidos masivamente.

Como ya dijimos, el Código de Comercio contiene un solo artículo sobre la oferta, el 454, que en verdad se refiere a *anuncios o folletos*, que evidentemente no revisten la calidad jurídica de oferta sino de simples avisos; no trae una norma similar a la del art. 1148 del Cód. Civil, que exija como requisito de la oferta que ésta sea dirigida a persona o personas determinadas e impida, por tanto, calificar de oferta a la dirigida al público en general.

Podrá argumentarse que en virtud de lo dispuesto por el ap. I del Título preliminar y el art. 207 del Cód. de Comercio, a falta de una disposición expresa sobre los requisitos de la oferta debe aplicarse sin más el art. 1148 del Cód. Civil, pero entendemos que este modo de razonar está superado⁴⁵. ROMERO afirma que dentro de las teorías que analizan las relaciones entre el derecho civil y el derecho comercial, la corriente que sostiene el carácter de *derecho especial* de este último, señala que las normas comerciales son diversas de las civiles, porque están destinadas a regular situaciones diferentes y, por ende, no hay una relación de subordinación del derecho comercial al civil, sino, simplemente, la relación entre una regla general contenida en el ordenamiento civil para el juzgamiento de las situa-

⁴⁵ ROMERO, *Curso. Parte general*, t. I, p. 96 y 97.

ciones comunes, y una norma especial, prevista por el derecho comercial, para los casos derivados del tráfico mercantil.

Esta postura —señala ROMERO— tiene suma importancia para el estudio de las fuentes formales del derecho comercial, pues si se tratara éste de un derecho excepcional, su interpretación sería restrictiva, y frente a la laguna de la ley comercial habría que recurrir directamente al derecho civil con prescindencia de los principios generales del derecho comercial y del ordenamiento que reconozca la costumbre. En cambio, tratándose de un derecho especial, tal como lo admite la opinión doctrinaria más importante, corresponde aplicar las normas de la legislación mercantil; en su defecto, acudir a los principios generales de este derecho y a la costumbre mercantil, y sólo en último término y supletoriamente a la ley civil. Esto es lo que ocurre en el derecho argentino.

Considerar al derecho comercial un derecho especial permite recurrir a los diversos modos de interpretación de sus normas, incluyendo la analógica dentro del propio ordenamiento comercial⁴⁶.

Conforme a lo expuesto, en materia comercial hay oferta incluso cuando no se hace a persona determinada, sino al público en general, por los más diversos medios impuestos por la dinámica mercantil, siempre que se precise el contenido de la prestación (“que no sea indeterminada”, dice el art. 454, Cód. de Comercio) y se fije el precio y las demás condiciones de contratación (“con todos los antecedentes constitutivos de los contratos”, art. 1148, Cód. Civil)⁴⁷.

El requisito de que la oferta debe ser dirigida a persona determinada, vale para el contrato negociado, pues en éste la oferta versa sobre un bien (o un servicio) único o individualmente determinado o determinable, que puede ser objeto de un solo contrato o de un número limitado de contrataciones entre personas que se sientan a negociar a la mesa de las tratativas. Distinto es lo que ocurre con la oferta de bienes y servicios que se vuelcan masivamente al mercado. Si alguien ofrece en venta un inmueble, se sabe que no hay

⁴⁶ Conforme expresa ROMERO, *Curso. Parte general*, t. I, p. 96 y 97, esto quedaría absolutamente prohibido si se tratara de un derecho excepcional, lo cual es sumamente importante tener en cuenta, pues la interpretación restrictiva —ya desechada por nuestros juristas en su mayoría— es contradictoria con la ductilidad, con el carácter progresivo y expansivo del derecho comercial y con sus propias modalidades de solución.

⁴⁷ El art. 1148 del Cód. Civil utiliza la expresión *promesa*, en cambio el art. 1146 habla de *oferta*. ¿Es lo mismo promesa que oferta? Mientras el tráfico de masas de bienes y servicios no irrumpió en la economía, resultó innecesario este planteo; pero desde hace décadas la doctrina y la jurisprudencia, fieles a la concepción que identifica la promesa del art. 1148 del Cód. Civil con la oferta, procuran flexibilizar —en materia comercial— la estrictez de sus requisitos, a fin de no caer en situaciones socialmente no requeridas.

posibilidad de venta más que para un solo aceptante; si en cambio, se trata de mercaderías, el número de adquirentes puede ser ilimitado. Aunque desde el punto de vista práctico —observa agudamente FONTANARROSA—, la oferta al público plantearía la dificultad de que varios destinatarios aceptaran simultáneamente la oferta y el oferente no pudiera satisfacerlos por haberse agotado la mercadería o el servicio ofrecidos. Contra esa objeción se ha argüido que la oferta a persona indeterminada debe ser considerada como una invitación a ofrecer; pero hay que tener en cuenta que en muchos casos se vería burlada la buena fe del público, que ha creído hallarse frente a una verdadera y propia oferta contractual, con eficacia vinculante⁴⁸.

Advierte FONTANARROSA que en esta materia no es posible formular principios generales y absolutos, pues las circunstancias concretas del tráfico mercantil exigen una consideración particular de ellas; es interesante reproducir el pensamiento de este jurista sobre esta cuestión, dada su incuestionable autoridad científica: "Como principio de doctrina general —pero no absoluto— cabe admitir que *la oferta al público es válida y eficaz*, siempre que cumpla todos los requisitos para las ofertas, a saber, que sea seria, con intención de vincularse y contenga todas las especificaciones necesarias para poder concretar el contrato a que se refiere (salvo, naturalmente, la determinación del destinatario de ella). Así, en general, se considera que la exposición de una mercadería en vidriera con indicación del precio, constituye una oferta; pero si falta la indicación del precio, sólo podrá estimarse que existe una invitación para contratar"⁴⁹.

b) *OFERTA EN MATERIA COMERCIAL: NUESTRA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA*. La doctrina nacional, partiendo de SEGOVIA⁵⁰, señala los inconvenientes de una aplicación rigurosa de la letra de los arts. 1148 y 1150 del Cód. Civil a las contrataciones mercantiles.

Los jueces que siguen aferrados a sostener que el art. 1148 del Cód. Civil se refiere a los requisitos de la oferta, procuran otorgar al art. 1148 del Cód. Civil y al art. 454 del Cód. de Comercio un sentido más adecuado a la realidad, con criterio equitativo y en resguardo de la buena fe. Así se ha pronunciado un tribunal, al expresar que la promesa de venta contenida en anuncios publicitarios obliga al promitente desde que se acepta, porque si bien se hace a persona indeterminada, con la aceptación se individualiza a aquélla, cumpliéndose el requisito exigido por el art. 1148 del Cód. Civil⁵¹.

⁴⁸ FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 63.

⁴⁹ FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 63 y siguientes.

⁵⁰ SEGOVIA, *El Código Civil de la República Argentina*, t. I, p. 315, n° 15.

⁵¹ CNCiv, Sala A, 5/3/53, LL, 71-190, citado por FERNÁNDEZ - GÓMEZ LEO, *Tratado de derecho comercial*, t. III-A, p. 337.

c) *OFERTA DE BIENES O SERVICIOS DESTINADOS A CONSUMIDORES FINALES.* La ley 24.240 reconoce expresamente la validez de las ofertas hechas al público, y les otorga carácter vinculante. Dispone el art. 7º: “La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones.

La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer”.

d) *UNA NECESARIA DISTINCIÓN EN MATERIA DE OFERTA AL PÚBLICO.* Debemos distinguir, por lo menos, tres supuestos en cuanto a modalidades de ofrecer al público bienes y servicios por parte de los comerciantes, pues las respuestas serán distintas.

1) *OFRECIMIENTO DEL PRODUCTO O SERVICIO MEDIANTE PUBLICIDAD, PROSPECTOS O CIRCULARES, SIN DETERMINAR SUS CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS NI PRECIO.* En este caso admitimos la opinión de SPOTA⁵², quien advierte que en principio, los medios de propaganda no vinculan a quien recurre a ellos, pues no es posible entender que dicha persona ha querido obligarse frente a todo el mundo, más allá de la existencia de esas mercaderías o posibilidades de prestar el servicio. La venta en tales casos —dice SPOTA— *más que ofrecerse, se anuncia.* Pero esto no impide que pueda alegarse la responsabilidad de quien utiliza estos medios sin observar normas de prudencia y diligencia para evitar perjuicios, al incurrir el avisante en un acto antifuncional (arts. 1071 y 1109, Cód. Civil).

2) *OFRECIMIENTO DEL PRODUCTO O SERVICIO CON DETERMINACIÓN DE SUS CARACTERÍSTICAS Y PRECIO.* En este supuesto, existe mayor posibilidad de responsabilidad del oferente, pues aquí se individualiza el bien ofrecido y su precio.

Con respecto a estos casos, ZAVALA RODRÍGUEZ⁵³ presenta una subespecie, al hacer la siguiente diferenciación: uno es el supuesto de una oferta contenida en un prospecto o en una circular, sin que figure firma alguna responsable; pero cuando la oferta contiene una firma auténtica, que pueda individualizarse, la situación es distinta y la obligatoriedad de su contenido es evidente. Si además se precisan las características del bien o del servicio ofrecido y su precio, estaremos en presencia de una oferta que cumple acabadamente los requisitos para ser considerada tal, por más que haya sido enviada a muchas personas.

⁵² SPOTA, *Instituciones. Contratos*, vol. I, p. 268, n° 179.

⁵³ ZAVALA RODRÍGUEZ, *Código de Comercio*, t. II, p. 42.

El tema se plantea cuando el aviso o circular no está firmado, pero se determina el bien y su precio. Reconoce ZAVALA RODRÍGUEZ que la doctrina sobre publicidad comercial ha dicho que estos anuncios importan verdaderas ofertas que comprometen la responsabilidad del anunciante⁵⁴.

En nuestra opinión no es necesaria la firma en el folleto, sino que es suficiente acreditar la autoría del prospecto, circular o anuncio. Y esto es así por cuanto en el comercio las ofertas se dirigen a cualquiera; al comerciante no le interesa, en modo alguno, que el cliente sea una persona determinada. En general, se busca al que quiera comprar. Al respecto, en el fallo citado en el ap. b, nota 51, se dijo: "La promesa de venta contenida en anuncios publicitarios obliga al promitente desde que se acepta" (el decisorio incurre aquí en el error común de identificar *promesa* con *oferta*, y *promitente* con *oferente*).

Si una empresa publicita la venta de ciertos bienes, especificados por medio de formularios que llevan su membrete, en los cuales se detallan precios, fechas de entrega y demás condiciones del contrato ofrecido, el comprador que concurre al local de la empresa y conforme a lo consignado en dichos formularios manifiesta su voluntad de comprar uno de esos bienes, y si además paga una seña a cuenta de precio, en tales condiciones la empresa recibe entre presentes el pedido de compra, por un artículo determinado, con fecha determinada, y recibe una cantidad de dinero en concepto de "seña y a cuenta de su pedido", no queda duda de que en la realidad de los hechos ha quedado concertada una compraventa, al haber el comprador aceptado la oferta, no indeterminada sino concretamente individualizada, hecha por el vendedor⁵⁵.

Advertimos que la cuestión queda fuera de toda duda desde el momento en que el vendedor aceptó la suma de dinero "en concepto de seña y a cuenta de precio", pues ya a partir de ese momento hay contrato (art. 475, Cód. de Comercio). Sin embargo, este fallo es importante a los fines que aquí estudiamos, pues destaca que en los formularios sin firma, en las condiciones señaladas, *existía una oferta concreta* por parte del vendedor que se torna irrevocable desde que el adquirente la acepta, momento en el cual éste se individualiza.

3) *MERCADERÍA EXHIBIDA, CON SU PRECIO, EN EL LOCAL COMERCIAL*. Distinto a los supuestos precedentes es cuando la mercadería está en exhibición con su precio. GASCA, citado por ZAVALA RODRÍGUEZ⁵⁶, ex-

⁵⁴ ZAVALA RODRÍGUEZ, *Código de Comercio*, t. II, p. 42 y siguientes.

⁵⁵ Ver SPOTA, *Instituciones. Contratos*, vol. I, p. 266 a 268.

⁵⁶ ZAVALA RODRÍGUEZ, *Código de Comercio*, t. II, p. 43.

presa: "Siempre que un individuo del público pida la entrega del objeto expuesto u ofrecido, no solamente se perfecciona el contrato de venta con su aceptación, sino que también lo ejecuta por completo al retirar la cosa ofrecida y pagar su precio. El comerciante no puede, por consiguiente, revocar su oferta, o lo que es igual, no puede negarse a efectuar la entrega de la mercancía a quien la pida, porque éste al pedirla perfecciona el contrato y es ya adquirente".

e) *OFERTAS, AVISOS Y ANUNCIOS AL PÚBLICO.* Se trata, como hemos visto, de supuestos distintos; para que exista oferta al público ésta debe tener la virtualidad de que una aceptación perfeccione el contrato sin más. Cuando el aviso al público no precisa las características del bien o servicio ofrecido, ni el precio ni modo de pago, no existe la posibilidad de que cualquier persona manifieste su aceptación lisa y llana para que se pueda tener por perfeccionado el contrato (art. 1152, Cód. Civil). Si el aviso da precisiones sobre el bien o servicio, su precio y forma de pago, podrá entenderse —según las circunstancias del caso— que hay oferta; pero aun así puede ocurrir que la demanda exceda la posibilidad del comerciante para satisfacer todos los pedidos. Consideramos que, dentro de la dinámica de los contratos comerciales, habría que prever este hecho como una causal de caducidad de la oferta en materia mercantil. Además, la oferta hecha al público mediante anuncios o circulares es siempre revocable, salvo que el oferente hubiera renunciado a la facultad de retractarla o se hubiese obligado a mantenerla durante un plazo (art. 1150, Cód. Civil), o se trate del supuesto que prevé el art. 7º de la ley 24.240.

Distinto es el caso cuando el cliente concurre al establecimiento mercantil donde el comerciante tiene en exhibición la mercadería (o tiene existencia aunque no la exhiba), cuyo precio está precisado o es determinable. En este supuesto hay una oferta (arts. 914, 918 y 1145, Cód. Civil) y, por tanto, el comerciante no puede rehusar —salvo causa fundada— la aceptación que haga cualquier persona del público que concurre a su negocio, sometiéndose a las condiciones predisuestas. La ley 20.680 establece que el comerciante podrá ser reprimido con las sanciones estipuladas en los arts. 5º y 6º, si incurre en las conductas previstas en el inc. f del art. 4º, que considera pasibles de tales sanciones a quienes "negaren o restringieren injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios", sin perjuicio de la obligación de indemnizar que prevé el art. 1156 del Cód. Civil. A su vez, y respecto de los bienes y servicios, el art. 1º de la ley 20.680 establece: "La presente ley regirá con respecto a la compraventa, permuta y locación de cosas muebles, obras y servicios —sus materias primas directas o indirectas y sus insumos— lo mismo que a las prestaciones —cualquiera fuere su naturaleza, contrato o relación jurídica que las hubiere originado— que se destinen a la sa-

nidad, alimentación, vestimenta, higiene, vivienda, deporte, cultura, transporte, calefacción, refrigeración, esparcimiento, así como cualquier otro bien mueble o servicio que satisfaga –directa o indirectamente– necesidades comunes o corrientes de la población.

El ámbito de esta ley comprende todos los procesos económicos relativos a dichos bienes, prestaciones y servicios y toda otra etapa de la actividad económica vinculada directa o indirectamente a los mismos”.

En este sentido cabe tener presente el fallo que mencionan FERNÁNDEZ y GÓMEZ LEO: “Si el hecho de ‘ofrecer en venta’ constituye un acto jurídico en los términos del art. 944 del Cód. Civil, esa oferta o propuesta, en cuanto forma legal de manifestarse el consentimiento contractual del vendedor, debe recaer no sólo sobre la cosa, sino también sobre el precio, pues en cuanto a la persona del contratante su indeterminación existe únicamente en el tiempo en que el contrato se prepara, y no en el tiempo mismo en que el contrato se concluye”⁵⁷.

f) *LA “NOTA DE PEDIDO” COMO ACEPTACIÓN DE LA OFERTA AL PÚBLICO.* En estos fallos, citados por FERNÁNDEZ y GÓMEZ LEO se ha dicho: “La vendedora que hace ofertas al público está obligada a cumplir el contrato de venta si recibió una suma a su pedido como parte del precio, aun cuando la operación se hubiera instrumentado en un formulario propio de ella, designado como ‘nota de pedido’, y bajo cuyo título y con caracteres tipográficos que parecen especialmente elegidos para pasar inadvertidos, está la leyenda ‘sujeta a la aprobación de la gerencia’”.

“La *nota de pedido* ha sido definida como la declaración de voluntad unilateral y recepticia que tiene por objeto la consolidación de un contrato de compraventa, no necesitándose su aceptación expresa por el destinatario, pues, en la generalidad de los casos, ello se concreta en forma implícita por el envío o remisión de las mercaderías requeridas”⁵⁸.

g) *ORDEN DE COMPRA.* Consiste en un formulario con membrete de la empresa que la emite (aunque a veces la vendedora exige que sea en un formulario de ella) en el que se consigna el pedido con las condiciones de pago, cantidad, calidad de la mercadería, precio, etcétera. La expresión “orden de compra” constituye una denominación que sirve para identificar una especie de “nota de pedido”, pues, en realidad, de eso se trata.

⁵⁷ Fallo del Supremo Tribunal de Córdoba, citado por FERNÁNDEZ - GÓMEZ LEO, *Tratado*, t. III-A, p. 337.

⁵⁸ Sentencias citadas por FERNÁNDEZ - GÓMEZ LEO, *Tratado*, t. III-A, p. 337 y siguientes.

Una orden de compra puede asumir estas diferentes funciones: 1) pedido de compra; 2) aceptación de oferta, y 3) contraoferta⁵⁹.

1) Cuando el emisor de la orden de compra efectuada en formulario propio no ha tenido contacto previo con el eventual destinatario o vendedor (es decir, que no hubo tratativas anteriores) la orden de compra adopta la forma de una solicitud de compra, y requiere para perfeccionar el contrato la aceptación expresa o tácita del destinatario.

2) En este supuesto el vendedor emite una oferta que el destinatario acepta mediante la orden de compra, lo cual da nacimiento al contrato.

3) En tal hipótesis el vendedor emite una oferta precisa, pero el destinatario envía una orden de compra en la que se alteran una o varias de las condiciones ofertadas, convirtiéndose ésta en una contraoferta. En este caso se requerirá una nueva respuesta del vendedor, quien podrá aceptar o rechazar la contraoferta (art. 1152, Cód. Civil).

h) *REVOCACIÓN Y CADUCIDAD DE LA OFERTA.* Dispone el art. 1149 del Cód. Civil: "*La oferta quedará sin efecto alguno si una de las partes falleciere, o perdiere su capacidad para contratar: el proponente, antes de haber sabido la aceptación, y la otra, antes de haber aceptado*".

El art. 1150 dice: "*Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada*".

La función y la seriedad del comercio, especialmente cuando se trata de un establecimiento abierto al público, exigen soluciones adecuadas a dicha finalidad social.

En cuanto a la caducidad de la oferta, sería necesario, para evitar dudas, una adecuación de nuestra legislación a la realidad socioeconómica del mundo actual, adoptando una solución semejante a la del art. 1330 del Cód. Civil italiano, que dice: "*Muerte o incapacidad del empresario.* La propuesta o la aceptación, cuando fuesen hechas por el empresario en ejercicio de su empresa, no pierden eficacia si el empresario muriese o se hiciese incapaz antes de la conclusión del contrato, salvo que se trate de pequeños empresarios o que otra cosa resulte de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias".

En verdad, se trata de un supuesto improbable en el comercio masivo, pues las ofertas de esta naturaleza se efectúan, en lo general, por empresas cuyos titulares son personas jurídicas.

⁵⁹ DE DIEGO, *La orden de compra en la compraventa mercantil*, ED, 82-945.

En cuanto a la revocabilidad de la oferta hecha al público, entendemos que este modo de atraer a la clientela implica para el comerciante, en resguardo de la buena fe y seriedad de la actividad mercantil, encuadrarse implícitamente en el supuesto del art. 1150 del Cód. Civil (con las consiguientes responsabilidades), el cual prevé la posibilidad de que el oferente renuncie a la facultad de retractar la oferta, renuncia que puede efectuarse sin término o bien por un plazo determinado⁶⁰.

Una vez más recordamos que en las “relaciones de consumo” (art. 42, Const. nacional) la oferta es vinculante para el oferente y sólo es revocable mediante la misma publicidad que se utilizó para hacerla pública (art. 7º, ley 24.240).

§ 116. **OFERTA AL PÚBLICO Y OFERTA “AD INCERTAM PERSONAM”.** – Algunos autores hacen la distinción entre “oferta hecha al público”, y oferta *ad incertam personam*. La primera se da –según esta concepción– cuando la oferta presenta un posible interés para todos y cada uno de los miembros de la comunidad, indiscriminadamente; en tanto la oferta *ad incertam personam*, si bien tiene como destinatarios a personas inciertas, éstas se hallan, presumiblemente, en una situación determinada, con un interés concreto y particularizado que no todos los miembros de la comunidad poseen y que, por consiguiente, entraña una delimitación (algo así como la búsqueda) de un grupo dentro de aquéllos (p.ej., si se ofrece un puesto de trabajo para un perito mercantil). La distinción es interesante en sede teórica, aunque no advertimos su trascendencia jurídica⁶¹.

§ 117. **¿TIENE CARÁCTER VINCULANTE LA OFERTA AL PÚBLICO?** – Conforme señala Díez-Picazo⁶² con respecto a la determinación de la naturaleza de la oferta al público, además de la posición que la considera como una oferta pura y simple, tal como lo hemos analizado precedentemente, con algunas características especiales que derivan de la indeterminación de sus destinatarios y del modo de proponerla, existe otra teoría según la cual en la oferta al público efectuada en los avisos hay siempre una comunicación de voluntad constitutiva de un negocio jurídico unilateral (promesa al público) y,

⁶⁰ La revocación de una oferta cuya renuncia se efectúa sin término podrá –no obstante– ser revocada mientras no haya sido aceptada; pero quien retira la oferta deberá indemnizar los daños que sufre el destinatario que, ignorando tal revocación, la haya aceptado y hecho gastos conforme lo establece el art. 1156 del Cód. Civil (cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría. Parte general*, p. 106).

⁶¹ Díez-Picazo, *Fundamentos*, t. I, p. 208.

⁶² Díez-Picazo, *Fundamentos*, t. I, p. 209.

por tanto, inmediatamente creadora de una situación jurídica vinculante para el promitente.

DÍEZ-PICAZO critica esta última posición, pues –sostiene– la genuina oferta al público no es una promesa y por ello no cabe asimilar ambas figuras. La diferencia entre *oferta* y *promesa* estriba en que en la oferta el preponente no busca más que concluir un contrato con otra manifestación de voluntad que se emitirá por parte del aceptante; en tanto que en la promesa al público se busca un resultado que deberá obtener un tercero, indeterminado, para merecer la recompensa que se promete. Por ello, el tratamiento de una y otra figura –dice DÍEZ-PICAZO– debe ser distinto: la oferta no suscita en los receptores de la comunicación otra confianza que la de poder emitir ellos una nueva comunicación aceptándola. La promesa, en cambio, procura un determinado comportamiento y, por consiguiente, una dedicación del destinatario o destinatarios para lograr el fin propuesto por el promitente. Se sigue de ello –agrega este autor– que la protección del destinatario de una y otra comunicación también debe ser diferente.

A pesar de esta autorizada opinión, pensamos que la oferta al público, aunque no se la considere promesa en el estricto sentido, debe ser entendida como creadora de una situación jurídica que puede ser vinculante para el oferente si especifica su contenido, delimita su objeto, su precio y las demás condiciones de contratación. Tal es la solución adoptada por el art. 7° de la ley 24.240.

Como expresa acertadamente MORONI⁶³, no es equitativo formular una declaración de efectos discutibles y hacer depender al que la recibe de la voluntad de quien la emitió. Esa declaración puede incidir o determinar la conducta ajena; por tanto, en la medida en que esto haya ocurrido, se le debe una protección jurídica al sujeto que depositó su confianza en la apariencia creada por quien efectuó la oferta. En consecuencia –sostiene este autor, cuya opinión compartimos– es aconsejable proteger esa confianza tal como ocurre en modernos códigos, como el alemán, suizo de las Obligaciones, brasileño, peruano, mexicano e italiano, entre otros, que basan el sistema en un fundamento de orden práctico, pues facilitan las transacciones, ya que la tesis clásica del consentimiento como requisito de existencia del contrato, cede ante la expectativa que ofrece la oferta cuando es seria y confiable.

Por ello, la confianza y las expectativas que genera la oferta al público requieren particular protección, en vista de la necesidad de certidumbre que ésta lleva implícita por la confiabilidad o la seriedad

⁶³ MORONI, *La promesa al público*, p. 9 y 10.

de quien hace tales ofertas, y por suponer, pues no puede ser de otro modo, su franca intención de vincularse jurídicamente⁶⁴.

Opinamos que la teoría expuesta constituye la base fundamental para la protección de los consumidores, para evitar los abusos y la indefensión del público en general y del consumidor en particular frente a maniobras o arbitrariedades del empresario o comerciante.

§ 118. **DIFERENCIA ENTRE “OFERTA AL PÚBLICO” Y “PROMESA AL PÚBLICO”**. – A fin de evitar equívocos conviene insistir –aunque el tema ya ha sido tratado en el párrafo anterior– en la distinción entre oferta al público y promesa pública. Nuestro Código Civil no es claro al respecto; el art. 1148 habla de *promesa* y no de *oferta*. El Código Civil italiano, en cambio, regula ambas figuras separadamente, por lo que la doctrina y la jurisprudencia de aquel país se han encargado de cotejarlas, a fin de dar mayor amplitud a sus caracteres distintivos. Advierte MORONI⁶⁵ que la ley italiana ha distinguido las dos figuras, disciplinando “la promesa al público”, como negocio unilateral vinculante de por sí (independientemente de su aceptación), apenas hecha pública; y la “oferta al público”, como manifestación destinada a celebrar un contrato futuro, para lo cual hace falta la aceptación de la persona a quien le convenga (persona momentáneamente indeterminada). En otras palabras: mientras la promesa al público de por sí es fuente de obligaciones, la “oferta al público” es el punto de partida del eventual contrato que se propone concluir; de modo que sólo podrá exigirse el cumplimiento del contenido de la oferta cuando ha mediado la aceptación que dará vida al contrato.

Cuando el preponente quiera obtener un determinado resultado como presupuesto para cumplir lo prometido o para hacer propios los efectos de la promesa, se tratará de una promesa al público.

La oferta al público presupone siempre la posibilidad de conclusión del contrato, de modo que la prestación asumida por el aceptante se presenta como cumplimiento de la obligación asumida por el oferente. En la promesa al público, en cambio, en el proceso de formación, el promitente subordina su obligación a la producción del resultado reclamado. Advierte MORONI y esto merece ser pensado: “De donde, con respecto al perfeccionamiento del negocio en sí, se podría decir que [la promesa al público] tiene esquema contractual. Básicamente, cabe decir que es un contrato de ejecución unilateralmente anticipada”⁶⁶.

⁶⁴ MORONI, *La promesa al público*, p. 45.

⁶⁵ MORONI, *La promesa al público*, p. 77.

⁶⁶ MORONI, *La promesa al público*, p. 79.

