

Una nueva teoría general de los contratos.

Capítulo introductorio.

a) La obligatoriedad contractual en el Código Civil y Comercial. La obligatoriedad contractual es otro de los pilares sobre los que se asienta la teoría general de la responsabilidad y por eso no es extraño que este principio se haya mantenido –como regla principal - en el código unificado vigente en el art. 959 del CCyC.¹ Por otra parte; más allá del desarrollo que vamos proponer en los párrafos siguientes, lo cierto es que no es posible pensar un Derecho privado sin que los acuerdos de las partes sean obligatorios.

La obligatoriedad del contrato fue desde sus orígenes el broche dorado de la teoría contractual clásica que siempre estuvo, y en gran medida sigue estando, estructurada a la manera de un triángulo equilátero compuesto por tres lados equivalentes. Veamos un poco más detenidamente esta figura triangular. Un eje asegura el predominio de la autonomía de la voluntad, el otro la libertad de contratación y, por último, un tercer lado garantiza la obligatoriedad de la palabra empeñada en el contrato libremente celebrado. Dicho de otro modo: la teoría general del contrato paritario se organizó a partir de tres ficciones: la del sujeto autónomo, la del sujeto libre y la del sujeto responsable.

Sin embargo, hoy se sabe que la autonomía de la voluntad es mucho menos autónoma de lo que se suponía y que la libertad de contratar es irrisoria cuando se habla de bienes y servicios de consumo masivo. Empero, desoyendo esta realidad, la doctrina nacional insiste en realzar todas las reglas de una teoría que ya deberíamos llamar antigua en vez de clásica porque en nuestros días casi no tiene aplicación real.

En verdad, la teoría contractual clásica, con mejor o peores argumentos, no está

¹ Esta disposición del Código derogado y su sucedáneo art. 959, 1° parte, del CCCN se relacionan con el denominado principio consensualista, el 'solus consensus obligat', que constituyó el último estadio de la evolución de la concepción del contrato moderno desarrollado durante siglos, desde por lo menos el derecho romano hasta el siglo XIX, cuando se consagró definitivamente la regla consensualista, es decir, el principio de que todo acuerdo válidamente celebrado obliga por sí mismo. En otros términos, el sólo consenso obliga, la palabra empeñada genera efectos jurídicos obligatorios y ello configura la base del sistema contractual. (Esper, Mariano en, Bueres (Dir.), Código ... T° 3 C, p. 53-54).

orientada, a pesar de que se diga lo contrario, a proteger la libertad del sujeto, sino a garantizar la seguridad del tráfico de los bienes y servicios circulantes; por eso la seguridad jurídica sigue siendo un valor que prevalece sobre la equidad. No obstante, la mayor parte de la doctrina nacional, quizás por pudor o quizás por remordimiento, se empeña en enseñarnos que la libertad de contratación es una conquista del sujeto antes que un triunfo de la economía de mercado. La reflexión de Lorenzetti, que copiamos como nota, es un ejemplo de esta tendencia a vincular la libre contratación con la libertad del sujeto.²

Sin perjuicio de lo dicho, y aún a riesgo de permanecer solitarios en la doctrina, no podemos soslayar que en los últimos años se han hecho notables avances en el estudio de la psicología cognitiva. Los aportes de esas ciencias nos ayudan a entender cómo funciona realmente la estructura del pensamiento humano. Pues bien, ninguno de esos estudios permite concluir que lo que el Derecho denomina acto voluntario (art. 260 CCyC) sea una construcción que involucre el discernimiento o la libertad del sujeto. Las conclusiones, para ser francos, tienen un sentido contrario: solo un reducido número de los actos que realizamos cotidianamente pasan por el filtro racional de nuestro discernimiento. En un artículo reciente, nuestro gran amigo Waldo Sobrino, siempre a la vanguardia, examina todas estas cuestiones y llega a conclusiones muy similares.³ También, justo es reconocerlo, autores jóvenes y de gran proyección académica como Alejandro Chamatropulos nos han anticipado estas ideas relativamente recientes para nosotros.⁴

² *En este tiempo mi opinión, consecuentemente con lo que había escrito con anterioridad fue la siguiente: el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el Derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19, CN), como la de configurar el contenido del contrato, que un supuesto de derecho a ejercer una industria lícita (art. 14, CN) y la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43, CN). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato constituye una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales.* (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Fundamentos de Derecho Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p.240).

³ *Como consecuencia de lo expuesto, al determinar la psicología y la economía que el consentimiento no es lógico ni racional, entonces desde la ciencia del derecho debemos reconocer que no existe el consentimiento con las características legales de un acto analizado, pensado y meditado.* (Sobrino, Waldo, *¿Existe el Contrato de consumo?*, Buenos Aires, Diario La Ley, 6 de marzo de 2019).

⁴ Las investigaciones de los dos autores citados demuestran que las personas toman decisiones a través de dos sistemas. El primero es veloz, intuitivo y emocional, mientras que el segundo es lento, reflexivo y lógico. Explican que la mayoría de las decisiones diarias de las personas se toman en base al primer sistema, que

Y, casi a modo de terminación anticipada de esos estudios, es posible afirmar que lo que conocemos como acto voluntario (art. 260 CCyC), a su vez compuesto por el discernimiento la intención y la libertad es una construcción jurídica completamente desvinculada del sujeto real. Dicho en otras palabras: son muy pocos los actos de la vida cotidiana que realizamos con pleno discernimiento.

Esas sofisticadas investigaciones, todavía muy poco atendidas por nuestros doctrinarios, advierten que el acto voluntario, sobre el que se construyó la teoría general del contrato, es una noción mucho más compleja que lo que supone la escueta definición que surge del art. 260 CCyC. Recordemos que esta norma, que vino a ocupar el lugar del art. 897 del viejo Código Civil, establece que la voluntad de un sujeto se integra con su discernimiento, con su intención y con una libertad tal que lo pone a resguardo de cualquier coerción a la hora de tomar decisiones eficientes.

. Sin embargo, es muy poco lo que esa norma jurídica dice acerca de estos tres elementos esenciales para la formación del acto voluntario. ¿Cuándo tenemos discernimiento? ¿Cómo lo adquirimos? ¿Hay factores determinantes de la intención de un sujeto? ¿Pueden existir cuestiones que siendo inadvertidas por el sujeto modifiquen su capacidad de discernir? ¿Cómo actúa el inconsciente en nuestras decisiones racionales?

Como puede verse, son muchas las preguntas que suscita la construcción del acto voluntario que nos propone nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, debe decirse que esa construcción del acto voluntario como base de todo el Derecho de las obligaciones y de los contratos rige nuestro ordenamiento jurídico desde hace aproximadamente 150 años. Sin embargo, hace décadas que la construcción del acto humano voluntario viene dando claras señales de agotamiento e insuficiencia.

En ese orden de ideas, los estudios más recientes enseñan que pocas cosas son más frágiles y sencillas que manipular que *nuestro discernimiento, nuestras intenciones* y la libertad con las que el Derecho nos corona para que podamos llevar adelante cada vez más

funciona sobre la base de "atajos heurísticos" o procesos mentales de carácter intuitivo que llevan, con frecuencia, a cometer errores sistemáticos que se apartan de lo que se suele identificar como "racionalidad". (Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *¿Qué hacer ante las decisiones "no racionales" de los consumidores?*, La Ley 19/10/2017, 19/10/2017, 3, Cita Online: AR/DOC/2783/2017).

complejos actos jurídicos.

El ya citado Alejandro Chamatropulos nos explica que la toma de decisiones que realizamos continuamente no se relaciona de manera directa con la información racional y objetiva que recibimos. Por el contrario, nos recuerda Chamatropulos, la estructura del pensamiento humano tiene una doble fuente de alimentación. Una primera forma de conocimiento es de tipo intuitivo (la llamaremos Sistema 1 para respetar el nombre que utiliza uno de sus creadores, el Dr. Daniel Kahneman) y otro racional (Sistema 2)⁵.

La mayoría de los actos que realizamos a diario están impulsados por el sistema 1 que no es racional. Dicho en otras palabras: el discernimiento y la intención, como estructuras racionales del pensamiento, no son reglas generales sino excepcionales.⁶ La mayoría de las veces actuamos por intuición y no por discernimiento, “*sin sensación de control voluntario*”, como diría el notable científico Daniel Kahneman.⁷ Para colmo, la intuición es una sensación tan fuerte que nos hace creer que aquello que meramente

⁵ Durante décadas los psicólogos han mostrado gran interés por dos modos de pensamiento... El sistema 1 opera de manera rápida automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario. El sistema 2 centra la atención en las actividades mentales esforzadas que lo demandan, incluidos los cálculos complejos. Las operaciones del sistema 2 están a menudo asociadas a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse. (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido...*, p. 35)

⁶ El deber de información, tal como se encuentra regulado actualmente, apunta entonces a lograr una especie de "consentimiento informado", otorgado por un sujeto que "se supone" que toma decisiones de manera racional (*homo economicus*). Es decir, las normas parten del supuesto de que el deber de información (correctamente cumplido por los proveedores) garantiza, en cierta manera, "decisiones acertadas" de los consumidores. No obstante, la realidad cotidiana muestra lo contrario, pues, aun cuando se encuentren debidamente informadas, las personas toman a diario numerosas decisiones de consumo "incorrectas", apartándose, por lo tanto, de lo que se conoce como "racionalidad". Este fenómeno comenzó a ser advertido en las décadas de los 60 y los 70 del siglo pasado. En aquel momento, autores provenientes de la psicología cognitiva como Daniel Kahneman y Amos Tversky comenzaron a influir en la economía a través de la producción de evidencia científica (mediante distintos estudios de campo y trabajos sobre encuestas) que apuntaba directamente a cuestionar esa "racionalidad" en la toma de decisiones de los consumidores. Las investigaciones de los dos autores citados demuestran que las personas toman decisiones a través de dos sistemas. El primero es veloz, intuitivo y emocional, mientras que el segundo es lento, reflexivo y lógico. Explican que la mayoría de las decisiones diarias de las personas se toman en base al primer sistema, que funciona sobre la base de "atajos heurísticos" o procesos mentales de carácter intuitivo que llevan, con frecuencia, a cometer errores sistemáticos que se apartan de lo que se suele identificar como "racionalidad". (Chamatropulos, Demetrio Alejandro *¿Qué hacer ante las decisiones "no racionales" de los consumidores?*, Buenos Aires, La Ley 19/10/2017, Cita Online: AR/DOC/2783/2017).

⁷ Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Debate, 2018, p. 35.

intuimos es tan verdadero como el conocimiento que adquirimos utilizando métodos y protocolos racionales. La intuición, como dice Kahneman, genera una ilusión de conocimiento; es decir: un discernimiento ilusorio.⁸

Estas cuestiones nos llevan pensar que la valoración y la trascendencia que habitualmente le asignamos a la razón está en crisis porque somos más irracionales de lo que estamos dispuestos a aceptar en una reunión de amigos.

Dan Ariely (1968, Profesor de psicología y economía conductual en Mit y Duke University.) explica que, además, somos 'previsiblemente irracionales' porque actuamos bajo ciertos patrones irracionales que se repiten. Esa constante repetición de intuiciones irracionales nos hace más dóciles a la hora de ser manipulados.⁹

El autor citado desarrolla un ejemplo más o menos risueño, pero bastante serio, y nos interroga: *¿Sabe por qué seguimos teniendo dolor de cabeza después de tomar una aspirina que nos cuesta cinco céntimos, pero ese mismo dolor de cabeza desaparece si la aspirina nos cuesta 50?*¹⁰

Pero volvamos a nuestro Código Civil y Comercial aplicando estos conocimientos a la teoría general del contrato. La palabra empeñada siempre es valiosa; empero, solamente debe ser legalmente exigible cuando los contenidos del acuerdo son justos. No hay ninguna regla de la moral o de la ética que dictamine que debe ser obligatoria la palabra empeñada en un acuerdo injusto y desigual. No es cierto, como se insistió hasta el cansancio, que el cumplimiento de la palabra sea, *per se*, una categoría ética. En todo caso, la ética está en el

⁸ La pregunta que más a menudo se hace sobre las ilusiones cognitivas es la de si pueden ser vencidas. El mensaje no es alentador. Como el Sistema 1 opera automáticamente, y no puede ser desconectado a voluntad, los errores del pensamiento intuitivo son muchas veces difíciles de prevenir. Los sesgos no siempre pueden evitarse porque el Sistema 2 puede no tener un indicio del error. (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido...*, p. 44-45).

⁹ *Mi siguiente observación es la de que no sólo somos irracionales, sino previsiblemente irracionales; es decir, que nuestra irracionalidad se produce siempre del mismo modo una y otra vez. Ya actuemos como consumidores, como empresarios o como responsables de decisiones políticas, comprender el modo en que somos previsiblemente irracionales proporciona un punto de partida para mejorar nuestra capacidad de decisión, cambiando para mejor nuestra forma de vida.* (Ariely, Dan, *Las trampas del deseo*, Francisco J. Ramos (trad.), Barcelona, 2009, p.9

¹⁰ Ariely, Dan, *Las trampas del deseo*, Francisco J. Ramos (trad.), Barcelona, 2009, p.9.

contenido de lo dicho y no en las promesas de cumplirlo. Se puede prometer el cumplimiento de un acuerdo injusto, pero el ordenamiento no debe tolerar que esa promesa sea exigible con la fuerza de la ley.¹¹

Sin perjuicio de nuestro pensamiento particular, que explicamos en los párrafos que preceden, la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial señala que: *Las disposiciones generales comienzan con la definición del contrato. Se sostiene que es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Se incorporan algunos principios jurídicos aplicables en la materia, que constituyen la base sobre la cual se asienta la noción dogmática y que son los siguientes: La libertad de las partes para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público. La fuerza obligatoria mediante la cual el contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o en los supuestos que, sobre adecuación del contrato, están previstos por la ley.*¹²

Esta explicación permite sacar algunas conclusiones.

En primer lugar, el contrato es un acuerdo que requiere el consentimiento libre de las partes que lo integran (conf., art. 957 CCyC.).¹³ El consentimiento, entonces, es el primer lado del triángulo que describimos un poco más atrás. Para muchos autores, el

¹¹ Significa que lo pactado en los contratos tiene para las partes una fuerza obligatoria equivalente a la de la ley general. En esa obligatoriedad –dicen Alterini, Ameal y López Cabana – hay un profundo contenido ético: se debe hacer honor a la palabra empeñada y evitar mediante ‘el cumplimiento exacto de la obligación asumida que se dañe a otro mediante el incumplimiento’. Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil...*, T 1, p.28.

¹² Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., *Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2015, p 285.

¹³Art. 957 CCyC Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

consentimiento es el elemento más importante del contrato.¹⁴

Para nosotros, la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, y la obligatoriedad del contrato son categorías equivalentes que confluyen para concretar la verdadera finalidad del contrato: traficar riqueza en el mercado mediante el intercambio de bienes y servicios, y –sobre todo– con la menor intervención oficial posible. Esos tres elementos, recíprocamente subordinados, integran otro concepto importante: la seguridad jurídica, que no es otra cosa que aseguramiento del tráfico de la riqueza.

En segundo término, el Código se encarga de prescribir la libertad de contratación que, como ya dijimos, es núcleo *central de la regla `pacta sunt servanda`*. (conf., art. 958).¹⁵ La doctrina define a esta ‘libertad’ como la facultad que tienen todas las personas de disponer los contenidos del negocio jurídico que van a celebrar. También incluye la libertad de no contratar o la de no contratar con determinado sujeto.

En definitiva, el art. 958 CCyC contempla los dos aspectos de la libertad más destacados por la doctrina. Primero, se refiere a la *libertad de contratar*¹⁶ que, naturalmente, incluye la de no hacerlo o de hacerlo con un sujeto determinado y no con otro. Segundo, la norma contiene la noción de *libertad contractual*¹⁷ que implica la facultad de negociar libremente los contenidos del acuerdo jurídico.

El art. 958 es clave dentro de la teoría tradicional porque garantiza que las partes, *libremente y sin intervención del Estado*, puedan establecer los contenidos contractuales

¹⁴ *Consentimiento. Es el elemento esencial por antonomasia del contrato y se lo puede describir, muy rudimentariamente, como la fusión de dos manifestaciones de voluntad, la oferta y la aceptación que son diversas y contrapuestas, pero que refieren a un contenido similar.* (Esper, Mariano en, Bueres (Dir.), Código ... T° 3 C, p. 34)

¹⁵ *Art. 958 CCyC Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.*

¹⁶ *Consiste en la posibilidad que cualquier persona humana o jurídica posee de celebrar un contrato o de no celebrarlo, como también de escoger con quién hacerlo.* (Esper, Mariano en, Bueres (Dir.), Código ... T° 3 C, p. 45).

¹⁷ *Consiste en amparar la posibilidad de determinar el contenido negocial de un acuerdo contractual una vez que el interesado decidió libremente celebrar un contrato y con quien se vincularía jurídica o negocialmente.* (Esper, Mariano en, Bueres (Dir.), Código ... T° 3 C, p. 47-48).

obligatorios. Este texto legal, según nuestra visión, permite que la parte dominante imponga las condiciones del negocio y disimule esa coacción con la apariencia de una libertad que, en los hechos, es quimérica.

Finalmente, el art. 959 CCyC le asigna, como no podía ser de otra manera, obligatoriedad a los acuerdos celebrados entre los contratantes.¹⁸

Por su parte, el artículo 960 CCyC¹⁹ actúa como cierre de toda la teoría contractual. Este texto legal prescribe que la contratación privada está exenta de la intervención de los magistrados quienes, salvo casos extraordinarios, no podrán modificar los acuerdos celebrados libremente por las partes.

En resumidas cuentas, el contrato paritario previsto en el Código Civil y Comercial, igual que el que fuera creado por Vélez Sarsfield hace casi ciento cincuenta años, gira en torno a las mismas reglas: (a) la libertad de contratación (autonomía de la voluntad); (b) la obligatoriedad del contrato (*pacta sunt servanda*); y (c) la no intervención de la contratación entre privados.

El Código actual, por más que sea presentado por sus autores como una criatura de providencial progresismo, mantiene la estructura triangular clásica. Se apoya en la existencia de una voluntad autónoma que permite la formación de un contrato libre y obligatorio cuyas consecuencias serán asumidas por un sujeto responsable.

Sin embargo, no está de más recordar que esta estructura solo resulta aplicable a los contratos paritarios, pero no a los contratos de consumo ni tampoco a los acuerdos predispuestos (contratos de adhesión). Naturalmente, esto no quiere decir que los contratos protegidos por leyes especiales o normas imperativas no sean obligatorios. Pero sí implica que a esos contratos no les serán aplicables las mismas reglas de la contratación

¹⁸Art. 959 CCyC. *Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.*

¹⁹Art. 960 CCyC. *Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.*

paritaria.

Hace más de veinte años el Profesor Atilio Alterini nos advertía que las nuevas formas de contratación impusieron una *'modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones'*.²⁰ Se provoca, entonces, una divisoria entre los contratos celebrados entre partes con similar poderío negocial y aquellos concretados entre partes con profundas e irreconciliables desigualdades en su capacidad negociadora.

Estas nuevas fórmulas contractuales han empujado la *creación* de un Derecho más preventivo, más intervenido por el Estado y más atento a restaurar la libertad perdida del contratante débil que a fortalecer, aún más, la del contratante fuerte.

Al amparo de estas consignas, relativamente novedosas para nosotros, va tomando forma un derecho privado menos privado y más intervenido por la administración. Como dice Lorenzetti, el orden público avanza sobre numerosas situaciones que hace poco tiempo permanecían lejos de cualquier injerencia pública.²¹ En sentido similar, De Lorenzo nos habla de un Derecho que actúa corrigiendo desigualdades, y buscando un *'nuevo humanismo de los negocios'* jurídicos de contenido patrimonial.²²

²⁰ Pienso que, si bien el Derecho nuevo asume "la modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones" sobre la que alertó Baudoin, debe atender como corresponde a los distinguos entre los megacontratos, los negocios entre quienes se hallan en situación de igualdad jurídica, y los contratos entre quienes son desiguales. En esta última categoría corresponde un régimen coherente de normas imperativas, por medio de "precauciones legislativas" tendientes a "la restauración de la libertad contractual del lado donde era amenazada", según expresión de Remy. Pero, entre iguales, lo convenido debe ser obligatorio en la medida en que resulte de un contrato discrecional, de gré à gré, como lo designa el art. 1379 del Cód. Civil quebequés de 1991. El único límite está dado por la concertación sobre objetos prohibidos o inidóneos, con finalidad ilícita o inmoral, en suma, la que transgrede normas de orden público, y acaso normas solamente imperativas como las que conciernen al vicio de lesión. (Alterini, Atilio, Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno, Buenos Aires, La Ley, 1-01-2009, Citar online: AR/DOC/11425/2001).

²¹ El ámbito público se ha contractualizado, ya que se han impuesto los análisis de Rawls en el derecho político y la base contractualista en las decisiones colectivas. Como ya lo hemos señalado, el origen de la ley es similar al de un contrato, porque requiere del consentimiento y del acuerdo. En el orden privado, inversamente, avanza el orden público en numerosas situaciones. Asistimos incluso a una diferenciación del orden público en distintos niveles: orden público de dirección, orden público de protección, orden público de coordinación. (Lorenzetti, Ricardo Luis, La influencia del derecho constitucional en el derecho privado, Buenos Aires, La Ley, Citar online: 0021/000093).

²² El derecho privado vive tiempos de materialización, de corrección de las desigualdades a través de la construcción de las diferenciaciones. Mientras tanto, el contrato, de su lado, busca su nueva identidad entre los nuevos principios que lo orientan y la influyente penetración de los valores constitucionales, y particularmente del principio pro homine. Un proyecto de Código Latinoamericano de los Contratos puede constituir, sin lugar a dudas, una oportunidad para ir, más allá de un mercado común, hacia un nuevo

Ello determina que, quizás por primera vez en la historia de nuestro ordenamiento jurídico, la aguja de balanza se comienza a inclinar lentamente en favor de la equidad en la vieja disputa dialéctica que esa regla mantiene con la seguridad jurídica. Es que, en definitiva, las relaciones jurídicas más protegidas determinan que el derecho privado sea menos seguro para el negociante fuerte pero más equitativo para el contratante débil. Esta protección equitativa del más débil se logra mediante una intervención estatal virtuosa que no procura oprimir a un sujeto sino equilibrar asimetrías.²³

A eso se resume la vieja lucha entre los partidarios de defender a ultranza la *seguridad jurídica* y quienes entendemos que esa regla debe estar siempre subordinada a la equidad en los tratos. Es una fuertísima puja de intereses económicos en la que únicamente se discute la distribución de riqueza entre los distintos sectores de la sociedad de consumo.

La libertad contractual reconcentrada sólo asegura el sometimiento de la parte débil a las condiciones económicas ventajosas que impone la parte fuerte; la equidad busca, como decía Alterini, restaurar esa libertad atenuando la concentración de libertad una sola de las partes. En todo caso, habrá que empezar a ver a la equidad como una regla restauradora de la libertad antes que un obstáculo a la seguridad jurídica. Seguramente a eso se refiere Federico De Lorenzo cuando habla del actual predominio, en materia de

humanismo de los negocios a través de una (re)personalización del derecho patrimonial. (De Lorenzo, Miguel Federico, *Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana*, Buenos Aires, La Ley, 2011-E, 1258).

²³ Roberto Saba, siguiendo a Nino, denomina a esta forma de injerencia estatal como paternalista y la diferencia de la intervención perfeccionista que describe a un Estado totalitario que establece un plan de vida (perfecto) y que trata de imponerlo sobre otro que considera peor. Dicho de otro modo: se hace un distingo entre las intervenciones estatales virtuosas y equilibrantes (paternalistas) y las injerencias viciosas o totalitarias (perfeccionistas).

Este autor señala: *Las regulaciones o interferencias permitidas más allá de las que tienden a evitar daños a la autonomía de terceros, son aquellas que buscan preservar la autonomía de la persona frente a las amenazas que podrían provenir del propio individuo por decisiones que este tomara o pudiese tomar sin contar con la debida y necesaria información ... o que tomara en situaciones de debilidad de voluntad... Estas injerencias se denominan 'paternalistas'.* (Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Buenos Aires, Sigo Veintiuno, 2018, p. 156).

contratos, del trato equivalente y equitativo sobre la libertad contractual ²⁴

El problema que todavía no terminan de asumir algunos doctrinarios es que las formas contractuales ‘no paritarias’ son abrumadoramente mayoritarias. Es muy probable que la generalidad de las personas pase la vida entera sin firmar un solo contrato paritario y firmando todos los días innumerables contratos predispuestos.

Nuestro entrañable amigo Waldo Sobrino no elude esta cuestión y critica sin atenuantes que el Código vigente comience el tratamiento de los contratos a partir del tipo paritario cuando, para ser sinceros, su injerencia es casi nula en el actual tráfico de bienes y servicios.²⁵

²⁴ *De este modo, mientras que en las relaciones contractuales paritarias es preeminente la garantía constitucional de la libertad contractual e, in primis, de no contratar o de hacerlo seleccionando al cocontratante según sus propias preferencias, en las relaciones de trabajo (arts. 17 y 17 bis LCT), de consumo, o de servicio público (art. 7, ley 24.240, art. 42 CN), en cambio —en las cuales se comienza a delinear un derecho contractual antidiscriminatorio— la preponderancia de los principios se invierte y tiende a prevalecer —aun con diferentes matices e intensidad— el deber a un trato equivalente, paritario y equitativo sobre la libertad contractual. El ejemplo sirve para poner de manifiesto que la (compleja) relación entre libertad contractual, igualdad y no discriminación no puede resolverse, sino a través de soluciones diferenciadas que se articulan según las características de la relación. (De Lorenzo, Miguel Federico, *Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana*, Buenos Aires, La Ley, 2011-E, 1258).*

²⁵ *Sin perjuicio de ello, no es menor el yerro metodológico de establecer las Disposiciones generales y principios de los contratos partiendo del casi inexistente contrato paritario, haciéndonos retroceder a 1871, con el Código de Vélez Sarsfield, y hasta —incluso— con el Código de Napoleón. (Sobrino, Waldo, ¿Existe el Contrato de consumo?, Buenos Aires, Diario La Ley, 6 de marzo de 2019.*