

El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual

Jorge Mosset Iturraspe

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL

Profesor UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Profesor Titular UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL

I. Introducción

1. La muerte del contrato

Son numerosas las voces que anuncian la "muerte del contrato".¹ No es un tema novedoso ni tampoco de una sola arista: decadencia, crepúsculo, fin, por esto o por aquello. Tal vez lo interesante es descubrir que esta muerte ahora anunciada se basa en cierta incompatibilidad entre el contrato, con su fuerte carga de positivismo, su prolija regulación por las normas del Estado, y la "libertad del privado", la absoluta autonomía de la voluntad que se predica y se pretende.

Lo ha expresado con envidiable claridad Friedrich A. Hayek cuando, luego de recordar sus largos años de lucha por hacer triunfar el contrato frente a la ley, manifiesta su desengaño y la necesidad de adherir, para ser coherente con el mercado, a la vigencia de un "orden espontáneo", superior al "orden acordado o convencional".²

2. El porqué de los agoreros del deceso

El "voto del cuervo" tiene una explicación racional: el contrato, tal como nos llega desde el derecho francés, es, en lo que hace a su contenido, una obra en colaboración; el resultado del quehacer de los privados que acuerdan, sumado al quehacer del Estado, que ha señalado con prolijidad, en una "Parte general" dedicada a los contratos, no sólo la noción, sino también los requisitos a los que debe ajustarse el instituto.

¹ GILMORE, J., *The death of contract*, Columbus, 1974 (hay traducción italiana de 1987); ALPA, Guido, *Il contratto tra passato e avvenire*, prólogo a la edic. italiana de la obra de Gilmore; GALGANO, Francesco, *Crepuscolo del negozio giuridico*, in *Contratto impr.*, 1987.

² HAYEK, F. A., *Derecho, legislación y libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1985. "Lo que amenaza la supervivencia de la libertad -según Hayek- en nuestra sociedad, es la pretensión de sustituir el orden espontáneo por un orden construido artificialmente desde el poder, con la pretensión de dirigir la 'gran sociedad', como si se tratara de una organización". Recordemos que para este defensor de la economía de mercado el "orden espontáneo" produce un sistema de normas de comportamiento que es preciso distinguir netamente de las normas explícitamente establecidas por la "legislación".

El contrato de la legislación, a diferencia del contrato del mercado, del orden espontáneo, limita la autonomía privada, la recorta al establecer bases subjetivas y objetivas; al exigir un objeto, una causa y una finalidad; al integrar el contenido del contrato con los deberes que nacen de la buena fe negocial; al incorporar la lesión como remedio para el aprovechamiento en los casos de contratantes necesitados, ligeros e inexpertos.

3. La huida del contrato

Tamaño extensión del contenido contractual asusta, atemoriza, y se buscan entonces caminos de superación, vías por las cuales se pueda “dejar de lado” ese contrato tuitivo o proteccionista donde campea un cierto intervencionismo estatal. Hemos denominado a este fenómeno la “huida del contrato”, a través de muy variadas estrategias: acuerdos verbales, declaraciones unilaterales, ofertas privadas de aceptación, formularios, etcétera.

Obviamente se quiere escapar a la responsabilidad contractual por incumplimiento, más aún cuando se insiste en los “deberes de seguridad” nacidos de ciertos contratos, y de ahí que se disfracen las situaciones.

4. Contratos sin sujetos

El fabricante de productos elaborados no contrata con el consumidor, de ahí que no le alcance la responsabilidad contractual; el médico no contrata con el paciente, lo hace la clínica; el transportista no contrata con el pasajero, al menos no lo hace el conductor dependiente ni el transportista benévolo; no hay relación contractual en los servicios públicos privatizados ni tampoco en ciertos espectáculos públicos, etcétera.

Y cuando el peso de las circunstancias descarta esta defensa, se “esquemmatiza el negocio”, se lo reduce a límites increíbles, a las obligaciones mínimas o a las más inofensivas.

La doctrina nacional no ha permanecido ajena a este proceso, a las muy variadas tentativas de acomodar el contrato a una economía de mercado muy fuerte y expansiva: Morello, al comparar la realidad negocial con las normas de los códigos;³ Lorenzetti, al analizar el “cemento que une las redes de consumidores de distribuidores o de paquetes de negocios”;⁴

³ MORELLO, Augusto Mario, *Los contratos entre la realidad negocial y las normas de los códigos*, en L. L. 1992-B-785.

⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores o de paquetes de negocios? (Aproximación a la conexidad contractual como fundamento imputativo)*, en L. L. 1995-E-1013.

Gherzi, al estudiar “la estructura contractual posmoderna”;⁵ Nicolau, al investigar sobre “tecnología y masificación en el derecho contractual”;⁶ Aciarri, al comparar el contrato clásico y el predispuesto, “el contrato como estatuto”;⁷ nosotros, en más de una oportunidad.⁸

5. El temor, la desconfianza al contrato en una economía de mercado

Se piensa que el contrato –la figura clásica y sus desarrollos modernos–, regulado en general y en particular, parte de una visión civilista del mundo negocial que poco se adecúa a los tiempos actuales, y que la tendencia a la “unificación” de los contratos civiles y comerciales busca “descomercializar” y “civilizar” los contratos, haciéndolos inservibles para las exigencias del mercado, para la libre competencia y el tráfico.

En su lugar se predica la comercialización de todos los negocios, una regulación que recoja básicamente los “usos” y las costumbres empresarias, que atienda al aludido “orden espontáneo” que bien puede traducirse por un “dejar hacer”; todo ello, esta rica pretensión, encuentra cauce en la *lex mercatoria*, cuya universalización aseguraría al contrato su rol de “gran protagonista del Derecho Privado” en mérito a su enorme aptitud de “aplicación y de expansión”.⁹

6. Del contrato a la responsabilidad aquiliana

En la terminología europea se usa la expresión “dominio del contrato”¹⁰ para aludir a lo que denominamos “ámbito” o “alcances” y, particularmente, en la doctrina inglesa del *common law*,¹¹ se estima, por Gilmore y Atiyah, que “el derecho de la responsabilidad civil, el de los ilícitos civiles, va camino de absorber el dominio del contrato”. Esta manifestación puede resultar extraña o enigmática para el derecho latino de base romanizada, para nosotros, pero observando algunas tendencias encontramos la explicación. Se refiere a la pretensión de reducir el contrato a “promesas de resultados

⁵ GHERSI, Carlos, *La estructura contractual posmoderna o posfordista (El contrato sin sujeto y la contratendencia)*, en L. L. 1993-C-620.

⁶ NICOLAU, Noemí L., *Tecnología y masificación en el Derecho contractual*, en L. L. 1992-B-767.

⁷ ACIARRI, H. A., *Contratos clásicos y predispuestos: el contrato como estatuto*, en L. L. 1995-E-280.

⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Cómo contratar en una economía de mercado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, y *Las relaciones contractuales fácticas*, en L. L. 1993-B-274.

⁹ BENEDETTI, G., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali*, 2ª ed., Jovene, Napoli, 1997, pp. 32 y ss.

¹⁰ Es el título del Cap. II de la obra *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, dirigida por Denis Tallon y Donald Harris, L. G. D. J., París, 1987, pp. 89 y ss.

¹¹ GILMORE, ob. cit., p. 87; ATIYAH, P. S., *Essays on contract*, Clarendon Press, Oxford, 1986; destacamos del Prof. de Edimburgo y Londres los trabajos titulados: *The modern role of contract law*, pp. 1 y ss.; *The liberal theory of contract*, pp. 121 y ss., y *Executory contracts, expectation damages and the economic analysis of contract*, pp. 150 y ss.

conexados. Es preciso evitar que se aluda a un "grupo económico", a quehaceres complementarios, a una subcontratación. Y por esa vía se pretende que la "principal", económicamente fuerte, no responda de las deudas laborales ni de los daños por los productos elaborados, aunque lleven su marca o sea el fabricante.²¹

Una tendencia profundizada a lo largo de muchos años en defensa del Fisco o del trabajador o del consumidor aparece ahora desandada.²²

10. La autonomía de la voluntad

La autonomía privada, lo hemos señalado, ha sido reiteradamente invocada en la doctrina nacional y extranjera como fundamento de la libertad de contratar haciendo de este instituto un instrumento al servicio del "poder de dominación" o, mejor aún, un instituto que sirva dócilmente a las necesidades del predisponente –hijo exclusivo de su querer– sin interferencia del "derecho de Estado"; un instituto que "se toma o se deja" según las circunstancias.

Sin embargo, la gran mayoría de la doctrina nacional se ha expresado de manera rotunda por una armonización de esta autonomía con los valores de la escala axiológica, la solidaridad, la justicia, la buena fe.

Leemos en las "recomendaciones", *de lege lata*, de las *Jornadas Nacionales de Derecho Civil*:

1. Principios jurídicos

a) La autonomía de la voluntad es un principio general del derecho, de fuente constitucional, cuya aplicación excede el ámbito de los contratos alcanzando los actos jurídicos.

b) El principio de igualdad, también de base constitucional, sirve de fundamento para establecer una base protectoria de la parte débil.

²¹ Esto con el argumento de la "apariencia": son empresas distintas y no se contrató con ambas (MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La apariencia jurídica y la vinculación entre empresas*, comentario a fallo, en *Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires*, año 7, N° 2, febrero de 1997, pp. 49 y ss.). En la *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 3, *Contratos modernos* (1993), se encuentran varios trabajos (de Rivera, Kemelmajer de Carlucci, Roitman, Lorenzetti, Ghersi, Mosset Iturraspe) que facilitan la comprensión del tema.

²² Como un reclamo de la "economía de mercado", como una exigencia de la ecuación "costos-beneficios" y de la necesidad de competir en el mercado libre con productos baratos o a precios razonables. El N° 16 de la *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, dedicado al *Abuso del derecho*, ilumina sobre los temas aquí analizados.



c) En virtud de la capacidad argumentativa de ambos principios, debe realizarse un juicio de ponderación de los mismos con las siguientes bases:

1) Debe adoptarse una interpretación tendiente a implantar el carácter justo de los contratos y la garantía de equidad en las obligaciones contractuales.

2) En los contratos paritarios o discrecionales rige la plena autonomía privada (art. 1197, Cód. Civ.) con las limitaciones clásicas.²³

3) En los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas o en los contratos de consumo, la autonomía privada está sometida, además, al mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio.

Y en lo referente a la "contratación en el mercado" se recomendó:

a) La ley debe profundizar la protección de los consumidores, de los contratantes débiles y, en general, evitar todo aquello que tiende a una negociación impuesta y vejatoria.

b) En materia contractual, la *lex mercatoria* debe armonizarse con las normas relativas al objeto, a la causa lícita, a la buena fe negocial y al ejercicio regular de los derechos.

c) La regulación de la autonomía de la voluntad debe considerar la gravitación de lo económico sobre lo jurídico, la globalización comercial, la creciente significación de los contratos atípicos, la regionalización de las transacciones y la dinámica negocial que requiere protecciones procesales rápidas y eficaces.

También se recomendó, en orden a los "distingos dogmáticos":

...b) no existen diferencias sustanciales entre contratos civiles y comerciales.²⁴

En orden a los "límites de la autonomía", se dijo:

²³ No hay consenso pleno en cuanto a qué contratos son paritarios o discrecionales. Según un sector, serían aquellos celebrados entre personas jurídicas, sociedades o empresas; empero, la enorme diferencia de "poder económico" -que posibilita el abuso- nos lleva a pensar que no es discrecional un contrato entre una "pequeña empresa" y una multinacional. El problema aparece con la "interpretación restrictiva", del art. 1197, inc. 1º, y con la "interpretación favorable", del mismo artículo, inc. d, ambos del Proyecto de 1987.

²⁴ Es el argumento de la tesis unificadora, que sostenemos. Para nosotros la resistencia de los "comercialistas" se funda, básicamente, en el rechazo a la "parte general" que, no obstante la buena doctrina, se juzga de índole civilística (*Unificación civil y comercial: lo posible y lo conveniente*, publicación de la Academia de Derecho de Córdoba, Córdoba, 1996).

- El contrato es un instrumento para la realización de actividades económicas, útiles y justas. El derecho debe ampararlo concediendo acciones.
- La regulación destinada a la protección del orden público de coordinación, de protección y dirección, es constitucional en tanto sea general, no discriminatoria, proporcional y razonable.
- Los límites de la autonomía de la voluntad surgidos de los principios del artículo 953 del Código Civil, comprenden en la actualidad la protección a la concurrencia y el consumidor, y no la desnaturalizan.
- El derecho a la concurrencia limita la autonomía de la voluntad para asegurar la transparencia del mercado, y se justifica cuando tiende a evitar que, por la celebración de contratos, pueda perjudicarse a los consumidores.

Finalmente, en tema de “autonomía y tipos contractuales” –tan vinculado a nuestra exposición– se recomendó:

- A) El tipo legal especial tiene funciones delimitativas y programáticas.²⁵
- B) El programa legal debe ser mínimo y admitir la autonomía privada y la costumbre como fuente de autoprogramación.
- C) Para el cumplimiento de una finalidad económica hay diversos instrumentos contractuales. De manera que puede distinguirse, dentro del tipo particular, un modelo general y adaptaciones especiales.²⁶
- D) Las nuevas modalidades de celebración o variaciones técnicas no son nuevos contratos. Ello se relaciona con el consentimiento o con la manera de hacerlo y no se trata de la creación de nuevas figuras.²⁷
- E) La elección de tipo contractual pertenece al ámbito propio de la autonomía de la voluntad. Sólo puede impugnarse cuando existe utilización fraudulenta de una figura típica para eludir normas imperativas.

Y sobre las “uniones de contrato” se afirmó que:

²⁵ Recordemos la “recomendación” de las *Octavas Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, La Plata, 1981, Comisión Nº 3, punto I, D): “Las condiciones generales no derogan los efectos normales o naturales de los contratos típicos, consagrados por normas dispositivas”.

²⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, M. del Carmen, *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979.

²⁷ Es la amplitud, que señalamos, de los caminos que llevan al acuerdo. De ahí que deba hablarse de contratos celebrados “por adhesión” y no de “contratos de adhesión”.

c) En las uniones de contratos puede admitirse la noción de conexidad, en tanto fundamento para imputar obligaciones de los miembros entre sí y respecto de terceros.²⁸

11. El contrato como promesa de “resultados”

Las obligaciones nacidas del contrato son de dar, hacer o no hacer. No se trata de prometer, sólo poner “los medios” o llegar “a resultados definitivos”. El contrato, como tal, es un plan o programa que tiene siempre en vista resultados. Y para ello el deudor debe emplear toda su diligencia, pericia y dedicación, en atención a las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 512, Cód. Civ.). No responde el contratante exclusivamente por el daño que significa no lograr un resultado beneficioso, sino que responde por el daño nacido del incumplimiento de los “haceres” prometidos, aunque sean resultados más próximos o inmediatos.

El médico que ha prometido atender al paciente, apuntando al mejoramiento de su salud, con el empleo de medios idóneos a esa finalidad –por vía de ejemplo– sólo se libera demostrando la imposibilidad de alcanzar el resultado –salud–, pese a la aptitud y acierto de los medios elegidos. No puede pretenderse, por la vía de asimilar un “contrato de medios” a un supuesto de ilicitud, que el paciente deba demostrar el daño y culpa del profesional. Hay de por medio una promesa concreta y de objeto determinado.

12. El contrato como intercambio a secas o como intercambio equilibrado. Utilidad y justicia

Von Mises, otro de los padres de la “economía de mercado”,²⁹ se burlaba de la pretensión de lograr “un precio justo” y, por ende, de visualizar el contrato como un “intercambio justo o equilibrado” de bienes y servicios. Para el mercado es justo el precio que allí se obtiene, el que se paga por un producto.

De donde, a casi dos siglos, vuelve la vieja idea: “quien dice contrato dice justicia”; lo libremente acordado es siempre equitativo. No pueden haber dudas de que se alude a un mercado perfecto, sin fallas, donde además de la libre competencia campea la más completa información; donde el con-

²⁸ WEINGARTEN, Celia, y GHERSI, Carlos, *Los contratos conexados*, en L. L. del 18-12-97; TOBÍAS, J. y DE LORENZO, M., *Complejo de negocios unidos por un nexo (El ligamen negocial)*, en L. L. 1996-D-1387; NICOLAU, Noemí, y otros, serie de trabajos publicados en la *Revista del Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Universidad de Rosario*, Rosario, 1997.

²⁹ VON MISES, L., *El mercado*, publicación de la Universidad F. Marroquín, Guatemala, 1987.

sumidor es el eje o centro del mercado;³⁰ donde los bienes y servicios ofrecidos pueden “elegirse” con absoluta libertad.³¹ Un mercado que no es el que vemos, por lo común, en la realidad latinoamericana.

II. El porqué del debate sobre el ámbito contractual

1. Introducción

En rigor, dos son las cuestiones que ahora nos preocupan:

- a) ¿Cuándo un acuerdo es contrato?, y
- b) ¿Cuál es el contenido del contrato?

Es obvio, en la dogmática jurídica, que no todo acuerdo es un contrato. Los requisitos tradicionales del acto jurídico bilateral para merecer la calificación de contrato son:

- a) Ser un negocio entre vivos, cuyos efectos no se condicionan a la muerte de las partes, y
- b) La patrimonialidad, vale decir, que el objeto u operación jurídica tenida en mira sea susceptible de una apreciación en dinero, pecuniaria.³²

Empero, observamos una cuestión que es previa: ¿cuándo un acuerdo merece ser tenido como “acto jurídico bilateral”? La respuesta, con la mira puesta en el artículo 944, es plural:

- a) Cuando las partes se proponen producir efectos jurídicos y, por lo tanto,
- b) Cuando las partes tienen la intención de obligarse.

³⁰ Para Von Mises era así: el consumidor gobernaba o gobierna el mercado, con sus gustos o preferencias; en los mercados imperfectos, de consumidores desinformados, necesitados o ignorantes, el rol de soberano lo cumple el proveedor de bienes y servicios.

³¹ La pretensión expresada por Von Mises y confirmada por Hayek y otros de la corriente liberal-individualista, es la de rechazar todo planteo de contrato abusivo o aprovechado o usurario, sobre la base de un acuerdo libre y ajustado a las reglas del mercado, al orden espontáneo.

³² Lo dice el art. 1169 al hablar de la prestación, “objeto de un contrato” susceptible “de una apreciación pecuniaria”. Para Díez-Picazo “una relación jurídica es patrimonial cuando versa sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica. Los bienes y los intereses poseen naturaleza económica cuando pueden ser objeto de valoración. Esta valoración debe medirse de una manera objetiva, es decir, con independencia de cuál sea la postura o actitud del sujeto con respecto a los bienes en cuestión. Así, por ejemplo, aun cuando el interés del sujeto respecto del bien sea puramente sentimental o de afección, la relación jurídica será patrimonial siempre que el bien sobre el que recaiga, objetivamente considerado, posea valor económico” (DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1979, t. I, p. 49).

Esta es, sin dudas, la respuesta tradicional, inspirada en Savigny y que encuentra seguidores que son mayoría; entre ellos Miccio, en la doctrina italiana;³³ Lehmann, en la alemana;³⁴ etcétera. No basta la licitud del objeto³⁵ ni la patrimonialidad; es preciso que las partes tengan una clara representación de los efectos jurídicos y quieran obtener esos resultados.³⁶

Otra respuesta, heterodoxa, más moderna y realista, afirma que hay contrato cuando las partes alcanzan un "resultado práctico" –lícito, patrimonial y entre vivos–, lo cual le otorga un "real significado social", prescindiendo de la teoría del efecto jurídico.³⁷

Recapitemos: los interrogantes frente a un acuerdo de voluntades son:

- ¿Qué se quiso? (propósito práctico o fin jurídico);
- ¿Hasta dónde se quiso? (ámbito o contenido negocial);
- ¿Por qué se quiso? (causa fin subjetiva o motivos determinantes), y
- ¿Para qué se quiso? (causa fin objetiva o finalidad económica buscada).

³³ MICCIO, R., *I diritti di credito*, UTET, Torino, 1977, vol. II, p. 25: "En el negocio jurídico los efectos jurídicos están coordinados al acto, que se cumple cabalmente porque tales efectos se han producido".

³⁴ LEHMANN, Heinrich, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 27: "...es necesario que las partes quieran obtener esos resultados por la vía jurídica, como jurídicamente protegidos, conscientes que hay un ordenamiento legal al cual debemos someternos todos..."

³⁵ La tesis clásica insiste en la conciencia sobre los efectos jurídicos: "Cuando el efecto jurídico sea totalmente ajeno a la conciencia, no debe considerarse que exista un acto jurídico y, por ende, un contrato" (Lehmann).

³⁶ Es una tesis extrema dentro de lo que se denomina, en el *common law*, la teoría subjetiva del contrato. Prima hoy, en el derecho americano y en el inglés, una concepción "objetiva" que destaca el carácter instrumental del contrato, como un elemento objetivo y funcional en la operación de los mercados. El contrato –afirma la mejor doctrina– "nada tiene que ver con la intención personal o individual de las partes". Un contrato –se afirma– "es una obligación ligada por la mera fuerza del derecho, a ciertos actos de las partes, generalmente palabras, que ordinariamente acompañan y representan un propósito conocido". Es lo que se denomina "concepción objetiva del contrato" (véase de CUETO RUA, Julio C., *Una concepción objetiva del contrato. El caso del "common law"*, en *Contratos*, libro homenaje al Dr. Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989, pp. 31 y siguientes. En el mismo sentido ISASMENDI, A. J., *Aportes para una revisión de la noción de contrato*, en E. D. del 1-12-97).

³⁷ En la mayoría de los casos se observa (nos dice DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, Universidad Pontificia, Lima, 1991, t. I, p. 72) que los contratantes desean obtener un resultado práctico, sin interesarles cuáles son los efectos jurídicos que su acuerdo de voluntades va a producir. De Castro y Bravo, defensor de esta tesis (*El negocio jurídico*, Cívitas, Madrid, 1985, p. 34), nos dice que el derecho considera como negocio jurídico "la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea complementando con otros hechos o actos". Es el contrato "como supuesto de hecho".

2. Necesidad de distinguir el contrato celebrado de los meros acuerdos sin relevancia jurídica: sociales, familiares, amistosos

El lector atento se debe encontrar ya sumido en una serie de interrogantes:

- a) ¿La existencia de un contrato depende de los conocimientos jurídicos de las partes? Si una de las partes conoce Derecho y, en consecuencia, sabe que la concurrencia a un cine origina un contrato de espectáculo, para ella habría contrato; si la otra, en cambio, ignora el Derecho, esa misma actitud no dará pie a contrato alguno;
- b) ¿Depende de la intención negocial de las partes, de contratar, de obligarse, de dar o hacer bajo coacción? Si uno la tiene y el otro no, si accede al colectivo –vehículo de transporte– sin ánimo de contratar, con la voluntad de no pagar el precio, no hay contrato;
- c) Calificar a un acuerdo como contrato –de tal o cual tipo, o atípico– depende del legislador y no de las partes. No es posible –dice De Castro y Bravo– “dejar vacías en sentido social las figuras jurídicas utilizadas”;
- d) La existencia de un contrato significa que se encuentra tutelado en sus efectos, que es obligatorio y genera responsabilidad por incumplimiento; la existencia deja al acuerdo librado a su suerte, sin posibilidades de recurrir a la justicia;
- e) “Atender al propósito práctico del negocio –afirma De Castro y Bravo– no supone disminuir el alcance de la autonomía de la voluntad, sino, por el contrario, tenerla en cuenta, en su doble aspecto de libertad y responsabilidad”;³⁸
- f) El contrato, en cuanto “regla” (art. 1197), ¿evidencia “el poder de las personas” para dárselas a sí mismas o el “poder del Estado” para jerarquizar la norma concreta establecida por las partes?;³⁹
- g) ¿El contrato es fuente de derecho objetivo⁴⁰ o bien es “regla a la cual

³⁸ DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., p. 35.

³⁹ La regulación del contrato no depende sólo de la declaración de voluntad, pues habrá que atender, ante todo, a los preceptos legales imperativos, complementados con las normas dispositivas. No es contrato, en consecuencia, lo que el mercado dice que es contrato, ni tampoco deja de serlo por el mero hecho de merecer del mercado una calificación disitinta.

⁴⁰ El carácter normativo del contrato como norma social o como norma jurídica destacado por un sector de la doctrina, se “pone al servicio, al igual que las ideas de Teoría Pura del Derecho” –sostiene De Castro y Bravo (ob. cit., p. 32)- del neocapitalismo liberal. ¿Por qué? La respuesta del catedrático de Madrid –lamentablemente fallecido ya- es clara: “El negocio se desliga de la voluntad de quienes lo crean, en rigor de quien acepta unas condiciones impuestas, al ser

deben someterse las partes como a la ley misma" (art. 1197), eficaz como "título" a una serie de derechos, facultades y deberes, en virtud de su significado preceptivo?;⁴¹

h) Finalmente, ¿el contrato es la obra de las partes –"el hombre es quien origina y da sentido a sus haceres"– o la obra del Derecho del Estado, que distingue de entre esos haceres los que merecen la consideración de "reglas" y pone entonces a su servicio el aparato coactivo?⁴²

La doctrina ha perfilado algunos distingos en esta materia en que dichos y hechos, ofertas y aceptaciones, permisos y autorizaciones, consejos y ayudas, se dan y se reciben sin que se sepa si pertenecen o no al ámbito del Derecho, si pueden o no considerarse como negocios jurídicos:⁴³

- a) Compromisos sociales y relaciones de cortesía, y
- b) Relaciones familiares.

Compromisos sociales y relaciones de cortesía

Bajo este rótulo podemos distinguir varios casos:

- a) Actividades o quehaceres cumplidos "por favor" en un ambiente social determinado (aquello que los argentinos denominamos "gauchadas"): dar un recado, un aviso, cumplir un encargo, guardar un objeto por un tiempo breve, etcétera;
- b) Actividades acordadas entre amigos, de las que es costumbre realizar: una invitación a comer, a efectuar un paseo, a ir al cine, a cambiar ideas, a analizar una situación, etcétera (incluso a hospedarse en la casa del amigo);

objetivado como norma y, a la vez, se le inmuniza frente a la posible censura de los principios básicos del ordenamiento –buena fe, equivalencia de prestaciones, condena del abuso– mediante su aislamiento como norma autónoma. Con el resultado práctico que se reduzca a la nada el papel de la voluntad y el del carácter causal del negocio –objetividad de la *voluntas legis*– y de que se predique la posibilidad de su general eficacia, incluso respecto de quienes ignoren sus reglas –condiciones generales de la contratación– subvirtiendo así el sentido de la autonomía, que de estar al servicio de la libertad personal, pasa a ser instrumento de dominación en beneficio de ciertos privilegios".

⁴¹ Es interesante y, a la vez, extraño el recuerdo de la mención de la solidaridad o la función social al exponer la noción o hablar de los efectos del contrato. El artículo 421 del Proyecto de Código Civil para el Brasil, ley 634-B, de 1975, expresa: "La libertad de contratar será ejercida en razón o en los límites de la función social del contrato".

⁴² Nosotros reiteramos ahora que el contrato es una "obra en común" del Estado, a través de su legislación, y de las partes; otra es la cuestión acerca de la extensión que razonablemente debe tener la injerencia estatal.

⁴³ Los exponemos en seguimiento del maestro español DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pp. 36 y ss.

c) Relaciones nacidas de la mutua colaboración o del compañerismo, de la vecindad o de emprender juntos un viaje, cacería, excursión, etcétera;

d) Casos en los que las partes se han anticipado "al debate" e incorporado una cláusula excluyendo todo valor jurídico; declarando que son "compromisos de honor" –*gentlemen`s agreement*–, o prohibiendo el recurrir a los tribunales para su cumplimiento. Aquí la doctrina de base romanizada –no el *common law*– hesita, por entender que, en ocasiones, puede mediar un verdadero "fraude a la ley", la intención de eludir la aplicación del derecho de los contratos; en particular cuando a esos acuerdos se les reconoce algún efecto jurídico y se les niega otro u otros;

e) Finalmente, están los casos dudosos, por tratarse de supuestos "análogos" a los de un tipo de contrato, en los que no media amistad o compañerismo, ni vecindad, ni –muchas veces– conocimiento previo entre las partes; casos en los que el objeto es, obviamente, lícito y tiene o puede tener una relevancia patrimonial, una traducción dineraria. Para De Castro y Bravo "quedan –o pueden quedar– en la penumbra de las buenas maneras y de los usos".⁴⁴

Es en estos casos donde reaparecen las tesis tradicionalistas de fin jurídico, la búsqueda de la intención, del ánimo de obligarse, etc. Nuestra opinión es francamente favorable a la índole contractual de acuerdos, precisamente para ponerlos bajo la tutela del Derecho. No conforma la huida de lo contractual en beneficio del acto ilícito: sustituir la responsabilidad contractual por la extracontractual y reparar sólo daños causados.⁴⁵ Un buen ejemplo es el del transporte benévolo.⁴⁶

⁴⁴ No nos referimos a situaciones tales como el ejercicio de quehaceres profesionales sin título habilitante, invadiendo áreas exclusivas y, por lo tanto, vedadas: el práctico o curandero que intenta sanar sin ser médico; el que gestiona cuestiones jurídicas sin ser abogado; el masajista de hecho que no es kinesiólogo; el que hace lo propio del podólogo, etcétera; actividades estas que se constituyen en ilícitas. Ni tampoco los casos singulares, como el de quien acerca a las partes en una negociación sin estar inscripto como corredor ni cumplir con los extremos exigidos para esta profesión –y al que se le niega el derecho a percibir un retribución, al menos como regla–.

⁴⁵ Al estilo anglosajón, como vimos ya. La unificación de los ámbitos de responsabilidad –contractual y extracontractual– por la cual bregamos, no importa desconocer sus diferencias ontológicas, que están dadas, entre otras, por el acuerdo preexistente, el paquete de deberes y derechos nacidos del acuerdo, etc.

⁴⁶ Una buena exposición de Aída Kemelmajer de Carlucci en BELLUSCIO, Augusto C., y ZANNONI, Eduardo A., *Código Civil comentado*, t. 5, pp. 325 y ss. Este caso, como tantos otros, nos muestra una conducta social típica, o mejor dicho, dos: la de quien solicita ser llevado y la de quien acepta transportar. La mayoría de las veces "sin palabras", pero con gestos o actitudes evidentes. Es un ejemplo de "relación contractual fáctica".



3. ¿Cuándo la “materia negocial” tiene relevancia como para originar un contrato reglado por el derecho?

No nos satisface que por la vía del querer o no querer, del conocer o del ignorar, de la intención de celebrarlo o de su falta, un acuerdo sea contrato o no lo sea. Hemos visto ya que la índole contractual de un negocio lícito y patrimonial no depende de las partes. Hay contrato si están reunidos sus extremos o requisitos y será de tal o cual tipo, no obstante la declaración de los celebrantes.

Con ello queremos enfatizar que el tema que nos ocupa no depende del mercado, del orden espontáneo, del uso de sus personajes –proveedores y consumidores–. No es una cuestión donde la autonomía de los privados sea soberana. La índole contractual o no del negocio, así como su “configuración interna”, su contenido o materia integrativa, muestra el ejercicio de la libertad “dentro de los límites que el propio ordenamiento le impone”.⁴⁷ Es que, como afirma Mirabelli,⁴⁸ la noción de autonomía lleva ínsito el concepto de limitación. Y estos límites se acentúan o se restringen según el rol que asume el Derecho del Estado.

Messineo, que en 1947 (*Doctrina general del contrato*) había dicho que “la libertad contractual debe considerarse la regla y el límite la excepción”, años después, en 1968 (*Il contratto in genere*), sostuvo que “**queda la duda si la libertad contractual** va a constituir, en un próximo futuro, el principio o bien la excepción”. En 1998 podemos decir que se oponen dos tendencias: la de la economía de mercado libre, que pregona un aumento de la “autonomía” para lograr un mercado más fluido, flexible, donde los actores, en particular las empresas, actúen en plenitud de posibilidades, y la de la economía social de mercado, que en aras de una mayor solidaridad y justicia propone restricciones a esa libertad.

Nuestras referencias o ejemplos, como la alusión al “transporte benévolo”, no pretenden volver sobre debates que parecen desgastados, aunque no agotados; son meras muestras, y así deben interpretarse, que sirven para juzgar otras situaciones que el mercado actual nos muestra a diario.

Que haya contrato porque las partes –una fuerte y otra débil– así lo digan, aunque semejante afirmación no tenga respaldo jurídico, o que no lo haya, por igual razón –mero voluntarismo, generalmente de uno de los celebrantes, al margen de la juridicidad–, no nos parece razonable. Aunque otra cosa pretenda imponer la *lex mercatoria*.

⁴⁷ CANCINO F., *Estudios de Derecho Privado*, Temis, Bogotá, 1979, pp. 22 y ss.

⁴⁸ MIRABELLI, G., *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale*, Utet, Torino, 1980, pp. 21 y ss.

Y no nos hagamos los desentendidos, porque lo dicho para el contrato alcanza al "contrato válido", único que es contrato existente, puesto que el nulo, por algún vicio en uno o más de sus elementos, no es contrato. Y si predicamos, por vía de ejemplo, que sólo es contrato oneroso válido el equilibrado porque el derecho así lo establece (art. 954), no podrá el mercado desmentir esta afirmación o disponer lo contrario.⁴⁹

En materia de transporte benévolo se dan todos los aspectos de la cuestión que hemos venido apuntando.

Para defender la tesis extracontractualista se alega:

- a) La falta de precio, que puede ser requisito para el transporte comercial, pero no para otro atípico, gratuito;
- b) la falta del *animus negotii contrahendi*, ya aludida;
- c) la falta del fin inmediato, producir efectos jurídicos, también contemplada, y
- d) el carácter potestativo del compromiso y su revocabilidad, que posible, precisamente, por sacarlo de la naturaleza contractual.

No son argumentos convincentes y lo demuestra el número creciente de juristas que adhieren a la tesis contractual.

4. ¿Cómo evitar las sorpresas de quien "no sabe" que "ha contratado" y queda vinculado?

La información es la clave de un mercado maduro, armonioso, equilibrado; la falta de información, el abuso del desconocimiento, son los signos de fallas en el mercado.

Es tan grave quedar ligado a la "regla" comercial, sin saberlo, como creer que se ha cerrado un acuerdo y padecer la sorpresa de su inexistencia. Y ambas situaciones son frecuentes en la vida actual.⁵⁰

⁴⁹ A treinta años de la reforma –1968-1998– no se ha destacado lo suficiente, en la medida en que lo merece, la trascendencia de este texto, que viene a consagrar el equilibrio en los negocios onerosos como un requisito de validez. Y, por lo tanto, viene a sancionar con nulidad el aprovechamiento que se concreta en desequilibrio, con base en la necesidad, inexperiencia o falta de aptitud para el mercado, de una de las partes en la negociación.

⁵⁰ Recordemos las razones invocadas por la reforma de 1968 –Ley 17.711– para cambiar los meros efectos obligacionales del boleto de compraventa, en efectos reales, otorgando una posesión legítima al comprador por boleto que ha recibido la tradición de buena fe (art. 2355, última parte). Se trataba de compadecer la solución jurídica con la creencia social, con aquello que el ciudadano común pensaba acerca de los efectos del boleto.

La ley de tutela al consumidor es una buena muestra de cómo deben cubrirse tales aspectos:

- a) Ya en su artículo 4°, dedicado a la información, prevé que: "Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz y suficiente, sobre las características esenciales de los mismos". Recordemos que informar es uno de los deberes importantes que impone la buena fe negocial (art. 1198, Cód. Civ.);
- b) El artículo 8° sobre las precisiones de la publicidad, aunque no deba ésta confundirse con la información, tampoco puede desvirtuarla;
- c) El contenido del documento de venta del artículo 10;
- d) La información sobre la facultad de revocar, en las ventas domiciliaria y por correspondencia, etcétera.

No dejemos de lado la idea acerca de la inexperiencia del consumidor y la pericia y profesionalidad, por otra parte, del proveedor. De ahí el derecho a demandar la nulidad del contrato, por transgresión al deber de información (art. 37 de la Ley 24.240).⁵¹

5. Las soluciones en la historia del derecho: el formalismo y la "consideración" del "common law"

La historia del Derecho, desde Roma hasta aquí, nos muestra esta preocupación, casi constante, por concienciar el negocio, por hacer tomar clara conciencia de su existencia y alcance, por internalizarlo. Incluye, además, el saber con quién se ha contratado, si con una sola persona o con un grupo de ellas, sea o no una unión transitoria de empresas, un *joint venture* o una sociedad de sociedades o grupo económico. De ahí el derecho a saber qué hay detrás de una mera apariencia, a levantar el "velo de la personalidad" en unos casos y, en otros, el derecho a confiar en lo que se muestra, en las apariencias.⁵²

El formalismo ha cumplido ese rol en distintos períodos históricos. Recordamos la sorpresa que causó el dictado de la Ley 23.091, cuando en su

⁵¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, y LORENZETTI, Ricardo Luis, *Defensa del consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994; STIGLITZ, Rubén S., y STIGLITZ, Gabriel A., *Derechos y defensa del consumidor*, La Rocca, Buenos Aires, 1994; STIGLITZ, Rubén S., *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. Depalma, Buenos Aires, 1992; SOZZO, Gonzalo, *Repensar el principio de autonomía de la voluntad en materia contractual (Desde la perspectiva de los opuestos complementarios)* (tesis), Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1998.

⁵² DE ÁNGEL YAGÜES, R., *El levantamiento del velo de la personalidad*, Civitas, Madrid, 1996.

artículo 1° dispuso que: “Los contratos de locaciones urbanas, así como también sus modificaciones y prórrogas, deberán formalizarse por escrito. Cuando el contrato no celebrado por escrito haya tenido principio de ejecución, se considerará como plazo el mínimo fijado en esta ley y el precio y su actualización los determinará el juez de acuerdo al valor y práctica de plaza”. No caben dudas de que se consagró una seria limitación a la autonomía de los privados, en orden a la manera de celebrar el acuerdo. El *solus consensus obligat* quedó sumamente restringido, en dos aspectos medulares: plazo y precio. ¿Y por qué se hizo? Para evitar abusos de la parte fuerte, el locador, que en muchos casos se negaba a instrumentar el acuerdo, para privar al inquilino de un elemento probatorio preconstituido acerca de sus derechos al uso y goce.

Traslademos esta cuestión a otros contratos, como los de distribución, y veremos repetida la historia: falta de instrumentación o instrumentación mínima o raquítica, para abrir las puertas del abuso.

6. La gratuidad y el contrato

La idea napoleónica⁵³ acerca de la índole extracontractual de los acuerdos gratuitos, celebrados con base en la generosidad, espíritu de beneficencia o ánimo liberal o de liberalidad, aparece sumamente extendida. Se debe, pensamos, al avance de la concepción mercantilista que descarta la gratuidad de los negocios. Empero, es absurdo pensar que el Derecho Civil de los Contratos es el ámbito de la gratuidad, al menos como regla. La falta de contraprestación, por un servicio o la dación de un bien, sigue siendo la excepción y nada autoriza a generalizarla, menos aún en el mundo actual.

Figuras como la gestión de negocios ajenos o el enriquecimiento sin causa⁵⁴ adquieren relevancia cuando no llega a demostrarse la existencia del acuerdo, pero sí se prueba el beneficio o provecho de una actuación o quehacer.

El mercado repudia la gratuidad, la excluye o bota. Su bandera es el espíritu de lucro y no el espíritu de beneficencia. Su norte es el provecho y no el desinterés, tanto en lo personal como en lo comunitario. Pero nada de ello impide que las “liberalidades” como género contractual tengan vigencia, típicas o atípicas. Es obvio que se refugian en la “sociedad civil”, en la solidaridad o en el amor al prójimo.

⁵³ La anécdota cuenta que el emperador irrumpió en la sala donde se elaboraba el *Code* y escuchó con sorpresa que hablaban del contrato de donación, a lo cual se opuso invocando su naturaleza de negocio unilateral, perfecto con la sola voluntad fuerte del donante, sin perjuicio de la producción de efectos a través de la aceptación.

⁵⁴ FÁBREGA PONCE, J., *El enriquecimiento sin causa*, Plaza & Janés, Bogotá, 1996.

III. Relación contractual con el principal y relación extracontractual con el dependiente o colaboradores



1. Introducción

Vimos en los puntos anteriores que al celebrante de un negocio contractual le interesa saber, a ciencia cierta, si ha contratado o no, y, en su caso, con quiénes lo ha hecho.

El tema es ahora el siguiente:

- a) Se celebra un contrato con una persona física o jurídica;
- b) empero, esta persona contratante resulta no ser el principal de tal o cual actividad cumplida, sino un colaborador, dependiente o auxiliar;
- c) producido un incumplimiento⁵⁵ por obra de esa persona que contrató,⁵⁵ se plantean dos cuestiones:

1^a) Si el principal responde contractualmente por el ilícito del dependiente, y

2^a) Si el dependiente responde contractualmente por el ilícito propio.

Es obvio que, liminarmente, debemos repasar la noción de dependiente y, sobre esa base, decidir quiénes lo son y quiénes no revisten esa calidad:

- ¿Es dependiente el conductor del colectivo de la empresa de transporte?
- ¿Es dependiente el médico que trabaja para una clínica o para un hospital?⁵⁶
- ¿Es dependiente el franquiciado del franquiciante?⁵⁷
- Otras situaciones discutibles.⁵⁸

⁵⁵ Puede ocurrir que el contrato se celebre directamente con el dependiente o colaborador, o bien que éste aparezca en el período del cumplimiento, realizando las conductas debidas.

⁵⁶ Respecto de los profesionales liberales se ha discutido largamente la cuestión de la "dependencia técnica", en la medida en que los mismos actúan con autonomía e independencia en tales cuestiones; empero, está fuera de debate la dependencia jurídica, en cuanto cumplen órdenes relativas al modo o manera de prestar el servicio –lugar, tiempo, auxiliares, etc.– y la dependencia económica, cuando la relación es la de un contrato de trabajo.

⁵⁷ Afirma Raúl A. Etcheveny (*Contratos. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires 1991, t. 1, p. 401): "Merece señalarse la existencia de una corriente doctrinaria y legislativa que, atendiendo a que el franquiciado actúa bajo la marca y emblema o insignias del franquiciante, con ajuste a métodos operativos y sistemas tecnológicos impuestos por éste, considera viable la extensión de responsabilidad del franquiciado al franquiciante".

⁵⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente*, Ábaco, Buenos Aires, 1978; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Daños causados por los dependientes*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992; AGOGLIA, María M.; BORAGINA, Juan C., y MEZA, Jorge A., *Responsabilidad por hecho ajeno*, Depalma, Buenos Aires, 1995. La doctrina se detiene en el tratamiento de la responsabilidad aquiliana del dependiente y, de alguna manera, descuida la contractual.

Y también, de entrada, lamentamos que la unificación de responsabilidades –contractual y extracontractual– en punto a los daños resarcibles, la prescripción y otros aspectos susceptibles de armonizarse, no se haya producido aún, unificación que haría inútil esta exposición.

De los dos interrogantes el primero –la responsabilidad contractual del principal por el hecho del dependiente– aparece hoy como el más sencillo. No fue siempre así: en 1963, en las *Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, celebradas en Santa Fe, el tema originó arduos debates y no se llegó a una conclusión clara y definitiva. Recién a partir del Proyecto de 1987 de Unificación, la doctrina comienza a uniformarse en torno a la índole contractual: “Artículo 521: El obligado responde por los terceros que haya introducido en la ejecución de la obligación, y por las cosas de que se sirve o tenga a su cuidado”.⁵⁹

Nada más razonable y justo. Son sus brazos largos. Él los ha introducido como medios para facilitar el programa negocial y su cumplimiento.⁶⁰ No se trata de una causa ajena o extraña.⁶¹ De no ser responsable el principal o comitente podría, mediante la inclusión de terceros en la relación obligacional, desligarse unilateralmente.⁶² Los auxiliares intervienen a pedido del deudor y a su propio riesgo y conveniencia.⁶³

Más arduo parece hoy dar una respuesta al segundo interrogante: naturaleza de la responsabilidad del auxiliar cuando el incumplimiento depende de su obrar. Nadie duda de que el auxiliar no es el deudor, al menos el deudor directo; que es un tercero incorporado por el deudor. Pero, a la vez, ese auxiliar “sabe” de la relación negocial preexistente y del rol que desarrolla en orden a la satisfacción del acreedor.

Tres son las posiciones:

⁵⁹ El despacho de la comisión del tema II en las *Primeras Jornadas de Derecho Civil*, Santa Fe, 1963, expresa: “1. Los principios que sirven de fundamento a las responsabilidades indirectas por hechos de dependientes o auxiliares, no son específicamente excluidos de ninguno de los tipos de responsabilidad contractual o extracontractual. 2. Esos principios son determinados por el fenómeno económico-jurídico resultante de la prolongación de la actividad propia por la utilización de fuerzas ajenas; importan una garantía impuesta legalmente a quien las utiliza. 3. En la materia contractual son las actividades propias de cada relación las que determinan el alcance de esa garantía. 4. Así mismo, la modalidad de cada relación obligatoria determina en qué medida se la puede contractualmente eludir o limitar. En ningún caso se la podrá eludir contrariando las normas imperativas que rijan la relación de que se trate o los principios de la buena fe contractual”. Como se ve, el despacho no se compromete con ninguno de los criterios en boga y, más bien, deja abiertas las puertas en consideración a las circunstancias de cada caso.

⁶⁰ JORDANO FRAGA, Francisco A., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994.

⁶¹ Ver la importante investigación sobre el tema de E. Becque, en *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1914, t. XIII.

⁶² VINEY, Geneviève, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, en *Traité de Droit Civil*, bajo la dirección de Jacques Ghestin, N° 818.

⁶³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., pp. 51 y ss.

1) La responsabilidad es siempre extracontractual;⁶⁴

2) depende de las circunstancias de cada caso,⁶⁵ y

3) se trata de una responsabilidad contractual.⁶⁶

2. El plenario de la Cámara Nacional Civil

Antes de expresar nuestro criterio sobre este particular queremos señalar algo que nos parece importante:

– ¿Puede ser que una misma relación comercial participe de dos ámbitos de responsabilidad, distintos y de soluciones diferentes?

– ¿Es razonable que se califique de contractual la responsabilidad del deudor contractual y de extracontractual la de quien ha sido puesto para cumplir el negocio?

– ¿Es verdad que el colaborador sigue siendo un tercero en la relación comercial o es más lógico decir que integra el “equipo” que conforma la parte?

– ¿No es real que el auxiliar incumple una obligación preexistente, y que ello no es propio de lo aquiliano?

El debate llevó a las salas de la Cámara Nacional en lo Civil, al plenario del 26 de octubre de 1993, en los autos “Corsetti de Patrignani, I. c/Martínez, R. y otros”.⁶⁷

⁶⁴ Tesis defendida con particular vehemencia por JORDANO FRAGA, *Responsabilidad contractual*, cit., y especialmente en *La responsabilidad del deudor...*, pp. 609 ss.; en la doctrina nacional encuentra la adhesión de Mayo y Venini, entre otros juristas. Ver VENINI, Juan C., *Responsabilidad contractual por el hecho ajeno y extracontractual del principal por el hecho del dependiente*, en J. A. 1990-IV-814.

⁶⁵ Así lo “recomendó” el despacho mayoritario de las *Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal*, Junín, 1990: “En principio, la responsabilidad del tercero introducido por el deudor es extracontractual; pero, por excepción, podría tener naturaleza contractual”. El supuesto excepcional opera en los casos en que el autor del daño -el colaborador- por sus calidades técnicas, no es un verdadero dependiente. Como ejemplo se da el del médico respecto de las clínicas, caso del que nos ocupamos más adelante.

⁶⁶ Es la tesis que defendemos desde antiguo, y a la que adhiere HIGHTON, Elena, *Responsabilidad médica: ¿contractual o extracontractual?*, en J. A. 1983-III-659 y la minoría del plenario al cual aludimos enseguida. En la doctrina extranjera, BADOSA, M., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia-Zaragoza, 1987, pp. 769 y ss.; CARRASCO PERERA, su comentario al art. 110 1, en *Comentarios Albadalejo al Código Civil*, Madrid, 1989, XV, vol. I, p. 443, N° 15.

⁶⁷ L. L. 1994-A-291, con comentario favorable a la decisión de la mayoría, de BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Un plenario necesario y encomiable*.

Compartimos, sin hesitar, la opinión de la minoría, representada por los jueces Cifuentes, Alterini, Galmarini, Mirás, Dupuis, Calatayud, Degiorgis, Moreno Hueyo, Giardulli, Pascual y Álvarez, para quienes no es ajeno al contrato alguien que, como el conductor del colectivo, "tiene a su cargo la cosa, concreta y ejecuta el contrato y, con frecuencia, hasta lo interpreta". Es un auxiliar del deudor, "un agente auxiliar del comercio" que colabora con él en el cumplimiento de la prestación comprometida, lo que tiene su razón de ser en las exigencias del tráfico comercial moderno, que, obviamente, impiden el cumplimiento personal por la empresa".

No es verdad que esta tesis esté huérfana de apoyo en la doctrina moderna, sin perjuicio de destacar la de los países que permiten la opción o han producido la unificación de los ámbitos de responsabilidad.

La doctrina más reciente comienza señalando que "a los efectos de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares se consideran como tales no sólo los dependientes o subordinados del deudor, sino cualquier persona, incluidos empresarios autónomos, de cuya actividad éste se sirva para la realización del cumplimiento (...) lo importante no es la relación que media entre el deudor y su auxiliar, que puede ser o no de dependencia, sino que aquél utilice a éste para la ejecución de la relación obligatoria".⁶⁸

Es indudable que esta ampliación enriquece la cuestión, al sujetarla al tema de la dependencia, y la muestra en toda su relevancia.

Cottino ilustra esta idea: el suministro que realiza un tercero productor, mayorista, respecto de la obligación de entregar una mercancía por el comerciante al por menor, a su cliente.⁶⁹

Textualmente expresa Jordano Fraga: "Para que se trate de responsabilidad contractual del auxiliar, y, por tanto, del deudor, habrá de tratarse de la infracción de deberes de protección estrechamente conectados a la prestación y que nacen de la relación contractual misma según buena fe [...] Ejemplo de Larenz: rotura de la luna de un espejo por el auxiliar de un pintor al manipular negligentemente la escalera en el domicilio del cliente. Aquí se viola un deber accesorio de cuidado o protección, que nace, con arreglo a la buena fe, de la relación obligatoria principal, contrato de obra".⁷⁰

⁶⁸ Así, afirma Jordano Fraga (*La responsabilidad...*, cit.), son auxiliares del cumplimiento las entidades bancarias o empresas de transporte que se utilizan para realizar el pago (p. 564, nota 265).

⁶⁹ Jordano Fraga ubica al caso del ejemplo como "actividad de un tercero que es simple presupuesto del propio cumplimiento y no, por tanto, auxiliar" (ob. cit., p. 564).

⁷⁰ JORDANO FRAGA, ob. cit., p. 566, nota 269.



Badosa expresa que se “crea una relación nueva, de carácter obligacional, que origina una acción directa del acreedor contra el auxiliar tercero, a la que se aplica la regulación jurídica propia del deudor principal”.⁷¹ También Carrasco alude a que la responsabilidad directa y personal del auxiliar frente al acreedor es de índole contractual⁷² y no nos estamos refiriendo, claro está, a los casos en que “el colaborador se obliga frente al acreedor” de manera personal, o cuando actúa en función representativa, en nombre y por cuenta del principal.⁷³

3. Los casos de mala praxis médica

Este terna ha servido, sin lugar a dudas, para ventilar criterios y teorías que en alguna medida estaban descuidados.⁷⁴ Es lo que ha ocurrido con el distinguo entre obligaciones de medio y de resultado⁷⁵ y también con el debate acerca de la naturaleza jurídica de la relación del médico designado por el sanatorio para atender a la paciente, médico-dependiente (jurídica y no técnicamente) que realiza un acto de mala praxis: ¿su responsabilidad es contractual o extracontractual?⁷⁶

El médico no ha contratado con la paciente, que lo ha hecho con el sanatorio; presta el servicio como colaborador del instituto médico y, por esa vía, cumple o incumple la relación contractual. Nosotros, hace veinte años, en nuestra obra sobre el tema, nos manifestamos a favor de una responsabilidad contractual, invocando distintas razones.⁷⁷ Hoy nos ratificamos en esa postura.

Nuestra observación acerca de lo extraño y forzado que significa que a partir de un mismo hecho dañoso –derivado de la conducta de cumpli-

⁷¹ BADOSA, ob. cit., pp. 798 y ss.

⁷² CARRASCO, ob. cit., p. 443.

⁷³ Supuestos de responsabilidad indudables. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor...*, cit., pp. 609 y ss.

⁷⁴ Es lo que acontece con el distinguo entre “obligaciones de medio y de resultado”, que nació, entre nosotros, orientado a la tutela del quehacer médico, de la mano de Alsina Atienza, en la década de los ‘50.

⁷⁵ Se recurre a esa distinción teórica como un “escudo de protección”. Así también ocurrió con el “contrato a favor de tercero”, del art. 504, Cód. Civ. El supuesto “tercero”, el paciente, no se vuelve meramente acreedor de un “beneficio”, sino que es “parte” en un paquete de derechos y deberes que se originan en el acuerdo con el sanatorio o la clínica.

⁷⁶ Es la pregunta que se formula Elena Highton en *Responsabilidad médica...*, cit. Son sus conclusiones, que compartimos: “1. El Derecho debe dar una respuesta global y coherente a una cuestión única. 2. La equiparación responsabilidad contractual = contrato y responsabilidad extracontractual = falta de contrato es falsa. 3. La clasificación de la responsabilidad se basa en la existencia o no de una relación jurídica previa, de manera que la de tipo contractual se aplica cuando se produce el incumplimiento de una obligación preexistente y la extracontractual cuando esta obligación anterior no existe...”.

⁷⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad civil del médico*, Astrea, Buenos Aires, 1979.

miento del auxiliar o colaborador– se produzca en favor del acreedor contractual un “concurso de acciones de responsabilidad”⁷⁸ de “distinta naturaleza”, contra distintos sujetos responsables, no escapó a la sagacidad de Guillermo Borda, en tema de mala praxis médica.

El distinguido jurista capitalino se pregunta “cómo sería posible juzgar a la luz de distintos principios y disímiles reglas jurídicas una responsabilidad idéntica”. Es la misma pregunta que nos formulamos. Empero, la respuesta es distinta: Borda prioriza lo extracontractual⁷⁹, con base en las excepciones –al acuerdo–, que juzga numerosas,⁸⁰ y atendiendo a que la actividad médica se encuentra reglada por la legislación vigente y que innúmeras obligaciones provienen de ella”.⁸¹

Concluimos afirmando que el ejemplo de la mala praxis nos ha servido, por sobre todo, para demostrar que el temor al contrato es real y no imaginario y de ahí que se quiera huir de él y encaminar las situaciones hacia los ilícitos extracontractuales.

IV. El camino al contrato. Los ámbitos pre y contractual

El camino al contrato, llegar o no al acuerdo obligatorio –en particular en los negocios complejos que requieren tratativas extensas– ¿es libre o regulado? ¿Se puede entrar y salir sin responsabilidad de tales tratativas? Los acuerdos parciales que se puedan ir concretando ¿crean deberes exigibles?

La tendencia del Derecho en más de un siglo, desde 1860 hasta 1980,⁸² parece orientarse claramente hacia la consagración de una responsabilidad precontractual o *in contrahendo*, camino al contrato,⁸³ como una con-

⁷⁸ La expresión es de Jordano Fraga (*La responsabilidad del deudor...*, cit., p. 611), quien se inclina decididamente, según lo hemos recordado, por la distinta naturaleza de ambas responsabilidades.

⁷⁹ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, y en *Problemas de la culpa contractual*, en L. L. y en la publicación de la Federación Médica de Entre Ríos, *Seminario sobre responsabilidad profesional médica*, abril de 1980.

⁸⁰ Tampoco nos parece que sea así; las excepciones son, en nuestro parecer, contadísimas. La verdadera razón, como el mismo jurista lo reconoce, es la tutela de los médicos, pues a su juicio la ubicación contractual “traería enormes perjuicios para el galeno”.

⁸¹ La abundancia de regulación, con base en el orden público de dirección y de tutela, es característica de la “contratación actual” y no por ello el contrato pierde su categoría o condición de tal (LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997. t. I, p. 378).

⁸² IHERING, Rudolf von, *De la faute “in contrahendo” ou des dommages-interêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, en *Ouvres choisies*, I, París, 1893, trad. del alemán, publ. en versión original, por primera vez en 1860. MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, cit., pp. 420 y ss.

⁸³ Un verdadero hito en la evolución de la doctrina lo constituye la obra de FAGGELLA, G., *Dei periodi precontrattuali...*, Napoli, 1906. Empero, el debate sobre la extensión del período perdura: si esa responsabilidad puede surgir desde las primeras tratativas o sólo desde un momento posterior, cuando ellas se encuentran avanzadas, como ocurre a partir de la oferta. En este último sentido se expresan los MAZEAUD, *Tratado...*, I-I, p. 165.

secuencia de la buena fe negocial que debe presidir la vida de relación, las tratativas, y en particular cuando de ellas se desprenden expectativas que luego aparecen frustradas.⁸⁴ El apartamiento intempestivo, violento o abrupto, antes o después de la oferta, acarrea consecuencias en orden a los daños causados.⁸⁵ La doctrina ha construido “jalones o hitos negociales”, camino al contrato, en la formación progresiva del consentimiento: a partir de las “cartas de presentación”, de las “cartas de intención”, de las “minutas” y de los acuerdos preliminares o precontratos.⁸⁶

Y también ubica en esta zona, previa al contrato, con efectos jurídicos, al “contrato nulo” o a aquel posteriormente anulado, que deja de producir los efectos propios para desencadenar los de un “enriquecimiento incausado” (art. 1052), obligando a las “partes” a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido.⁸⁷

Esta tendencia centenaria hacia la responsabilidad precontractual, ¿permanece o aparece contradicha o revertida, con base en una tendencia opuesta que proclama la irresponsabilidad camino al contrato?

Nuestra particular visión, en la hora presente, enfatiza la fuerza expansiva del *common law* americano –vigente en los Estados Unidos– y, como una consecuencia de ella, la “libertad” para “salir” del contrato –indemnizando daños causados– y, así mismo, la libertad para entrar o no en el contrato.

Es también la fuerza del “orden espontáneo” del mercado, enemigo de regulaciones y restricciones, inclinado a favorecer las tratativas que marginan las consecuencias jurídicas, al menos hasta que las mismas se encuentran cerradas.

“Los jueces ingleses –y también los americanos– expresan poco entusiasmo a la hora de reconocer la existencia de una obligación de continuar las

⁸⁴ ALBERICI, J., *Il dovere precontrattuale di buona fede*, en *Rass. Dir. Civ.*, 1982. pp. 1091 y ss., BENATTI, G., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963. LOBATO DE BLAS, *Concepto de tratos preliminares*, R. G. L. J., 1976, pp. 541 y ss.; VISINTINI, Giovanna, *La reticenza nella formazione del contratti*, Cedam, Padova, 1972.

⁸⁵ ASUA GONZÁLEZ, Clara I., *La culpa “in contrahendo” (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1990. La autora concluye afirmando que estos análisis de la responsabilidad precontractual “han llevado a la aceptación de la posibilidad de configurar conductas ilícitas en un estado del que se venía predicando, como principio casi general, una absoluta libertad de actuación”. Y agrega que “ello implica incidir en la exigencia de una mayor consideración para los intereses de la parte con la que se establecen negociaciones...”

⁸⁶ BREBBIA, Roberto H., *Responsabilidad precontractual*, La Rocca, Buenos Aires, 1987; STIGLITZ, Rubén S., y STIGLITZ, Gabriel A., *Responsabilidad precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

⁸⁷ BREBBIA, ob. cit.; ROSENDE ALVAREZ, H., *Responsabilidad precontractual*, Valparaíso, Chile, 1979.

negociaciones".⁸⁸ Otra cosa es admitir que se deben pagar las "ventajas" obtenidas de las tratativas –trabajos, estudios, etcétera–, pese al fracaso de las mismas, con base en el enriquecimiento sin causa. "Hay reticencia en reconocer la situación precontractual como fuente de las obligaciones".⁸⁹ "El que hace una oferta es, en principio, libre de cambiar de idea y de retractar su oferta".

Se plantea la libertad de contratar en su aspecto negativo, "libertad de no contratar", pese a haber entrado en conversaciones dirigidas a la celebración de un contrato. No olvidemos, por lo demás, que la "responsabilidad precontractual" apunta, como todo supuesto de responsabilidad, a una tutela o protección en las "relaciones de alteridad" para evitar sorpresas, desinformaciones⁹⁰, desplantes, así como medidas para garantizar la voluntariedad del acto negocial, el obrar con libertad y no con base a constreñimientos⁹¹; la libre elección.

El acento está puesto, una y otra vez, en la "información", en los deberes de información acerca de cada uno de los pasos de la relación de "tratan-tes", el *renseignement* de los franceses: informar sobre las aptitudes negociales, la experiencia, las obras realizadas, la presencia en el mercado, luego sobre las pretensiones, las expectativas, la aptitud para satisfacerlas, y, durante las negociaciones, sobre cada uno de los pasos que se van dando, por una y otra parte. No olvidemos que éste es el tiempo de las comunicaciones, fáciles, sencillas y rápidas. Hoy no sería posible la ocurrencia –al menos para personas inteligentes– del supuesto que motivó la investigación de Ihering: un error en la interpretación de un signo relativo a la cantidad de mercadería pedida.

Empero, insistimos en que sólo desde una visión muy simplista –que considere la información como provechosa para ambas partes en la negociación– puede concluirse que el tema es pacífico y que todos –proveedores y consumidores, para decirlo de alguna manera– integran el coro de los partidarios de "hacerlo saber todo", ser explícito, comunicativo, civilizado, generoso en ocasiones...⁹².

⁸⁸ RUDDEN, B., *Rapport anglais*, en *Le contrat aujourd'hui*, cit., p. 135.

⁸⁹ "En caso de ruptura de los *pourpals* sólo una acción *in tort* podría ser intentada" (sostenido en la obra colectiva cit. en nota 10, p. 166).

⁹⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La difusa separación entre lo precontractual y lo contractual. Los riesgos de la negociación informal*, nota a fallo en L. L. Litoral, enero de 1998, pp. 44 y ss.

⁹¹ LORENZETTI, Ricardo, *Contratos y deberes secundarios de conducta. La libre elección*, en L.L. del 11-3-98, pp. 1 y ss.

⁹² En el derecho comparado, el *common law* prioriza los aspectos económicos del negocio sobre los denominados "aspectos morales" y de ahí que –según se sostiene en la obra de Tallon y Harris, pp. 190 y ss.– dicho deber se desconozca o sólo se admita en medida mínima, salvo para los contratos *uberrimae fidei*, como el seguro.

Informar suele ser costoso, requiere tiempo y disposición para hacerlo, a veces elementos adecuados, canales de comunicación. Informar no siempre es inofensivo frente a la competencia, a las demás personas (físicas o jurídicas) que explotan el mismo rubro. Puede resultar peligroso o gravoso. Informar es revelar secretos, fórmulas, diseños, modelos, armados, técnicas o estrategias; en ocasiones poner en descubierto vicios o debilidades.⁹³

De ahí que Ghestin pueda decir, para Francia, que se observa la ausencia de una tendencia actual en orden al deber de informar, y que *de lege ferenda* se considere una cuestión de “política legislativa” que debe atender al punto de vista económico”.⁹⁴

Tenemos muy presente el debate sobre la información en las relaciones médico-paciente: los partidarios y los enemigos de que el médico ilustre al enfermo. Los que lo consideran un “necesitado inexperto” y los que lo juzgan como el “soberano de la relación”, capaz de autodeterminarse.⁹⁵

V. Lo que viene después de la extinción. Contratos agotados o extinguidos por medios anormales y responsabilidad poscontractual

Como la precontractual, esta responsabilidad se ubica fuera del contrato, lateral al mismo, luego de su extinción.

Es oportuno el ejemplo de los Mazeaud, que buena parte de la doctrina repite: “El ingeniero que rodeado de la confianza de un industrial, su antiguo patrón, ha sido puesto al corriente, por él, de todos los secretos de fabricación y que entra al servicio de un competidor directo”. La responsabilidad nace si este ingeniero, violando los deberes de la buena fe que imponen secreto, reserva, discreción, hace conocer esos secretos en beneficio del competidor y en detrimento de su anterior empleador; parece, dicen los autores franceses recordados, “que debe ser condenado a abonar daños y perjuicios, aun cuando el contrato expirado no restringiera explícitamente su libertad”.⁹⁶

⁹³ Es muy interesante el capítulo que María Luiza de Saboia Campos dedica al tema en su obra *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*, Editora Cultural Paulista, Sao Paulo, 1996.

⁹⁴ Jacques Ghestin, en TALLON y HARRIS, *Le contrat aujourd'hui...*, cit., p. 194.

⁹⁵ CASTAÑO DE RESTREPO, M.P., *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*, Temis, Bogotá, 1997; LOI, M. y TESSITORE, L., *Buona fide e responsabilità precontrattuale*, Milán, 1975.

⁹⁶ MAZEAUD, ob. cit., t. I-I, p. 170; MENEZES CORDEIRO. A., *Da pos-eficácia das obrigações*, en *Direito e Justiça*, Lisboa, 1986.

El caso recordado puede extenderse a numerosas actividades, como las del personal doméstico (mucamo, valet, ama de llaves) o bien de un secretario o empleado de escritorio, que en virtud de su actividad entra en conocimiento de aspectos técnicos, científicos, profesionales o íntimos, cuya revelación es dañosa para quien fuera el principal en la relación de trabajo. La revelación por el médico de François Mitterrand de sus dolencias es un caso patético.

No se trata ya de la "información", como en la etapa precontractual, sino de la discreción, del secreto, de guardar en reserva lo conocido, en virtud, con motivo o en ocasión de la relación extinguida. Son deberes secundarios que emergen de la buena fe lealtad, probidad, para esta etapa poscontractual. Obviamente, estos deberes se particularizan o concretan "caso por caso", atendiendo a las circunstancias y a la especificidad de las situaciones.

Las "situaciones poscontractuales", en el *common law*, se amplían con los supuestos de imposibilidad debida a caso fortuito, con los de frustración y otros que para el Derecho continental son, pese al fracaso negocial, siempre contractuales.

No creemos, para terminar, que la interpretación económica origine alteraciones en las soluciones tradicionales, poscontractuales, por violación de deberes. Está de por medio, en buena medida, la lealtad en la competencia, la lucha por el mercado, que puede verse alterada por los "infidentes": informantes abusivos, desleales.