

## La Autonomía Privada, una reflexión analítica

The Private Autonomy, analytical reflection

Jaime Company

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas,  
Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

[jaime.company@comunidad.unne.edu.ar](mailto:jaime.company@comunidad.unne.edu.ar)

Orcid <https://orcid.org/0000-0002-7186-6392>

Doctor en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias  
Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste  
Profesor por concurso en Derecho de los Contratos,  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas,  
Universidad Nacional del Nordeste

Recepción: 31 de marzo de 2025

Aceptación: 30 de mayo de 2025

### Resumen

El texto tiene por objeto una reconstrucción conceptual de la autonomía privada, distinguiendo la misma de la libertad de contratación y de la autonomía de la voluntad, en el entendimiento de que tal disgregación, coadyuva a una más refinada construcción jurídica en derredor del derecho contractual.

**Palabras claves:** Contrato, Dogmática, Constitucionalización.

### Abstract

The purpose of the text is to formulate a conceptual reconstruction of private autonomy, distinguishing it from the freedom of contract and the autonomy of the will, on the understanding that such conceptual disintegration contributes to a more refined interpretation of contractual cases.

**Keywords:** Contract, Dogmatic, Constitutionalization.

## 1. Introducción

La idea subyacente en la distinción objeto del texto, se encuentra en una particular perspectiva epistemológica y práctica, en sintonía con el diseño del sistema normativo de derecho privado argentino (conf. arts. 1, 2 y 3, CCC), en dónde se exige al último intérprete del negocio jurídico (juez), un esfuerzo argumentativo que si bien tiene sus bases en las estructuras dogmáticas, herederas de la pandectística alemana y del pensamiento racionalista, sistemático, lógico/abstracto, con peso en la tradición, dicha labor reflexiva y operativa de los jueces en particular, y de los juristas y prácticos del derecho en general, actualmente, en nuestra cultura jurídica, se ve exorbitada ante la necesidad de un esfuerzo argumentativo de naturaleza práctica, susceptible de ponderar prudencialmente los intereses en conflicto.

## 2. La Autonomía Privada

Desde la esfera de la autonomía privada, se expone como principal proposición, la referida a que el contrato constituye un particular procedimiento de producción normativa.

Correctamente ha sostenido Luigi Ferri (1969), que “supuesto de hecho” y “fuente normativa” no son términos que se excluyan, y así, el negocio jurídico puede muy bien ser (y es) un acto regulado por el derecho, y contener a su vez derecho, apareciendo, así como acto o como norma según el ángulo desde el que se lo considere (p. 23). También puede ser considerada correcta otra tesis de Ferri, referida a que el negocio jurídico (del cual el contrato es una especie), “es, ante todo, el resultado del ejercicio de un poder o de una potestad<sup>1</sup>. Y la autonomía privada se identifica con este poder o potestad” (Ferri, p. 43).

Ahora bien, dicho poder, exponía Ferri, se corresponde con los individuos, pero no con cada individuo en particular, sino con los individuos indeterminadamente, es decir, no hay tantas autonomías privadas como individuos, sino una única autonomía privada (Ferri, p. 100). Esta idea denota la esfera social desde la cual se mira al negocio jurídico en términos de *autonomía privada*. Directamente relacionada, se encuentra la idea esbozada más adelante, de que la autonomía privada se proyecta en el contrato, como fenómeno externo o exógeno, diferencia sustancial con la *libertad de contratación*.

1. Como podrá apreciarse, me distancio así de la posición de Betti, quien sostuviera: “La competencia para crear normas jurídicas que se atribuye a la autonomía en la primera función, viene a otorgar a quien está investido de ella la posición constitucional de órgano con poderes normativos en el ámbito del orden jurídico que la reconoce. No es éste el caso de la autonomía privada. En la medida en que se la reconoce por el orden jurídico, ésta no es llamada a crear, ni siquiera a integrar, ninguna norma jurídica, sino a hacer surgir la hipótesis de hecho de una norma ya existente, dando vida, entre individuo e individuo, a la relación jurídica que la norma dispone. solo en este sentido puede considerarse atribuida a los particulares, por el orden jurídico, una competencia dispositiva y no en el que se delegue en ellos una parte de la competencia normativa” (Betti, 2018, p. 81).

Así, el producto o resultado de este poder (autonomía) de los particulares, al *ser* una norma, posee un carácter vinculante reconocido por el ordenamiento jurídico (art. 959, CCC), sintetizado en el principio *pacta sunt servanda*, teniendo como epicentro la *voluntad*, pero, analizada desde la perspectiva de cada una de las partes del contrato, en tanto *conciencia*, distante de la mirada del contrato como acción comunicativa en tanto conocimiento y querer.

El *poder* de producción de normas particulares, se encuentra delineado en el sistema normativo contractual, en el discernimiento, los requisitos de forma, los presupuestos y el procedimiento de formación del consentimiento (oferta/aceptación), recaudos necesarios de fuente heterónoma para la *validez* del negocio.

Para evitar confusiones en relación con la identificación de la dimensión del negocio en donde se proyecta este *poder jurigenético* (autonomía privada), y así, deslindarlo (diferenciarlo), de la noción de “libertad de contratación”, bastaría, en términos de taxonomía, distinguir, siguiendo a Messineo (1986), los elementos que constituyen el contenido (o la sustancia) del contrato, tales como la causa, el motivo, los elementos accidentales, etcétera, por una parte, y los elementos formales, en donde aparecen el consentimiento y la forma, sumándose a éstos últimos, ciertos elementos extrínsecos del negocio, identificados como presupuestos, en particular, la capacidad y la legitimación para contratar, por otra.

Es entonces en los elementos formales, en la capacidad y en la legitimación para contratar, en donde se asienta (y se regula heterónomamente) el *poder* de los particulares para producir este particular tipo de norma individual.

En rigor de verdad, todos los vicios estructurales constituyen supuestos de lo que Cariota Ferrara denominara “disconformidad jurídica” (Cariota Ferrara, 2019), es decir, una contrariedad entre los mandatos del legislador, para la confección de un contrato válido, y la realidad acontecida; pero, nótese bien, la distinción que se propugna aquí, se encuentra a su vez, dentro de la instancia del *iter contractus* y de su formación (faz estructural), en tanto fenómenos externos al negocio por un lado, y aquellos internos al mismo (contenido o reglamento contractual), por otro.

En tal sentido, por motivos de delimitación discursiva, sólo me detendré en el elemento molecular que integra la noción de *consentimiento*, la *voluntad*, la cual es captada sólo en lo referido al discernimiento (y consecuentemente, a la conciencia negocial, a la capacidad). Compartiendo la tesis de Tobías (2018, p. 263), el error, el dolo y la intimidación, son vicios de la voluntad, en tanto que la ausencia de discernimiento -defecto del acto que acarrea la involuntariedad-, no es consecuencia de un “vicio”, sino de la ausencia de una determinada aptitud en la persona. Es decir, la restricción de capacidad o incapacidad constituyen una “*situación jurídica*” de la persona, presupuesto de cualquier contrato que la misma pueda realizar, conformando un óbice general para la contratación, en tanto que

el error por culpa o dolo (error provocado) y la violencia o intimidación (los cuales afectan la intención y la libertad, en tanto elementos internos de la voluntad), son “conductas” que deben ser apreciadas y valoradas conforme al negocio jurídico en particular, estudio que escapa al marco formal propio de la autonomía privada, *poder*, pero que, sin embargo, también son captadas en la instancia genética o estructural del negocio.

Como se podrá inferir, todo lo atinente a interpretación de los elementos que componen este particular *poder* y su proceso de formación (léase “producción”) del reglamento contractual, en tanto recaudos formales del negocio, conforman una “cuestión de hecho”, objeto de control eminentemente formal, que a diferencia de los demás elementos estructurales del negocio, deben ser analizados teniendo como centro de atención a “la” parte, en tanto su ser, mismidad y personalidad, separada de la lectura relacional, de acción comunicativa, propia de los contratos en general.

Así, volviendo sobre la restricción de la capacidad, piénsese en un contrato realizado por una persona en esa situación jurídica, luego de la inscripción de la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas, contrariando lo dispuesto en tal sentencia en dónde se le prohíbe, por ejemplo, celebrar actos de disposición, constatándose luego la realización del acto contrario a la prohibición, pasada la inscripción, debe decretarse su nulidad (conf. art. 44, CCC); o, con mayor complejidad, piénsese en que el contrato ha sido celebrado por una persona incapaz o con capacidad restringida, pero antes de la inscripción de la sentencia, cuestión prevista en la disposición del art. 45, CCC. Y qué decir del contrato involuntario por falta de discernimiento, de menores que no han cumplido los trece años (art. 261, inc. c), CCC), salvo, claro está, los contratos de escasa cuantía, celebrados por algún hijo menor, los cuales se presumen realizados con la conformidad de los progenitores (art. 684, CCC), en donde, nuevamente, son “cuestiones de hecho” aquellas a verificar por los operadores jurídicos.

En otro orden de cosas, piénsese en el proceso de formación del consentimiento, mediante los términos oferta-aceptación (arts. 971 y ss., CCC). El legislador opta por la teoría de la recepción de la aceptación o la *facta concludentia*, para tener por concretado el acuerdo; asimismo, prevé los recaudos que deben existir para considerar que nos encontramos ante una oferta vinculante, y ante una aceptación (ambas manifestaciones unilaterales de voluntad, actos pre-negociales, complejos), como, así también, distingue los contratos entre presentes y entre ausentes, e incluso nos brinda una noción de cuándo se entiende por recibida la manifestación de voluntad (art. 983, Cód. Civ. y Com.). En tanto que, en los contratos de consumo, se prevé todo lo relativos a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia (arts. 1104 a 1116, Cód. Civ. y Com.). Nuevamente, repárese, la técnica del intérprete será eminentemente de subsunción, y la interpretación tendrá por objeto cuestiones fácticas.

Y qué decir de “la forma impuesta”, su respeto y prueba, en dónde el operador jurídico deberá ajustarse a las prescripciones del legislador en tal sentido<sup>2</sup>, so pretexto de encontrarse ante un contrato claudicante, o ante un contrato distinto al suscripto, en el que las partes en rigor de verdad se han obligado a cumplir con la formalidad, o en dónde se encontraran con una complejidad indeseable en materia probatoria (conf. arts. 285, 969, 1015, 1016, 1017, 1019, 1020, 1552 y una larga serie de etcétera, del CCC). Nuevamente, será una cuestión de hecho, y de subsunción en cabeza del intérprete del negocio, en el marco de normas, en su gran mayoría, indisponible y heterónomo.

Si el análisis es correcto, este encuadre por antonomasia dogmático de los institutos de derecho contractual, bases del procedimiento de formación del contrato, ubicaría la cuestión *sub examine*, una vez arribado en términos de conflicto contractual a la magistratura, en el marco de la distinción formulada por Taruffo (2011), entre razonamiento decisorio y justificativo, principalmente en el dominio del primer tipo de razonamiento, puesto que al fundarse en institutos o elementos de carácter heterónomos, previstos en el sistema normativo, el juzgador podrá descansar en las razones del legislador, reduciéndose todo a una cuestión de prueba de la existencia de las propiedades seleccionadas, para la subsunción del caso en la norma.

Naturalmente, con estas estas proposiciones con pretensión de validez, no se busca agotar todas las variables, sino elaborar un modelo interpretativo, abstracto y genérico, para el operador jurídico, sobre una construcción de reglas, las cuales, claro está, tienen excepciones.

En esta dimensión eminentemente dogmática del negocio jurídico, es decir, en el estudio de sus contornos o elementos exógenos, aparecerán soluciones sencillas, como la nulidad total del negocio, derivada de no haberse celebrado una donación de un bien inmueble por escritura pública (conf. art. 1552, Cód. Civ. y Com.), o la nulidad parcial de un contrato de locación de un inmueble por un plazo de diez años, celebrado por un mandatario (conf. art. 375, inc. k), Cód. Civ. y Com.), pero, también aparecerán situaciones que exijan al decisor un razonamiento justificativo.

En tal contexto, se pueden identificar, *a priori*, al menos dos conjuntos genéricos de casos, en los que aparecerá la necesidad de argumentos de justificación en esta esfera dogmática del contrato, uno referido a problemáticas de conflictos de lecturas sistémicas, otro, al tradicional problema de la ambigüedad y vaguedad del lenguaje normativo.

2. La heteronomía en materia de conformación de estos elementos exógenos descriptos, no excluye la existencia de supuestos de excepción. Piénsese, por ejemplo, en materia de forma impuesta, el permiso del legislador, referido a que las partes pueden utilizar la forma que estimen más conveniente, aunque, con el límite de que pueden convenir una forma más exigente, y no menos exigente, puesto que se enfrentarían a disposiciones indisponibles, tomando en tal caso claudicante el negocio.

Como ejemplo de la primera problemática, recuérdese la tradicional disputa en relación con la naturaleza del boleto de compraventa, en adquisición de inmuebles; en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Bahía Blanca, en el año 2015, Comisión N° 4 (Contratos. Formación progresiva del contrato: Tratativas y pactos preliminares), se determinó por unanimidad que el boleto de compraventa inmobiliaria no se trata de un contrato preliminar (punto 6.2, *in fine*), afirmación que se deducía de existir en los mismos, presuntamente, los elementos esenciales particulares del negocio, tesis que, desde una lectura sistemática normativa, parecería contradecir las disposiciones de los artículos 285, 1017, inc. a) y 1018, CCC, y por tanto no sería correcta.

Con relación a la segunda problemática, piénsese en supuestos como las expresiones “tratamientos invasivos”, referida a decisiones de los adolescentes (art. 26, CCC), en materia de capacidad, “ésta la conoce o debió conocerla”, como instancia de recepción de la manifestación de voluntad, y por tanto, de perfeccionamiento de la oferta o de la aceptación (art. 983, CCC), “circunstancia imprevista y urgente”, como legitimación para petitionar la restitución anticipada en materia de comodato, o la “necesidad imperiosa” como supuesto de contratación de depósito necesario (art. 1368, CCC). En el marco de esta segunda problemática, puede apreciarse de manera nítida, aún en un entorno de análisis eminentemente dogmático / normativo, conforme nos enseñara Bulygin, la contribución relevante de los jueces en la creación de derecho, mediante formulación de definiciones de los conceptos jurídicos (Bulygin, 2021), solucionando supuestos de lagunas de reconocimiento.

Naturalmente, ambas problemáticas no son propias del estudio de los elementos exógenos o formales del negocio, sino que son compartidas en instancia de control de contenido, con lo cual, en este punto se diluiría el valor práctico de la distinción propuesta.

Piénsese, desde la problemática de lectura sistémica, por ejemplo, en materia de elementos naturales de contratos onerosos, v.gr., la evicción y los vicios ocultos, o la lesión o imprevisión, en lo referido a la viabilidad o no de la “renuncia”, cuestión arduamente discutida en doctrina y jurisprudencia. Por otra parte, en relación a la delimitación o significación del lenguaje normativo, propio del reglamento contractual, puede traerse a colación un reciente fallo del máximo tribunal de Mendoza, Sala I, en autos “Cabrera, Jorge Luis c. Cía. de Seguros La Mercantil Andina S.A. p/ Proceso de consumo s/ Recurso extraordinario provincial”, sentencia de fecha 26/09/2024, en dónde se rechazara la defensa de exclusión de cobertura por “culpa grave” del asegurado, en el caso del robo de su vehículo, cambiándose los criterios tradicionales y precedentes en la apreciación de la culpa grave en tales casos, dado que en esta oportunidad, el asegurado, era una persona adulta mayor, había dejado su auto con las llaves puestas unos minutos para bajar a

la panadería, y en ese intervalo de tiempo, le habían hurtado el vehículo. Para decidir a favor del cumplimiento de contrato (y la consecuente no configuración de culpa grave), la SCJM identificó la edad del asegurado, haciendo operativos los tratados internacionales, y considerando caritativamente las circunstancias (barrio tranquilo, persona que se formó en otra época y con otros cánones de valores, demora breve en bajar del vehículo, entre otras circunstancias). El fallo luce muy discutible, y en tensión con la seguridad jurídica, pero, lo cierto es que denota esto de la creación del derecho por parte de los jueces.

Entonces, en los dos grupos de problemáticas referidos, se destaca el elemento *valorativo* y de justificación, y, por tanto, en materia de análisis de los elementos formales, esta perspectiva justificativa y de razonamiento práctica, en general contingente en la esfera de la autonomía privada, pasa a naturalizarse.

### 3. Libertad de contratación

La *libertad de contratación* podría encontrar su síntesis en un elemento de naturaleza deóntica, la *facultad o permiso* con bases en el ordenamiento jurídico, otorgados a los particulares para la celebración y diseño de sus contratos.

El valor práctico por excelencia de la distinción teórica propuesta, entre autonomía privada y libertad de contratación, reside en que, en la primera, el control y la interpretación en cabeza del operador jurídico es por antonomasia, de orden *formal*, teniendo por objeto “hechos”, en tanto que tales operaciones en el marco de esta libertad de contratación, se perfilan hacia la dimensión “material”, teniendo por objeto inmediato, derechos.

La libertad de contratación, ha sido suficientemente captada por el legislador de la Ley 26.994, en la norma del artículo 958, CCC, en sus tres pilares conceptuales.

Así, en la primera parte de la norma señalada, se encuentra la libertad de contratar, de elegir hacerlo o no, con quién y cuándo celebrar contratos, en la segunda parte, la libertad de configuración o de diseño del contenido autónomo del negocio, y, finalmente, en la tercera parte, los límites a la libertad de configuración del contenido, encontrándose éstos en la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Repárese que esta norma ha sido modificada por el DNU 70/2023, erradicándose a la moral y a las buenas costumbres como límite de la *facultad* de contratar. Esto último, constituye una incorrecta técnica de producción normativa, en razón de los valores y principios, y de la constitucionalización del derecho privado, contemplados en las disposiciones de los artículos 1, 2 y 3, CCC,

luciendo así la reforma inútil y a-sistémica, en función de esta suerte de negación de la moral y buenas costumbres<sup>3</sup>, como nociones integrativas de nuestro sistema jurídico<sup>4</sup>.

Verosíblemente ha destacado Horacio Rosatti, que la dinámica del capitalismo y sus “efectos no queridos” de concentración económica y desigualdad social han incidido sobre las tres exteriorizaciones típicas del concepto clásico de contrato (léase de libertad de contratación), así, en lo referido a la libertad de elegir el cocontratante, pues en la realidad cotidiana celebramos contratos sin poder elegir (ni siquiera optar), como en el caso de los servicios públicos monopólicos, en la libertad de celebrar el contrato, lo cual conlleva la libertad de no celebrarlo, pues también es comprobable la escasa capacidad de resistencia que podemos ofrecer frente a situaciones en las que “el mal menor” es suscribir un contrato o mantenerse ligado a una relación contractual previa, propios del mercado cautivo, y la libertad de determinar el contenido del contrato, pues actualmente los contratos por adhesión, aquellos de “lo tomas o lo dejas”, son la regla y los llamados paritarios la excepción (Rosatti, 2017, p. 565).

En el contexto señalado, el legislador también ha sabido captar estos fenómenos, no sólo con la incorporación antes referida de los contratos celebrados por adhesión y los de consumo, sino también mediante la incorporación de normas de sustancial relevancia, como ser la del artículo 11, CCC, que prevé el abuso de posición dominante, la del artículo 14, CCC, que prevé los derechos de incidencia colectiva, o la del artículo 240, CCC, que prevé límites al ejercicio de los derechos individuales respecto de los bienes de incidencia colectiva.

Para una captación conceptual de la libertad, parecería útil apelar a las enseñanzas de Tobías, formuladas dentro de desarrollos propios de la libertad en tanto elemento interno de la voluntad, comportando ésta, la posibilidad de celebrar un acto sin coacciones externas, es decir, el poder elegir espontáneamente entre varias determinaciones, pero, la ausencia de coacciones externas no significa una suerte de inmunidad contra las muchas presiones, necesidades e influencias a las que se está regularmente expuesto en el tráfico negocial (Tobías, 2018, p. 211). Adviértase el acercamiento de *sentido* de la voz *libertad*, aun teniendo distintas *referencias*, en este último caso señalado, en tanto elemento interno de la voluntad, con la libertad de contratación, considerada como autodeterminación de los sujetos para celebrar contratos y prever su contenido.

Resulta oportuno señalar que la autodeterminación, propia de esta libertad de contratación, no sólo crea partes del reglamento contractual, es decir, aquellos fragmentos propios

3. Para un estudio conceptual de estas nociones de moral y buenas costumbres, remito a mis desarrollos expuestos en el texto *¿Qué es el Derecho Contractual Constitucional? Una propuesta...* (Comany, 2004, cap. II).

4. Desde la esfera del derecho contractual, piénsese en particular, en las disposiciones de los artículos 279, 1004 y 1014, Cód. Civ. y Com., los cuales mantienen plena vigencia formal (y por supuesto, material).

de las normas autónomas, sino también, en una gran cantidad de casos, llega a crear el modelo de negocios, en razón del *numerus apertus* que se correlaciona a esta particular *facultad* de los individuos, cuestión también suficientemente captada en la disposición del artículo 970, CCC.

Ahora bien, esta libertad de contratación, diseñada en el artículo 958, CCC, parecería asentarse sobre un trípode normativo captado por el legislador de la Ley 26.994, constituido por las disposiciones de los artículos 962, CCC, que prevé, como regla, el carácter supletorio de las normas legales, a menos que de su modo de expresión, su contenido o su contexto, resulte su carácter indisponible; el artículo 960, CCC, que prevé facultades residuales y contingentes de los jueces<sup>5</sup>; y la integración del contrato, contemplada en la disposición del artículo 964, CCC, que suma, a las normas autónomas y heterónomas antes indicadas, como contenido del contrato, a los “usos y prácticas”.

Esta integración de normas autónomas y heterónomas en el reglamento contractual, debe ser meticulosamente revisada por el intérprete del negocio, para una correcta solución del caso<sup>6</sup>.

La simbiosis señalada denota un alejamiento (distinción), en términos metodológicos, del campo de referencia de la autonomía privada (aspectos formales del negocio), en donde priman las normas heterónomas.

Por otra parte, a diferencia del principio de autonomía de la voluntad, la facultad de configuración del contenido del contrato (art. 958, 2ª parte, CCC), posee una estructura fuertemente dogmática, encontrándose tutelada por el legislador en diversas *prohibiciones*, como aquellas vigentes en la disposición del artículo 279, CCC (“El objeto del

5. Norma modificada por el DNU 70/2023, suprimiendo la facultad de intervenir de oficio en cabeza de los jueces, cuando se afecta de modo manifiesto el orden público. Esta supresión, desde una perspectiva sistémica del ordenamiento, es susceptible de traer confusión, puesto que aparece contraria a la lógica del sistema normativo negocial; piénsese por ejemplo en materia de nulidades absolutas, la facultad de declaración de oficio por parte de los jueces (conf. art. 387, Cód. Civ. y Com.), sabiendo que en materia contractual, constituye práctica habitual la declaración de nulidades parciales (conf. art. 389, en concordancia con el principio de conservación, previsto en el artículo 1066, Cód. Civ. y Com.). Repárese, por ejemplo, en las cláusulas abusivas de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales y de consumo (conf. arts. 988, 989, 1119, 1122, Cód. Civ. y Com., y 37, Ley 24.240 y modif.), o en las situaciones jurídicas abusivas (art. 1120, Cód. Civ. y Com.), o, en las facultades de los jueces de reducir intereses (art. 771, Cód. Civ. y Com.), o de reducción de la cláusula penal (art. 794, 2º párrafo, Cód. Civ. y Com.), sólo por mencionar algunos supuestos de facultades de modificación del reglamento contractual, de oficio, por parte de los magistrados. Consecuentemente esta modificación del artículo 960, Cód. Civ. y Com., constituye un retroceso en términos de técnica legislativa, pero, reitero, sin potencia práctica.

6. Piénsese por ejemplo en aquellos casos resueltos por distintos tribunales en nuestro país, declarando la improcedencia del secuestro inmediato previsto en el artículo 39, Decreto-Ley 15.348/46 y Dec. 897/95, de Prenda con Registro, en particular en el fallo “HSBC Bank Argentina SA c. García, Dora Claudia s/ secuestro prendario”, de la CNCom., sala F, de fecha 23/8/2021, en el que bien han expuesto Aquino Britos y Aquino Viudes, que es erróneo sostener la invalidez de dicha cláusula, con bases en las nulidades del derecho común o consumeril, por ser pretendidamente una cláusula abusiva, siendo la solución normativa correcta, la inaplicabilidad del artículo 39 de referencia, con base en su tacha de inconstitucionalidad, cuando se tratare de relaciones jurídicas de consumo (Aquino Britos & Aquino Viudes, 2024).

acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana”), o en sentido similar en la norma del artículo 1004, CCC, o en causa, en la norma del artículo 1014, CCC, como así también, con la diversa imposición de *requisitos positivos* o mandatos (v.gr. art. 1003, 2ª parte, CCC).

En otro orden de cosas, resulta dable señalar que esta libertad de configuración si bien se encuentra coartada en materia de contratos celebrados por adhesión, en cabeza del adherente, restricción de “tómalo o déjalo”, no priva al legislador de resguardar a los adherentes ante cláusulas abusivas (conf. arts. 985 a 989, CCC).

Por otra parte en materia de consumo, si bien ya nos encontrábamos con una norma de contralor de licitud y de prevención de abusos en el diseño del plan prestacional en cabeza de los proveedores (artículo 37, Ley 24.240 y modif.), se encuentra en la disposición del artículo 1119, una regla general, “de oro”, en términos de control de contenido: “...es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor...”. También, en términos de libertad de contratar, en materia de consumo, se encuentra la norma del artículo 1099, CCC: “Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo”.

Por supuesto que esta libertad de contratación se ve reforzada desde la legislación especial, particularmente con las disposiciones del Decreto 274/19, de Lealtad Comercial, cuyo objeto es asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a información esencial sobre los productos y servicios comercializados en la República Argentina, a través de canales físicos o digitales, en interés de todos los participantes del mercado (conf. art. 1, Decr. 274/2019) y con la Ley de Defensa de la Competencia, Ley 27.442, tuitiva del interés económico general, buscando prevenir y sancionar las concentraciones económicas, los abusos de posición dominante y las conductas anti-competitivas en el mercado.

La tutela de esta *facultad* de los particulares, de contratar y delinear el contenido del negocio, es decir, la faz interna del contrato, se proyecta tanto en la instancia estructural del negocio a través del sistema de nulidades, como en la etapa funcional<sup>7</sup>, a través de las ineficacias funcionales (rescisión, revocación y resolución), apreciándose en esto último, otra diferencia relevante con la esfera de actuación de la autonomía privada, desplegándose

7. Naturalmente, la etapa funcional del negocio, escapa al proceso de formación, puesto que el mismo se detiene, expira, ante un contrato válido.

la necesidad de licitud y existencia de estos elementos durante toda la vida del negocio (piénsese en el artículo 1013, CCC, en materia de *causa*, y su posible aplicación extensiva a otros elementos relevantes del negocio).

#### 4. Autonomía de la voluntad

Noción abordada aquí ontológicamente como *principio*. Siguiendo a Aguiló Regla (2018), por “reglas” hay que entender un tipo de normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa, su aplicación por tanto, parece que puede reducirse a una pura cuestión de conocimiento, en tanto que los principios, son un tipo de pauta que establece un “deber ser”, pero no definen el caso genérico, motivo por el cual su aplicación no puede ser sólo una cuestión de conocimiento, sino que requiere de una deliberación práctica, encontrándose aquí la función de justificación<sup>8</sup> que cumplen los principios en relación con las reglas (p. 136). Consecuentemente, a los fines propuestos en este texto, se entenderá por principio, siguiendo a Alexy, la conocida fórmula de “mandatos de optimización”.

Este principio de autonomía de la voluntad, se encuentra elevado a jerarquía constitucional, encontrando su epicentro normativo en la cláusula del artículo 19, Const. Nac.

Para dimensionar la relevancia de este principio normativo, puede apelarse a las explicaciones de Pierluigi Chiassoni quien al formular una exposición sobre un positivista analítico de fuste, como lo fue Jeremy Bentham, expone, entiendo que acertadamente, que en cuanto a la dinámica de las normas, Bentham parece haber atribuido relevancia jurídica a una norma “natural”, *prejurídica* y *metajurídica*: la norma -o ley universal de libertad- según la cual: “todo lo que no está prohibido está permitido” que se encontrará en las teorías iuspositivistas del siglo XX con el nombre de “norma general exclusiva”, “norma general negativa” o “principio de prohibición” (2017, p. 116).

Conforme lo ha demostrado la historia del Siglo XX, un modelo liberal de derecho de los negocios, tampoco puede prescindir de una intervención mínima o subsidiaria del Estado, la cual tiene sus límites, como nos enseñara Santos Briz (1963), en los derechos fundamentales y en el principio de Estado de Derecho; y así, en este orden de cosas, le

8. Robert Alexy, con la profundidad reflexiva que lo ha caracterizado, distinguía, en el marco de la argumentación propia del discurso jurídico, entre justificación interna, en donde se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, y la justificación externa, cuyo objeto se encuentra en la corrección de aquellas premisas, pudiéndose clasificar éstas reglas de justificación externa en reglas: 1) de interpretación, 2) de la argumentación dogmática, 3) del uso de los precedentes, 4) de la argumentación práctica en general y 5) de la argumentación empírica, así como 6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos (ALEXY, 2014, ps. 213, 214, 222 y 223). Puede advertirse así que, al contrario de lo que pensaría un positivista excluyente de la moral en el derecho, la práctica interpretativa mandada por el Cód. Civ. y Com. (conf. art. 2), lejos de conllevar inseguridad jurídica, incorpora estos “mandatos de optimización” en la interpretación y aplicación del derecho.

asistiría razón a Nino (2021). cuando afirmaba la necesidad de distinguir entre el perfeccionismo, ajeno al liberalismo, y el paternalismo legítimo, entendiendo por tal a aquel que no está dirigido a imponer a los individuos ideales y planes de vida que ellos no aceptan, sino a ayudarlos, aun coactivamente, a satisfacer planes e ideales de vida libremente adoptados

El principio de autonomía negocial, se encuentra dentro de un principio de características más generales, como el “principio de autonomía personal”, el cual, siguiendo a Nino (2021, p. 167), sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, necesarios para la materialización de los planes de vida. Esta mirada, puede afirmarse, conecta al derecho de los negocios con la dignidad de la persona humana (art. 51, Cód. Civ. y Com.).

Como podrá advertirse, el estudio de este principio pone al intérprete de frente a la moral y a la política.

La perspectiva epistemológica señalada, conlleva una dificultad ínsita representada en la tensión entre derechos conmutativos y distributivos, y la necesidad de una intervención, en principio sólo subsidiaria del Estado en los negocios, recordando que del principio *pro homine*, y su función orientadora, se extrae el subprincipio *pro libertate*, que como bien explica Cassagne (2021, p. 98), se trata de un principio sustantivo que se dirige tanto al agente público (que dicta un acto administrativo) como al juez (que interpreta un principio, norma, o acto o contrato administrativo).

La relevancia operativa de la autonomía de la voluntad, entendida como *principio*, excede la función interpretativa, constituyendo una herramienta de *construcción jurídica*, en tanto combinación de muchas operaciones heterogéneas, creación de lagunas axiológicas, creación de jerarquías axiológicas, elaboración de normas no expresas, solución de antinomias, concreción de principios, ponderación de principios en conflicto, etcétera (Guastini, 2020).

Ahora bien, por cuestiones de extensión, en esta oportunidad se destaca la relevancia del principio de la autonomía de la voluntad, en la práctica negocial, desde su función de presunción de inconstitucionalidad ante restricciones a la libertad de contratar. Nótese así la necesaria (y profunda) interrelación entre libertad de contratar (facultad) y autonomía de la voluntad (principio).

La economía de mercado propia del sistema productivo capitalista, pos revoluciones industriales, en el marco de un entorno de desmaterialización de la riqueza y de crecimiento exponencial de los desarrollos tecnológicos y el entorno digital, nos permite apreciar un número relevante de casos en que la libertad de contratar, elegir con quién hacerlo y cuándo hacerlo, propia de la primera parte del artículo 958, CCC, encuentra serias restricciones. Sólo por reflexionar algunos ejemplos, piénsese en los consumidores cautivos, de

servicios públicos domiciliarios (v.gr. luz, agua, gas, etcétera), de los usuarios de concesionarios viales, turismo y tantos otros, de productos y servicios devenidos de los grandes monopolios, y una larga serie de etcéteras.

En relación con estas restricciones a la libertad de contratar, pesa sobre el Estado y sobre los partícipes fuertes del mercado (proveedores monopólicos), un supuesto de “presunción de inconstitucionalidad”, sobre leyes y/o actos administrativos que restrinjan esta esfera de libertad de los particulares, ensanchando el estándar de presunción de inconstitucionalidad, tan bien trabajado por Saggese (2024) en el marco de decisiones de la CJSN, circunscripto, en materia de igualdad, a los supuesto de discriminación, en tanto categorías sospechosas, y al ámbito de la libertad expresión.

Esta técnica tendría sus bases normativas en la cláusula del artículo 19, Const. Nac. y facilitaría tanto a legisladores, desde la función creativa de normas, como a los jueces, desde la función de revisión e interpretación, la identificación de leyes o actos administrativos inválidos, en el entendimiento de la complejidad que conlleva la temática.

Repárese que en el preámbulo de la Const. Nacional. se encuentra programada la acción del Estado, no sólo en sentido liberal, sino también social (“asegurar los beneficios de la libertad” y “promover el bienestar general”). Es más, bien ha destacado Dalla Vía, que la reforma de 1994 reforzó los principios del Estado social de Derecho, cuestión que se manifiesta especialmente en la redacción del artículo 75, en cuyos incisos se encuentra desarrollado el “núcleo ideológico” de la reforma, sobresaliendo el nuevo inc. 19, que contiene la llamada “cláusula del nuevo progreso” o del “progreso económico y social” en el que se consagran principios liminares como el “desarrollo humano” o el “crecimiento económico con justicia social” (Dalla Vía, 2014, p. 251). De todas maneras, no podría postergarse, *ab initio*, en el derecho de los negocios, el principio de autonomía de la voluntad, conforme se expusiera anteriormente.

Piénsese nuevamente en un ejemplo. Compárese los incisos a) y c) del artículo 4, Ley de Abastecimiento (Ley 20.680). El inc. a), se sanciona a quienes elevaren artificial o injustificadamente los precios en forma que no responda proporcionalmente a los aumentos de los costos, u obtuvieren ganancias abusivas; en tanto que el inc. c), sanciona a quienes acaparen materias primas o productos, o formaren existencias superiores a las necesarias, sean actos de naturaleza monopólica o no, para responder a los planes habituales de producción o demanda. Conforme lo expuesto precedentemente, el inc. a) no daría mayores problemas, puesto que se está sancionando una conducta marcadamente disvaliosa, reprochable, en cambio, el inc. c), parecería caer en la órbita de la presunción de inconstitucionalidad aquí propuesta.

Con lo dicho no se pretende sostener que la norma (art. 4, inc. c), Ley 20.680) fuera inconstitucional, sino que, entiéndase bien, pesa sobre los fundamentos de la misma una

“carga argumentativa”, puesto que se deben dar razones convincentes y suficientes, con pretensión de validez, en el marco de un Estado de Derecho Legal y Constitucional, que justifiquen la intromisión por parte del Estado en la libertad negocial, y consecuente, plan de vida, en el caso, del productor.

De todas maneras, existe una amplia gama de situaciones en dónde la autonomía de la voluntad, resulta determinante en el estudio y solución casos. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de demarcar, sobre sus bases, los contornos del “deber de información”, y hasta qué extremo un sujeto podría persuadir con la publicidad, sin traspasar los márgenes permitidos (implícitamente), a la luz de este principio general, por ejemplo a través de publicidad engañosa o subliminal; o piénsese cómo resolver una tensión entre principios, por ejemplo, entre la seguridad jurídica y la dignidad de la persona humana<sup>9</sup>, y una larguísima serie de etcéteras.

## 5. Conclusión

La exposición analítica de la *autodeterminación* en los contratos, y su disgregación en los tres significados elaborados, se corresponde con aquella afirmación de Ferrajoli, referida a que el universo del discurso de la dogmática jurídica, y de las teorías del derecho de corte normativista, al consistir en un universo a su vez lingüístico requiere como método de investigación específico el análisis del lenguaje legal (Ferrajoli, 2016); sin embargo, el estado actual de la ciencia jurídica contractual, lleva a sostener la corrección de aquellas palabras de Llamas Pombo (2002), referidas a que la vieja dualidad irreconciliable entre método dogmático y sociológico se debe contemplar hoy actualmente en términos dialécticos, para dar paso a una metodología integralista que hoy prevalece en Derecho Civil, susceptible de valorar el momento especulativo y el práctico del fenómeno jurídico.

Como corolario, puede concluirse que la esperanza de una optimización de un sistema tendiente a la “justicia contractual”, deberá contar con nuevos y mejores desarrollos lógicos y conceptuales, sistemáticos e históricos, con reflexiones y reconstrucciones científicas refinadas, pero, a la vez, considerando el rol insoslayable en el marco de la cultura jurídica actual (propia del derecho privado patrimonial), de la razón práctica, con eje en el diálogo de fuentes, siendo que contrato justo, siguiendo a Guido Alpa (2015) también quiere decir contrato que no viola los derechos fundamentales de la persona no pudiéndose escapar en la búsqueda de una óptima solución del caso contractual, de la relación sistema normativo – principios jurídicos.

9. Recuérdese aquí el fallo de la CSJN en autos “Institutos Médicos Antártida s/ Quiebra – Inc. de Verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)”, de fecha 26/03/2019.

## Referencias bibliográficas

- Aguiló Regla, J., & Vigo, R. (2018). *Fuentes del derecho: Dos visiones*. Astrea.
- Alpa, G. (2015). *El contrato en general: Principios y problemas*. Instituto Pacífico.
- Alterini, A. A. (2005). *Contratos civiles, comerciales y de consumo: Teoría general*. Abeledo Perrot.
- Aquino Britos, A. R., & Aquino Viudes, M. P. (2024). Los contratos y la tutela judicial efectiva. Una perspectiva práctica desde las relaciones de consumo. En J. Company (Coord.), *Derecho contractual constitucional*. La Ley.
- Alexy, R. (2014). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Betti, E. (1969). *Teoría general de las obligaciones* (T. I). Editorial Revista de Derecho Privado.
- Betti, E. (2018). *Teoría general del negocio jurídico*. Ediciones Olejnik.
- Bulygin, E. (2021). Sentencia judicial y creación de derecho. En C. E. Alchourrón & E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Trotta.
- Cariota Ferrara, L. (2019). *El negocio jurídico*. Ediciones Olejnik.
- Company, J. (2024). ¿Qué es el Derecho Contractual Constitucional? Una propuesta... En J. Company (Coord.), *Derecho contractual constitucional*. La Ley.
- Chiassoni, P. (2016). *La tradición analítica en la filosofía del derecho: De Bentham a Kelsen*. Palestra.
- Ferri, L. (1969). *La autonomía privada*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Ferrajoli, L. (2016). *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. T. 1: Teoría del derecho*. Trotta.
- Guastini, R. (2020). *Cuestiones de ciencia jurídica y teoría constitucional: "Discutiendo"*. BdeF.
- Llamas Pombo, E. (2002). *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*. Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, R. L. (2016). *Fundamentos de derecho privado: Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*. La Ley.
- Messineo, F. (1986). *Doctrina general del contrato* (T. I). Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Nino, C. S. (2021). *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*. Astrea.
- Rosatti, H. (2017). *Tratado de derecho constitucional* (T. I). Rubinzal Culzoni.
- Rivera, J. C. (2020). *Instituciones de derecho civil: Parte general*. Abeledo Perrot.
- Saggese, R. (2024). *El estándar de presunción de inconstitucionalidad en la jurisprudencia de la CSJN*. Rubinzal Culzoni Editores.

- Santos Briz, J. (1963). *Derecho económico y derecho civil*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Tobías, J. W. (2018). *Tratado de derecho civil: Parte general* (T. III). La Ley.
- Taruffo, M. (2011). *La motivación de la sentencia civil*. Trotta.