

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO

CARLOS SILVERO FERNÁNDEZ¹

Resumen

El concepto de contrato clásico tal como fuera concebido en C.C. ha sido superado por el devenir de los hechos históricos, políticos, económicos, sociales y la explosión de las ciencias del S XX, que imponen su reformulación, y considerando que el neoliberalismo no ha dado respuestas a la justicia social que se reclama en todo acto jurídico, por las consabidas fallas de mercado, abogamos por un nuevo concepto de contrato cimentada en la estructura: norma – valor – sociedad.

Palabras Claves:

Contrato – liberalismo – consumidor – norma– valor– sociedad.

Summary

The concept of classic contract been conceived as in C.C. has been overcome for the becoming of the historical facts, political, social and the explosión of the science of the S. XX that impose its reformulation, and considered that the neoliberalism has not given answers to the social justice that be reclaim in all legal acts, for the usual failures of the market, we advocate for a new concept cemented in the structure: norm-value-society.

Keywords:

Contract– liberalism– consumer– norm– value– society.

¹ Profesor Adjunto de Derecho Civil, I y III Cursos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, UNNE. Mi gratitud a la enorme generosidad del Dr. Joaquín E. Meabe y de la Dra. Gabriela Elgul, que me abrieron las puertas del Instituto Teoría General del Derecho de nuestra Facultad, donde la investigación, es una cuestión seria, central, prolifera, democrática y continua.

* (Traducido al Inglés, por la alumna de la carrera de abogacía, Facultad de Derecho, UNNE, profesora de inglés sta. Silvero Eliana Florencia –L.U. 78129)

Introducción

En el año del Bicentenario de la Patria, nos parece propicio dar cuenta de la evolución del contrato, moldeada por Vélez Sarsfield², siguiendo la doctrina liberal de entonces, que partía de la visión de que el contrato era obra de dos sujetos, que construyeran sus reglas “como la ley misma”, suponiendo el equilibrio negocial de las partes. La fuerza obligatoria del acuerdo reposaba en los principios de igualdad y libertad supuestos como naturales; el núcleo era el consentimiento, el acuerdo de voluntades destinado a regir los derechos de la partes, conforme a la tradición Romana– Germánica (plasmada en diversos cuerpos normativos de la época).

El contrato paritario o individualista partía de suponer que el hombre era un ser libre por naturaleza, responsable de sus actos, sabio y justo; preconizaban que en la voluntad del hombre libre esta el origen del derecho, de la ley y del acto jurídico; que la voluntad, es el fundamento de la fuerza obligatoria (la soberanía de la autonomía de la voluntad); en fin, sostenían que el derecho, era la ciencia de la libertad; es decir, secularizaron el derecho, es el reflejo del triunfo del individuo sobre el Estado, fruto de la Escuela del Derecho Natural del Siglo XVII.

² Me permito recomendar tres obras sobre la biografía de Dalmacio Vélez Sarsfield: 1) la escrita por Domingo Faustino Sarmiento– “Bosquejo de Bibliografía de Dalmacio Vélez Sarsfield– Imprenta La Tribuna, Bs As, año 1876 – donde relata no solo sus orígenes sino las múltiples facetas del Dr.V.S., nos cuenta que ha traducido La Eneida (en latín: *Aeneis*) es una epopeya romana escrita por Publio Virgilio Marón, más conocido como Virgilio, en el siglo I a. C.; 2) Abel Chaneton, “Historia de Vélez Sársfield”, Eudeba, Bs. Aires, 1969, p. 15. que afirma nació en AMBOY Córdoba, y no en Calamuchita, como otros sostienen (Pedro Oliva Díaz, “Dámaso Simón – Dalmacio Vélez Sársfield. Aportes para su biografía, Revista Notarial de la Plata, N° 798, p. 1433-1457) además de brindar datos de la peculiar personalidad de aquél; 3) Luis MOISSET de ESPANÉS, “El nacimiento de don Dalmacio Vélez Sarsfield”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) donde sostiene que no fue un hijo póstumo el gran juriconsulto argentino.

1) Concepto prístino del contrato. Los embates de la modernidad y posmodernidad

Nuestro Código Civil se hizo antes de los grandes descubrimientos científicos del Siglo XX³, de la explosión demográfica, de los cambios

³ Freud analiza a la humanidad.— Sigmund Freud en su obra “La interpretación de los sueños” publicada en octubre de 1900, sienta las bases de la nueva ciencia del psicoanálisis. Freud creía que los sueños contenían símbolos que revelaban mucho más de la personalidad del individuo. Su revolucionario trabajo en la sexualidad humana, y el poder del inconsciente le dio un nuevo significado a las referencias del libido, el ego y el superego, con una profunda influencia en el futuro de la cultura moderna que trascendió a lo largo del siglo XX; Einstein propone la ecuación del siglo— En su primera Memoria publicada en 1905, sobre la teoría de la relatividad. Einstein, demostró matemáticamente que a las tres dimensiones del espacio físico había que añadirle el concepto del tiempo o cuarta dimensión; Sputnik I orbita la tierra.— La Unión Soviética, anuncia el 5 de octubre que ha colocado la primera luna artificial circunvalando nuestro planeta, a una distancia de 650 millas. El satélite descrito por los rusos como un globo de 23 pulgadas de diámetro y con un peso de 185 libras; Importantes avances científicos— Merece destacarse dos importantes avances científicos que tuvieron lugar durante la década de los cincuenta: la comprensión del misterio genético y el descubrimiento de una vacuna contra la poliomielitis. El primero de ellos ocurrió en 1953, cuando Francis Crick y James Watson descifraron la estructura molecular del ácido dextrorribonucleico (ADN), confirmando con este descubrimiento la teoría de que el ADN era el transmisor de la vida en las células. Estos autores lograron comprender la estructura de la doble hélice del ADN y representarla con un impresionante modelo tridimensional. La poliomielitis, era una enfermedad contagiosa hasta 1954, se presentaban epidemias que atacaban principalmente a los niños. Aunque la mayoría se recuperaban de la enfermedad, muchos morían o quedaban parálíticos, como fue el caso del Presidente Roosevelt; En 1954 Jones Salk, recibió autorización para probar la vacuna experimental en 650.000 niños, la vacuna resulto ser todo un éxito; La superpista de la información.— Como todos los grandes inventos del siglo XX, como el avión o la televisión, hoy día resulta difícil pensar en un mundo sin Internet. Se trata de un medio informativo global, masivo que ha crecido rápidamente, en un período de tiempo relativamente corto. En 1969, el Departamento de Estado de los Estados Unidos, propuso disponer de un medio rápido para cambiar información de tipo militar entre los investigadores. De esa manera con los sitios conectados en red, el sistema de defensa podría sobrevivir con independencia de los sitios que fueran destruidos. La solución fue la creación de Arpanet una simple red que relacionaba cuatro computadoras. Al principio únicamente permitía la conexión entre los organismos militares y dos universidades en Estados Unidos. En 1990 se dividió la red en una al servicio del Pentágono y la otra fue abierta al público con el nombre de Internet; Identificación de la epidemia de SIDA. Primero se catalogó como un extraño tipo de neumonía, posteriormente como una nueva forma de cáncer que atacaba principalmente a los homosexuales. Los informes iniciales de la epidemia del SIDA en 1981, eran confusos y desde luego muy alarmantes; En 1982, recibió el nombre de Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, en 1983 en un trabajo conjunto entre el Instituto Nacional de Salud de los Estados Unidos y el Instituto Pasteur de Francia, permitió descubrir el virus que causa el SIDA: el VHI o virus de la inmunodeficiencia humana. Hoy existen aproximadamente 50 millones de personas infectadas por el virus, y se estima que han muerto 14 millones de personas; Desciframiento del genoma humano. El 26

económicos, de la fabricación en masa, que generó modelos la ingeniería industrial: fordistas⁴ y toyotistas⁵ (que trajo por ejemplo como una

de julio del 2000 pasará a la historia por marcar un hito importante en el conocimiento sobre los seres humanos y del hombre en particular. Todo lo que sucede en nuestro organismo depende en su gran mayoría de los genes, y por ello el Proyecto Genoma Humano supone uno de los más importantes éxitos en la historia de la biomedicina. El conocimiento y la ordenación secuencial de los genes permitirá diagnosticar y prevenir un gran número de enfermedades genéticas. La identificación de la proteína correspondiente, facilitará el diseño de nuevos tratamientos farmacológicos y definir una estrategia en la terapéutica genética, finalmente el conocimiento de los 100.000 genes permitirá el desarrollo de microchip, como herramienta indispensable para conocer el perfil genético de las enfermedades comunes y el por qué de la variable respuesta individual ante el mismo tratamiento. El genoma es una lista completa de instrucciones codificadas necesarias para conformar un ser humano. Se han descrito 100.000 genes que conforman el ser humano, esta información ocuparía unas 400 guías telefónicas de 500 páginas cada una, la misma se halla contenida en unos dos metros de ADN enrollado en cada una de nuestras células. El organismo humano se halla formado por 100 billones de células, cada célula lleva el ADN compuesto por 3.150 millones de letras. El genoma humano puede ser considerado “El libro de la vida”. Si cada una de estas letras de ADN se pusieran una detrás de otra con separación de un milímetro, alcanzaría la longitud de 3.000 kilómetros.

⁴ El término fordismo se refiere al modo de producción en cadena que llevó a la práctica Henry Ford; fabricante de automóviles de Estados Unidos. Este sistema comenzó con la producción del Ford Modelo T, —a partir de 1908— con una combinación y organización general del trabajo altamente especializada y reglamentada a través de cadenas de montaje, maquinaria especializada, salarios más elevados y un número elevado de trabajadores en plantilla y fue utilizado posteriormente en forma extensiva en la industria de numerosos países, hasta la década de los 70 del siglo XX (cuando fue reemplazada por el Toyotismo). El fordismo como modelo de producción resulta rentable siempre que el producto pueda venderse a un precio relativamente bajo en relación a los salarios promedio, generalmente en una economía desarrollada. (<http://es.wikipedia.org/wiki/Fordismo>).

⁵ Frente a los sistemas de producción en serie basados en el método de empuje, el sistema de producción de Toyota es un método de extracción que tiene como objetivo fundamental incrementar técnicamente la eficacia de la producción eliminando radicalmente tanto las pérdidas como el excedente. Para lograr estos objetivos el sistema se sustenta en dos pilares básicos: el sistema de “Justo-a-tiempo” y la automatización, o “automatización con un toque humano” en palabras de OHNO. “Justo-a-tiempo” significa que, en un proceso continuo, las piezas necesarias para el montaje deben incorporarse a la cadena justo en el momento y en la cantidad en que se necesitan. En la secuencia de montaje, el último proceso se dirige al primero para retirar la cantidad de piezas necesarias en el momento en el que son necesitadas. De esta manera se evita que un proceso envíe sus productos al siguiente sin tener en cuenta las necesidades de producción del mismo. La finalidad que se persigue con la instauración de este sistema es la aproximación a un stock nulo, considerando esta situación desde el punto de vista de la gestión industrial como una situación ideal, que permite la eliminación de los costes derivados del almacenamiento y conservación de los mismos. (CASTAN FARRERO, J.M. y AGUER HORTAL, M. (1.985). “El método de producción “just-in-time” y su control mediante el “kanban”. CEURA. Cuadernos de Economía Aplicada. Madrid.— MONDEN, Y. (1.988). “El sistema de producción Toyota”. Edit. CDN Ciencias de la Dirección S.A. Madrid).

sus consecuencias llamada *tragedia de talidomía*⁶); de las Dos Guerras Mundiales del S. XX, y los pactos internacionales de DDHH⁷ que de ella surgieron; de la aparición del sujeto consumidor⁸; del hombre masa que nos habla Ortega y Gasset u “hombres y engranajes” de Ernesto Sábato; *del concepto superestatal de los derechos del hombre* que nos ilustró Jiménez de Asúa⁹, en el año 1931; de la globalización de los mer-

⁶ Que afectaba a mujeres embarazadas.

⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos; Derechos económicos, sociales y culturales.

Derechos civiles y políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (etc.) –

En 1950, la Asamblea General invitó a todos los Estados y a las organizaciones interesadas a que observaran el 10 de diciembre de cada año como Día de los Derechos Humanos (Resolución 423 (V)). Con el Día se conmemora el aniversario de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por la Asamblea General en 1948.

⁸ “*Consumers, by definition, include us all*”. (“Consumidores, por definición, somos todos”) Históricas palabras pronunciadas por el Presidente John Fitzgerald Kennedy ante el Congreso de los Estados Unidos el día 15 de marzo de 1962; en honor a aquellas palabras, el 15 de Marzo se impuso como Día Mundial del Consumidor.

⁹ Dr. Luís Jiménez de Asúa – discurso de presentación de la Nueva Constitución de España, 27 de agosto de 1931: “...Más obsérvense todas las evoluciones por que ha pasado esa parte dogmática y esa declaración de derechos. Desde esa declaración primera que quiere verse en la Carta magna inglesa del año 1215 y, después, en las colonias norteamericanas y en el Regerisform de 1634, de Suecia, hasta la declaración famosa y conocida de los derechos del hombre en Francia, han ido ensanchándose de una manera extraordinaria esos derechos llamados del hombre, y esto ha sucedido porque se ha ido ampliando la propia vida humana. Fijémonos en que ya a mediados del siglo XIX, el año 1848, la Constitución francesa establece el derecho al trabajo y a la asistencia, dando con ello entrada, no a la protección individual, sino a la protección del trabajo y de orden económico; pero, sobre todo, desde la Constitución mexicana de 1917, la Constitución rusa de 1918 y la Constitución alemana de 1919, se engrandece el territorio de los derechos del hombre de una manera extraordinaria, y van a parar ahí, no sólo los derechos individuales, sino los derechos de las entidades colectivas: sindicatos, familia, etc., mas todavía la evolución no se detiene aquí, estableciendo, al lado de los derechos individuales, estos otros derechos de la vida familiar y económica, sino que busca que no sean las declaraciones de derechos del hombre declamaciones de derechos, como se dijo al discutirse la Constitución de Weimar. Lo que pretendemos es que no sean declamaciones, sino verdaderas declaraciones, y por ello no basta con ensanchar los derechos, sino que les damos garantías seguras; de una parte, la regulación concreta y normativa; de otra, los recursos de amparo y las jurisdicciones propias para poderlos hacer eficaces. Esto es lo que tratamos de hacer; ensanchar ese territorio, que ya no es tal parte dogmática, que ya no es, como era antaño, una ley secundaria y garantizadora, una declaración de derechos sagrados en aquella

cados; de la empresas transnacionales y sus normas; de los Mercados Comunes; de la era de cibernética, la robótica y de las comunicaciones; de la conciencia ecológica; y otras tantas eclosiones políticas, sociales, culturales y económicas.

Esos hechos, de nuestro pasado reciente, hicieron estallar la matriz de aquel contrato pensado como obra de dos, de efectos relativos a las partes contratantes, anclado solo en la fuerza obligatoria en la voluntad humana, con una visión de un Estado mínimo o gendarme¹⁰ para el auto cultivo humano.¹¹

Es que, nuestro código civil, se ve desbordado, incapaz de contener en su seno los embates de los cambios sociales, políticos, económicos y culturales de la modernidad y la posmodernidad.¹² El contrato individual tal como está concebido en el art. 1137 C.C. se ha convertido en un fósil jurídico.

El contrato del presente no es más el fruto de dos, ni solo interviene el hombre individualmente en su formación; en él se amalgaman intereses del Estado en orden a acercar las asimetrías de las partes o la dirección o coordinación de la economía, confluyen también maquinas, empresa coligadas, negocios conexados, mercados globales; en fin, el hoy nos dice que, en la interferencia intersubjetiva contractual, no necesariamente se ligan, hombres con otros hombres, sino hombres con maquinas o con hombres que actúan como tales, hombres con empresas encadenadas en pos de un mismo propósito negocial, resultando efectos

tesis, arrumbada al fin, del concepto superestatal de los derechos del hombre, que provenían de un derecho natural hundido para siempre. Es preciso dar garantías a los ciudadanos contra ataques del Poder ejecutivo, y estas garantías se hallan en nuestra Constitución”.

¹⁰ Desde el liberalismo se aboga por la reducción del papel del Estado al mínimo necesario (Estado mínimo), desde un sentido civil para el respeto de las libertades básicas, es decir el Estado debería encargarse de la seguridad (ejército y policía para garantizar las libertades ciudadanas) y de la justicia (poder judicial independiente del poder político). En ningún caso el Estado debe servir para ejercer la coacción de quitar a unos individuos para dar a otros, y deben ser los agentes privados los que regulen el mercado a través del sistema de precios, asignando a cada cosa el valor que realmente tiene. (John Stuar Mill— obras: — Principios de Economía Política 1.848 — Sobre la libertad 1.859— El gobierno representativo 1.861).

¹¹ El economista Inglés Thomas Hill Green acuñó la frase “Estado mínimo”.

¹² Jurgen Habermas: Modernidad: un proyecto incompleto. En: Nicolás Casullo (ed.): El debate Modernidad Pos-modernidad. Buenos Aires, Editorial Punto Sur, 1989. pp. 131-144.

colectivos o disfumigados, en un contexto de mercado global, donde la responsabilidad es solidaria entre todos los que intervienen en la cadena de consumo. El contrato dejó de ser una obra egoísta de los contratantes, está basado en criterios de solidaridad, cooperación, protección al débil de la relación.

Es que el contrato es la síntesis de de una multiplicidad de factores endógenos y exógenos a las partes, que concurren estableciendo su contenido y modifican sus efectos haciendo extensivo a otros sujetos que fueron parte directa de la relación jurídica concreta.

2) La necesidad de la revisión del concepto de contrato-importancia

Hans Kelsen (+1973) en la Teoría Pura del Derecho sostenía que entre “ser” y “deber ser” se abre un *abismo intransponible*; y haciendo un traslape de la mismas palabras, podríamos decir, sin temor a equivo-carnos, *que existe “un abismo intransponible”* entre la concepción del contrato paritario al concepto de contrato actual.

Se han superado, aquellos fundamentos liberales voluntaristas: *igualdad*¹³ y *libertad*, en que se fundaba el contrato paritario; el contrato del hoy tiene otra realidad normativa, otros tantos fundamentos axiológicos, y muy diferente contorno social.

La importancia de la reformulación del concepto del instituto referido, estriba en que el contrato es el vehículo jurídico por donde, los particulares, trafican sus necesidades económicas o patrimoniales de las más diversas especies, es una de fuentes principales de obligaciones, y es también un instrumento necesario por donde la gente prevé su futuro. A la que debemos sumar que, en realidad, el contrato paritario consagraba un injusto, puesto que justificaba la explotación

¹³ La diferencia entre la igualdad de Aristóteles y la de la filosofía liberal, es que aquél había pensado que las desigualdades surgían de meritos individuales; en cambio, los últimos, suponen una igualdad ideal o natural, el libre albedrío individual.

del hombre por hombre¹⁴, lo acordado debía ser cumplido por se consideraba justo.

El contrato vive entre nosotros, como el hombre vive en sociedad¹⁵; es un instrumento legal imprescindible, insustituible, y necesario en toda sociedad, que se ha transformado, ha sufrido una metamorfosis, que impone una reformulación, para que todos los operadores del derechos y la sociedad toda, recipiendaria del reparto de potencias e impotencias jurídicas, pongamos blanco sobre negro a la hora de prevenir, establecer, interpretar, integrar o resolver cuestiones referentes a este instituto legal.

En la sociedad actual el contrato se manifiesta alejado del acuerdo de voluntades de las partes, donde el Estado ya no tiene funciones sociales negativas, por el contrario, es intervencionista, dirige la economía y debe aspirar a la justicia social.¹⁶

¹⁴Thomas Hobbes afirmó que en el “estado de naturaleza” el hombre vive una guerra de todos contra todos. “El hombre es un lobo para el hombre”.

¹⁵“No hay ser humano extrasocial; no existe ni la realidad ni la ficción coherente de un “individuo” humano como sustancia asocial, extrasocial o presocial... Pero fuera de la sociedad el ser humano no es ni bestia ni Dios (Aristóteles), pues simplemente no es, no puede existir, ni físicamente ni, sobre todo, psíquicamente”. (Cornelius Castoriadis – LA DEMOCRACIA COMO PROCEDIMIENTO Y COMO REGIMEN – Revista: Iniciativa Socialista, nº 38, febrero 1996).

¹⁶Disiento con los corifeos del neoliberalismo que consideren al concepto de justicia social como vacío: “Lo que yo espero dejar en claro es que la frase ‘justicia social’ no es, como probablemente siente la mayoría, una expresión inocente de buena voluntad hacia los menos afortunados, sino que llegó a ser una insinuación deshonesta para que uno esté de acuerdo con demandas de algún interés especial del cual no se puede dar una razón real. Si la discusión política ha de ser honesta, es necesario que la gente reconozca que el término no es respetable desde el punto de vista intelectual, que es la marca de la demagogia o de un periodismo barato y que su utilización debería avergonzar a pensadores responsables, ya que una vez que se ha reconocido su vacuidad, su uso es deshonesto. Yo podría –como resultado de un largo esfuerzo para descubrir los efectos destructivos que ha tenido la invocación de la ‘justicia social’ en nuestra sensibilidad moral, así como por encontrar una y otra vez a pensadores eminentes que usan esta frase sin pensar– sentirme indebidamente alérgico al término, pero tengo la profunda convicción de que el mayor servicio que aún puedo prestar a mis colegas es tratar de que los conferencistas y escritores que hay entre ellos se sientan totalmente avergonzados de emplear el término ‘justicia social’”. (F. Hayek –Law, Legislation and Liberty, vol. 2, p. 97) – Humildemente me adhiero a las ideas que sostienen que “La justicia como valor, vale, valora y orienta. En cuanto a la valoración, en el derecho se refiere a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras que le da carácter “pantónomo” (pan, “todo”; tomono, “ley que gobierna” (Ciuro Caldani Miguel Angel– “Aportes para la comprensión de las condiciones

El contrato ha perdido con el devenir de los cambios apuntados, al individuo; éste pasó a ser grupo, masa, todos estamos mimetizados en algún grupo de consumidores de tales o cuales productos o servicios, y los proveedores son grandes empresas, de carácter transnacionales, que saben nuestros gustos o preferencias o que usan la publicidad para crear en nosotros gustos o preferencias que antes no teníamos; el propio Estado¹⁷ provee servicios y se liga por medio del contrato de consumo con la sociedad.

Ante esta realidad negocial, la herramienta legal del derecho civil, se manifiesta obsoleta e ineficaz, demasiado individual para resolver problemas donde está imbricado un plurijuridismo¹⁸ normativo singular y relaciones conexas¹⁹, en un contexto global creciente e incidente, por

constitucionales de los Estados Hispanoamericanos y de su aptitud para la integración” <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/con> –

¹⁷ Ugolini, Daniela P., “El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos”, ED, 148:869. Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, Buenos Aires, La Ley, 2006, 3ª ed. ampliada y actualizada, comentario al art. 42, § 3.5, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda”, pp. 468-9; 4a ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, pp. 592-3; Caplan, Ariel, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos”, en Miljiker, María Eva (coord.), El derecho administrativo de la emergencia, I, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 171-5-.

¹⁸ Al respecto, podemos señalar, apelando a las enseñanzas de la Dra. Noemí Nicalau (UNR), que el consumo es ámbito de “plurijuridismo”, no por polisistemia simultánea, sino más bien por pluralismo jurídico, denotado por la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico y por la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos, que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos.

¹⁹ “Habrá contrato conexo cuando dos partes o más celebren al menos dos contratos funcionalmente dependientes, tendiente a perseguir un fin negocial global.-Se entiende por dependencia funcional, es decir vinculados necesaria y recíprocamente por finalidad global unitaria que persiguen, determinada por la naturaleza de o de los contratos “casados” o por el uso de la autonomía de la voluntad de las partes.-La dependencia funcional tiene que ser genética y funcional.-La función entre los contratos conexos es requisito sine qua non de su existencia y permanencia. Función significa que los contratos vinculados dependen entre sí para conseguir la finalidad unitaria y global, de suerte que su ausencia genética o funcional lo torna des –imbricado e inconexo.- Es decir están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global. La conexidad debe perseguir un fin negocial global o unificador”. (Silvero Fernández, Carlos: PONENCIA presentada en las XVII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL CONCLUSIONES COMISION NUMERO TRES: CONTRATOS CONEXOS – Santa Fe– Sept. 1999– [HTTP://www.JORNADAS-CIVIL.ORG](http://www.JORNADAS-CIVIL.ORG)).

esa razón proponemos un concepto a la luz de la teoría tridimensional del derecho (norma-valor-sociedad).

3) Aproximación a un nuevo concepto de contrato

Si tenemos en cuenta que las ideas de igualdad y reciprocidad de la concepción del contrato liberal, que parte de una igualdad formal, donde el valor de los objetos del intercambio no era una categoría reconocida por el pensamiento liberal, el mercado libre es el que fija el precio, el mercado es soberano, es decir, el reduccionismo del contrato a la justicia conmutativa; que, con el advenimiento de pensamientos que distinguen las diferencias de status jurídicos que existen entre las personas, el progreso de las doctrinas del derecho social, comienzan a hacerse discriminaciones positivas, moral y políticamente legítimas (verbigracia: reconocer el poder superior de negociación del empleador sobre los obreros; la superioridad de los empresarios sobre los consumidores), con esa idea se pasa de mera reciprocidad a entender como contraprestación la equivalencia sustancial entre los valores del intercambio, consagrando modificaciones legislativas e interpretaciones judiciales (abuso del derecho – teoría de imprevisión – lesión objetiva); que, se acentúan por medio de los Tratados de DDHH la ilegalidad y ilegitimidad de discriminaciones (negativas) basadas en raza–género–etnia–orientación sexual– nacionalidad; que, la extensión de los controles Estatales al contenido de lo contratado, por medio de normas orden público económico, por la presencia permanente del respeto al medio ambiente sano, y la incorporación de la defensa colectiva de los bienes culturales; que, sin desconociendo la evidencia de la fallas de mercado del neoliberalismo, imbuido de las concepciones utilitaristas, trajo aparejado, concentración de riqueza por un lado, y por otro, creciente ola desempleados y el aumento de la pobreza en mundo.

Por todo ello, y en honor a brevedad, concluimos que el nuevo concepto de contrato debe asimilar la teoría tridimensional del derecho²⁰, es

²⁰ GOLDSCHMIDT, Werner: “Introducción filosófica al Derecho” – 7ª ed., 5º reimp. , Lexis Nexis, Bs. As., 2.005 –.

decir la necesidad de construir el mundo jurídico²¹ contractual en base a hechos, normas y valores.

²¹ “El papel del Derecho tenderá probablemente en el futuro a aumentar. Los motivos para ello se han descrito con frecuencia. Por un lado está la complejidad de las relaciones sociales y económicas. Por otro lado, se desmorona el poder de la tradición y de las convenciones para evitar y resolver conflictos. Pero de que el papel del Derecho aumente no se sigue todavía que también se acreciente el papel de la filosofía del Derecho”. (Manuel Atienza Entrevista a Robert Alexy – DOXA Nº 24 – CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO – Pag– 38– Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante año 1989).