

REVISIÓN DEL ALCANCE DE LOS CONCEPTOS EFICACIA CONTRACTUAL, FUERZA VINCULANTE Y RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS

por

Joaquín Quiró Saldaña

I. INTRODUCCIÓN

Los institutos jurídicos tienen la particularidad de no ser inmutables, sino que, sus definiciones, y respectivos alcances, varían con el devenir del tiempo. Dichos cambios muchas veces obedecen al dictado de nuevas normas y otras, igualmente importantes, a la evolución de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia las que, mediante la interpretación y sistematización de los preceptos jurídicos, le otorgan a los mismos sentidos muchas veces ni siquiera “soñados” por sus autores.

Tomando como referencia este segundo punto de vista afrontamos el presente trabajo acerca de la eficacia de los contratos, su fuerza vinculante y la relatividad de los derechos emergentes del mismo con la intención de conferirles una dimensión diferente a la dada hasta el momento.

Habitualmente se estudia al contrato mirándolo desde el ordenamiento jurídico, es decir, determinando cómo incide el Código Civil, y las demás leyes, a su respecto. Por nuestra parte proponemos observar al ordenamiento jurídico desde la perspectiva del contrato estableciendo cuál es su influencia sobre las restantes normas jurídicas. Veremos si al centrar el análisis del contrato en su eficacia obligacional, tal como lo hace la doctrina tradicional, estamos siendo “justos” con esta herramienta de relacionamiento social y si, quizás, no es necesario redefinir este término a efectos de descubrir otros aspectos igualmente importantes.

Definida la eficacia buscaremos rediseñar los conceptos de relatividad y fuerza vinculante deslindando así sus distintas manifestaciones y las posibles acepciones de ambos términos.

II. EL CONTRATO COMO FUENTE DE DERECHO OBJETIVO

Usualmente analizamos al contrato partiendo del género negocio jurídico del cual constituye una especie.

El negocio jurídico es la "...manifestación intencional de voluntad tendiente a la producción de efectos jurídicos secundados por el Derecho para su mejor realización y actualización." (1).

Esta definición, al igual que la de otros autores, puede desmembrarse en tres partes: la primera referida a la voluntad, o su manifestación, la segunda al surgimiento de los efectos y la última al respaldo otorgado por el ordenamiento jurídico.

Los autores clásicos se han afanado discutiendo en torno a los dos primeros elementos. Y así se ha desatado la polémica acerca de si es necesario manifestar la voluntad para que se perfeccione el negocio jurídico, surgiendo las teorías de la voluntad y de la manifestación (2) y de cuáles son y cómo surgen los efectos del negocio (3), esto es, si son las partes o el legislador quien, en última instancia, establece los mismos.

Poco se ha ahondado en la tutela otorgada por el derecho objetivo al negocio jurídico y a cómo opera esta.

La doctrina clásica considera que dicho secundamiento se manifiesta al momento del surgimiento de los efectos del negocio jurídico es decir que luego de su perfeccionamiento recién al nacer su eficacia veremos si el ordenamiento respalda o no al mismo.

Por nuestra parte consideramos que el amparo otorgado por el derecho se percibe en dos momentos de la vida del negocio a saber: al tiempo de su creación, para lo cual el ordenamiento establece los requisitos formales y materiales al respecto, y al momento del surgimiento de la eficacia lo cual acaece mediante la integración de los efectos no previstos por las partes y a través del auxilio de la autoridad pública para hacer cumplir forzosamente los mismos (4).

Es decir que el negocio jurídico en general, y el contrato en particular, no están aislados dentro del ordenamiento jurídico sino que se encuentran inmersos en el sistema de normas que hace posible su existencia y validez.

El problema surge al momento de determinar cómo, o en qué carácter, se inserta el negocio jurídico dentro del ordenamiento jurídico.

(1) *Caumont*, Arturo- "Introducción al estudio de la teoría general del negocio jurídico como marco referencial de los convenios respecto de menores", Revista Uruguaya de Derecho de Familia, t. IV, p. 125.

(2) *Betti*, Emilio- *Teoría general del negocio jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, trad. Martín Pérez, Madrid, pp. 99-106. *Cariota Ferrara*, Luigi- *El negocio jurídico*, Ed. Aguilar, trad. Manuel Albaladejo, Madrid, 1956, pp. 86-88. *Stolfi*, Giuseppe- *Teoría del negocio jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp.4-6. *Ferri*, Luigi- *La autonomía privada*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 165.

(3) *Betti*, pp. 73- 78. "Es necesario que la voluntad tenga una dirección: fin práctico. No es preciso que abrace también los efectos jurídicos del negocio. La determinación de éstos se deja a la ley que, sin embargo, la realiza en correspondencia con el intento práctico normal..." *Cariota Ferrara*, pp. 59. *Stolfi*, pp. 6-9.

(4) "...la libertad contractual tiene un doble aspecto en cuanto a la intervención del Estado: por un lado, delimita un campo en que está vedada, dejándolo al arbitrio de los particulares; por otro, requiere una intervención positiva para sancionar el incumplimiento por una de las partes de lo acordado...el Estado debe actuar para dar fuerza legal a lo pactado por medio de su poder coactivo; pero no puede revisar el contenido de lo pactado,..." *Ballesteros Garrido*, Juan- *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999, p. 21. "Se ha señalado muchas veces que difícilmente se habría desarrollado la institución de los contratos privados (aun cuando esta sea definida en términos no jurídicos) sin el respaldo de la coacción estatal: esta institución requiere que cada uno de los contratantes tenga la expectativa de que si él cumple con su prestación el otro hará lo propio;..." *Nino*, Carlos Santiago- *La validez del derecho*, Ed. Astrea, Bs. As., 1985, pp. 11-15.

Parte de la doctrina, con insignes autores en sus filas, considera al negocio jurídico como un acto, meramente, coincidente con el presupuesto de hecho de la norma legal y, por tanto, activador de sus consecuencias razón por la cual del mismo emergen únicamente relaciones jurídicas (5).

Otros doctrinarios, sin embargo, partiendo del dogma de la autonomía privada (6), la autonomía de la voluntad o el poder normativo negocial (7) conciben al negocio jurídico como una fuente de derecho objetivo es decir que de él emergen normas jurídicas cuyo ámbito de aplicación subjetivo se encuentra acotado a las partes (8).

Podría decirse que existe una tercera posición, intermedia, para la cual el contrato es fuente de relaciones jurídicas aunque admite la existencia de contratos normativos. Dentro de la misma encontramos a *Messineo* quien no considera al contrato como fuente de normas jurídicas (9) pero acepta la existencia de “contratos normativos” (10). La contradicción entre ambas afirmaciones es salvada por este autor alegando que técnicamente el contrato normativo no constituye un contrato (11) no siendo una casualidad que califique al art. 1372 del C.C. italiano, similar a nuestro art. 1291, como “...una expresión metafórica” (12).

La posición que adoptemos, en cuanto a considerar al contrato como generador de derecho objetivo o de relaciones jurídicas, dependerá del alcance del concepto de norma jurídica que patrocinemos y de la determinación de cuáles, y cuántas, son las fuentes del derecho (13).

(5) *Barbero*, p. 104. *Cariota Ferrara*, pp. 59, 81 y 82. *Ferri*, pp. 18, 20, 21, 28, 29, 211 y 212. *Stolfi*, p. 7. “Decididamente, me inclino por la postura tradicional, porque las verdaderas reglas jurídicas poseen un carácter general y abstracto, a diferencia de las reglas contractuales, que tienen carácter individual y concreto... Por ello el negocio jurídico no es fuente de derecho estricto...” *La autonomía de la voluntad ¿es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato?*, Mayo, Jorge. Revista jurídica argentina *La Ley*, 1996, E, p. 833.

(6) *Betti*, p. 51. *Bobbio*, Norberto- *Teoría general del derecho*, trad. Eduardo Rozo Acuña, Ed. Debate, Madrid, 1999, p. 167. *Ferri*, pp. 8, 9, 11, 42 y 43.

(7) *Cafaro*, Eugenio y *Carnelli*, Santiago- *Eficacia contractual*, Ed. Abeledo- Perrot, Bs. As., 1989, pp. 16 a 20. “La cuestión capital radica en que la creación de cualquier norma jurídica inferior, dentro de las posibilidades sustanciales y formales señaladas por las normas superiores, depende de un acto personal de decisión a cargo del órgano competente (órgano en sentido lato). En este decisionismo inherente a la jerarquía jurídica contenida en la coexistencia arraiga el poder jurídico, y por eso el poder como valor jurídico recae sobre la jerarquía necesariamente contenida en la coexistencia.” *Cossio*, Carlos- *La teoría eológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Ed. Abeledo- Perrot, Bs. As., 1964, pp. 581-582. *Ferri*, pp. 106 y 169.

(8) *Abelenda*, Cesar Augusto- *Derecho Civil, Parte General*, t. I, Astrea, Bs. As. 1980, p. 95. *Ballesteros Garrido*, p. 17. *Betti*, pp. 52, 53, 57, 59, 62, 63 y 64. *Bobbio*, p. 174. *Caffera*, Gerardo y *Mariño*, Andrés- “Norma, situación y contrato”, Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, t. XXIX, Nov. 1994, pp. 52 y 53. *Cafaro* y *Carnelli*, pp. 15 y 16. *Hart*, Herbert- *El concepto de Derecho*, trad. Genaro Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1998, pp. 35, 36, 100 y 101. *Kelsen*, Hans- *Teoría pura del derecho*, Ed. EUDEBA, Bs. As., 1960, pp. 153, 154, 180, 181 y 182. *Mariño*, Andrés- “Notas sobre la interpretación del contrato en Italia. Estudio comparado con el derecho uruguayo.”. Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XXIX, p. 500. *Mariño*, Andrés- “La interpretación judicial del contrato en el derecho uruguayo. Estudio del sistema de reglas hermenéuticas del Código Civil”. Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XXVIII, p. 600 *Recasens Siches*, Luis- *Tratado General de Filosofía del derecho*, Ed. Porrúa S.A., México, 1965, pp. 281, 282, 311 y 312.

(9) *Messineo*, Francesco- *Doctrina general del contrato*, t. I, EJEA, trad. Fontanarrosa, Sentis Melendo y Volterra, Bs. As., 1986, pp. 3 a 15.

(10) *Messineo*, *Doctrina...* pp. 13, 14, 17, 57 a 61.

(11) “El contrato en sentido técnico es el elemento genético de la relación; el llamado contrato normativo presupone que la relación surja aliunde y sólo da normas para su disciplina, pero no podría él mismo originarla.” *Messineo*, *Doctrina...*, p. 58.

(12) *Messineo*, *Doctrina...*, p. 59.

(13) La determinación de las fuentes del derecho “Es ante todo, un problema eminentemente político por una parte y, por otra, una cuestión de índole sociológica. La enumeración y el establecimiento de la jerarquía de las fuentes es, ante todo, un problema político porque entraña el especial reconocimiento de un ámbito de poder –poder mandar y poder hacerse obedecer-, que en última instancia es un poder de naturaleza política.” (...) “Es, además, un problema sociológico porque, en el fondo y en la realidad, de lo que se trata es de luchas entre grupos sociales...por la hegemonía social.” *Díez-Picazo*, Luis y *Gullón*, Antonio- *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 98. *Trabucchi*, Alberto- *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, Ed.

Quienes le niegan al contrato su carácter de fuente normativa han esgrimido el carácter extraetático y no heterónimo (14) y la falta de generalidad (15) de los preceptos contractuales (16). Estos autores parten de considerar que la creación de las normas jurídicas es una actividad privativa del Estado (17) y de asimilar estas a la ley (18) ideas que al día de hoy se encuentran superadas por la doctrina.

Desde ya, y a efectos de efectuar el desarrollo posterior de este trabajo, declaramos que nos afiliamos a la posición que acepta que el negocio jurídico es generador de normas jurídicas.

En buen romance el derecho objetivo concede su respaldo al negocio en su etapa genética, al tiempo de creación del contrato, con el propósito de permitirle a los sujetos que regulen sus intereses de la manera que consideren más conveniente y en la etapa funcional para el logro de su cumplimiento.

En cuanto definimos a las fuentes del derecho como “las formas concretas en que se manifiestan las normas de un ordenamiento jurídico dado” (19) y sostenemos una concepción amplia de norma jurídica concluimos que el negocio jurídico crea derecho objetivo (20).

Revista de Derecho Privado, trad. Luis Martínez-Calcerrada, Madrid, 1967, p. 164, si bien este autor al momento de estudiar las fuentes de derecho en el Tomo I no enumera al contrato como tal cuando refiere a su eficacia habla de normas que emergen del mentado negocio jurídico.

(14) “El problema...se plantea sobre una aparente contradicción entre la posición de parte y la de productor de la orden jurídica...La solución se obtiene reflexionando que el conflicto de intereses no sólo no excluye, sino que puede determinar una solidaridad de intereses para su resolución. (...) Si no existiera este común interés no podría estipularse el contrato. Por tanto, es posible que las partes se produzcan a sí mismas el Derecho, de que tienen necesidad, en tanto cuanto exista entre ellas no sólo un conflicto que las separe y contrapona como partes, sino también una solidaridad que las reúne en un grupo;...” *Carnelutti Teoría general del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, trad. Francisco Osset, Madrid, 1955, pp. 86 y 87. *Ferri*, p. 81.

(15) “...ha sido superada hace tiempo la idea, fundamental para la teoría de la separación de poderes, de que sólo la *lex generalis* es Derecho, y que por tanto se puede separar netamente la producción de la aplicación del Derecho pero no conviene contraponer la producción y la aplicación del Derecho, sino más bien uno y otro modo de su producción. *Carnelutti*, p. 78. *Ferri*, pp. 34, 35, 37, 42, 198 y 199.

(16) *Messineo* sostiene que “La resistencia a admitir que existan normas fuera del ordenamiento jurídico estatal, depende de que sea norma solamente la que está impuesta por una autoridad supraordenada. Pero se olvida con ello que puede haber un sistema normativo, como producto de la libre elección de los que a él se someten...” agregando luego que “...sin embargo, se ha de admitir que, en estos últimos casos, es mayor la resistencia a reconocer la existencia de normas; al menos por parte de los que arrancan de la ecuación: norma = derecho estatal.” *Messineo*, Francesco- *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. I, EUEA, Bs. As., 1979, pp. 81 y 83. “El negocio jurídico ha sido considerado...como *lex privata* y, por consiguiente, como fuente del Derecho. Sin embargo, El negocio jurídico, si bien crea un precepto privado, no da lugar a una norma de alcance general: sólo tiene efectos entre las partes y sus causahabientes...” *Abelenda*, p. 162. *Ross*, Alf- *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Bs. As., 1963, p. 100. *Kelsen*, Hans- *Teoría pura del derecho*, EUDEBA, Bs. As., 1960, pp. 153 y 154.

(17) *Ferri*, pp. 21, 22, 23, 37, 38 y 39. *Recasens Siches* salva la crítica de que el Estado no es el único titular de poder normativo diciendo que “...cuando se habla de la voluntad del Estado, como fuente unitaria y única de vigencia de todos y cada uno de los preceptos jurídicos, no nos referimos a que todas las normas de Derecho hayan sido fabricadas por el Estado...sino que nos referimos a que valen como normas de Derecho vigente, porque, sea cual fuere su origen efectivo, el Estado las quiere como tales y las aplica como tales.” *Op. cit.* p. 282.

(18) “Esta división de las funciones del Estado, y por eso de las fuentes formales jurídicas, está fundada sobre una intuición excelente, pero la desarrolla mediante un concepto del ordenamiento jurídico que debe ser resueltamente superado hoy...se identificaba... el ordenamiento jurídico con el Derecho, y...no se incluían en el ordenamiento más que las leyes u ordenes generales, de modo que acababan por confundirse Derecho y ley...” (...) “Más tarde se dio el golpe decisivo a esa división tripartita al descubrirse que también la aplicación, en cualquiera de sus formas es formación del ordenamiento.” *Carnelutti*, pp. 76 y 77.

(19) *Candian*, Aurelio- *Instituciones de Derecho Privado*, Unión tipográfica editorial hispano americana, trad. Blanca de Caballero, México, 1961, p. 35. *Ferri*, pp. 31, 129 y 130. *Trabucchi* define a las fuentes formales como “aquellas que concurren a la formación del ordenamiento jurídico. Cuando...se quiere aludir a los procedimientos que el contenido de la norma debe seguir y las formas que debe asumir para obtener juridicidad, se habla de fuentes “formales”.”, *Ob. cit.*, t. 1, p. 13.

(20) *Ferri*, pp. 32, 33 y 229.

Prescindiendo de los argumentos de orden doctrinario, y centrando la atención en nuestro sistema jurídico, existen muchas disposiciones que avalan tal afirmación.

Ni bien abrimos el Código Civil, en el título preliminar, el art. 11 reza que “*No pueden derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.*” (destacado nuestro).

La terminología utilizada por el codificador es concluyente en el sentido de que para derogar una ley se requiere de otra norma jurídica por lo cual si acepta expresamente que el contrato puede derogar aquellas leyes que no sean de orden público o que tutelén las buenas costumbres está aceptando que los contratos crean normas jurídicas (21) (22).

Es dable también traer a colación lo dispuesto por el art. 1291 C.C. el cual reza “Los contratos legalmente celebrados *forman una regla* a la cual deben someterse las partes como a la ley misma.” (Cursivas nuestras).

Conteste con lo plasmado en ambas disposiciones el Código Civil al regular la interpretación del contrato estableció un procedimiento similar al de la ley (23).

En cuanto a la interpretación de la ley dice que “*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras...*” (art. 18) en tanto que a nivel contractual reza “*Las palabras de los contratos deben entenderse en el sentido que les da el uso general...*” (art. 1297) (destacado nuestro).

Posteriormente dispone que “*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.*” “*Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu...*” (art. 17) y respecto del contrato dice que “*Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse mas bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos.*” (art. 1298) (destacado nuestro).

Es decir que la labor hermenéutica en ambos casos, salvando las diferencias, consta de dos etapas: la primera, necesaria, de tipo gramatical tomará en cuenta el uso general de los vocablos y la segunda, de carácter eventual, atenderá a conocer la intención de los autores de la norma a que nos refiramos (24).

Por su parte los arts. 20 y 1299 establecen la interpretación sistemática de la ley y del contrato respectivamente para cuya realización el intérprete habrá de atenerse al contexto de los textos normativos.

(21) Creemos que el art. 11 del C.C. prevé, ni más ni menos que, la autonomía privada de la voluntad.

(22) “Al igual que con respecto a la regulación específica de la ley, el título preliminar del Código uruguayo dispone los límites de la autonomía privada de los sujetos de derecho... La autonomía privada es un ámbito donde los sujetos de derecho pueden, por medio de negocios jurídicos- en especial el contrato- crear normas jurídicas particulares. esto es, sin que tengan efectos generales, sino, exclusivamente, entre las partes de dichos negocios jurídicos. El art. 1291 lo establece expresamente, siguiendo en esto al modelo francés y a los códigos que lo continúan: Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma. Este poder normativo de los individuos tiene límites concretos en el título preliminar, al regular el sistema de fuentes, los fija por medio del artículo 11...” *Mariño, Andrés- Estudio del título preliminar del Código Civil del Uruguay de 1868. La constitución del sistema de fuentes de derecho y de reglas para la interpretación e integración de las normas en el orden jurídico uruguayo.* Estudios en homenaje al profesor Jorge Gamarrá, FCU, 2001, p. 290.

(23) *Ferri*, pp. 175 a 178, 196 y 239.

(24) *Mariño, La interpretación judicial...*, pp. 609 a 615. *Mariño, Notas sobre la interpretación...*, pp. 502 a 506.

Estas no son meras casualidades, sino que, el Código Civil es coherente con la asimilación del contrato a una fuente de derecho objetivo.

Como si ello fuera poco la norma contractual, al igual que la ley, admite ser sometida a un proceso de integración cuando las partes no hayan disciplinado todas las vicisitudes de la relación jurídica que emerge de ella (25).

La previsión de medios de integración diferentes en uno y otro caso responde a la diversa naturaleza jurídica de ambas disposiciones y a una decisión de política legislativa efectuada por el Código Civil.

Coherentes con lo anterior las normas jurídicas son divididas en prohibitivas, imperativas y supletorias. Las pertenecientes a esta última categoría tienen por función enmendar las omisiones de los particulares en el ejercicio de su potestad normativa (26). Conforme a la tesis tradicional dicha clase debería ser desechada en virtud de que el negocio jurídico no es una fuente normativa.

La terminología utilizada por este tipo de reglas, del Código Civil, es ilustrativa de la potestad normativa de los particulares, verbigracia: “si no hubiere lugar designado” (1687), “prefijada en él” (1688), “como otra cosa no se hubiere estipulado” (1695), “Los contrayentes pueden por estipulaciones particulares hacer más extensiva” (1699), “a no ser que ésta hubiese sido expresamente convenida” (1701), “Si no hubiese convenio a este respecto” (1728), “y no se hubiese fijado” (1788), “cuando no se le hubiese prohibido expresamente” (1791), “Exceptuase el caso de haberse reservado expresamente” (1792), “a no ser que se hubiese pactado” (1793), “salvo si se conviniesen” (1797), “a falta de convención expresa” (1812), “no expresándose... se entenderá” (1887), “a falta de estipulación” (1888), “si no hay estipulación en contrario” (1891), “a menos que las partes declaren” (2158), “si nada se ha estipulado” (2202), “la que se fija en el contrato” (2206), “a falta de convención” (2220 y 2225).

En conclusión el contrato es fuente en un doble sentido: de él emergen derechos subjetivos, el derecho de crédito correlativo de la obligación (27) y también derecho objetivo, la norma jurídica contractual (28).

(25) *Gamarra, Jorge- Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XVIII, FCU, 1992, pp. 239 a 248.

(26) *Ballesteros*, pp. 22 y 24. *Ferri*, pp. 218, 219 y 224. *Recasens Siches*, pp. 321 y 322 “...con vistas a establecer una más adecuada reglamentación, el derecho positivo, aún en los sectores de la conducta humana reservados ampliamente a la autodeterminación de los sujetos de derecho, y en los que domina el principio de autonomía de la voluntad, ha entendido que era necesario establecer normas de derecho eventualmente aplicables para el caso de que el o los sujetos no hubieran tenido la precaución de regular, mediante norma, su propia conducta, o no hubieran establecido con suficiente claridad su alcance.” *Supervielle*, Bernardo- “Las leyes imperativas y prohibitivas”. *Estudios en memoria de Eduardo J. Couture*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1957, p. 781.

(27) “No resulta discutible que el contrato es un productor de situaciones (y por ende también de relaciones) jurídicas de derecho subjetivo y de obligación, sin perjuicio de producir algún otro género situacional (por ejemplo: facultad, derecho potestativo, sujeción)” *Caffera y Mariño*, p. 52.

(28) *Ferri*, pp. 172 y 202.

III. UBICACIÓN DEL CONTRATO EN EL SISTEMA JURÍDICO

Analizando al contrato dentro del sistema jurídico percibimos que este se relaciona con las demás normas jurídicas conformando lo que la doctrina ha dado en llamar el sistema escalonado o piramidal de las fuentes del derecho (29).

Según dicha concepción, a groso modo, toda disposición se encuentra subordinada a otra que, correlativamente, está supraordinada a ella. Así la Constitución está por encima de la Ley y esta, a su vez, sobre el contrato y el decreto.

Es preciso, por tanto, determinar en qué o cómo se manifiesta esa jerarquización entre las distintas normas; qué nos lleva a concluir que determinado precepto normativo está en un peldaño superior, inferior o en el mismo que otro (30).

La diferenciación estriba en que una norma estará supraordinada a otra en cuanto de ella derive la potestad de crear la norma supeditada. Esa potestad, origen común de las normas de todos los escalones, y por tanto determinante de su existencia, se denomina poder normativo y es definida como "... la potencia que se actúa al establecer, modificar o derogar normas jurídicas; implica idoneidad para modificar el mundo jurídico mediante normas que están constituidas por voluntad abstracta y objetiva." (31).

Dentro del género poder normativo encontramos diversas especies que se diferencian según el nivel al que nos refiramos. Así el constituyente es titular del poder normativo constitucional, el legislador del poder normativo legal, el Poder Ejecutivo del poder normativo reglamentario y los particulares del poder normativo negocial.

Es decir que el vínculo jerárquico entre los preceptos normativos se manifiesta en el establecimiento de los límites al poder normativo; en tal sentido una norma estará en una escala jerárquica superior en cuanto limite, o tenga virtualidad para limitar, el alcance de las normas que están subordinadas (32). Tal diferenciación teórica incidirá, a nivel práctico, en el alcance que posea el poder normativo en cada peldaño.

La referida demarcación se manifiesta de dos maneras diferentes a saber: en forma positiva y negativa según el poder a que nos estemos refiriendo. En lo que respecta a los poderes públicos los límites son positivos o funcionales en tanto que en el poder normativo negocial los mismos son negativos (Verbigracia art. 11 C.C.) (33).

(29) Bobbio, pp. 173 a 176. Cafaro y Carnelli, p. 17. Casinelli Muñoz, Horacio- *Derecho Público*, Versión de clases del curso de Derecho Público dictadas en la Facultad de Ciencias Económicas y de la Administración de la Universidad de la República actualizada al 30 de junio de 2002. FCU, p. 33. Ferri, pp. 26, 27, 45, 51, 52 y 87. Kelsen, Hans- *¿Qué es justicia?*, Ed. Planeta-Agostini, 1993, pp. 140 y 141. Kelsen, Hans- *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, UNAM, México, 1995, pp. 146 a 192. Kelsen, *Teoría pura...* pp. 135-153. ROSS, Alf- *Teoría de las fuentes del derecho*, trad. José Luis Muñoz de Buena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 383 a 416. Ross, Alf- *Sobre el Derecho y la Justicia*, EUDEBA, Bs. As. 1963, pp. 100 y 101. Nino, pp. 11 a 15. Recasens Siches, pp. 292, 293, 297 y 308.

(30) "Los preceptos que pertenecen a un sistema jurídico pueden ser del mismo o de diverso rango. En la primera hipótesis hay entre ellos una relación de *coordinación*; en la segunda, un nexo de *supra o subordinación*. La existencia de relaciones de este último tipo permite la ordenación escalonada de aquellos preceptos y revela, al propio tiempo, el fundamento de su validez." García Maynez, Eduardo- *Introducción al estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, Mexico, 1974, p. 83.

(31) Cafaro y Carnelli, p. 17.

(32) Ferri, pp. 5 y 101.

(33) Ferri, pp. 348, 349, 351, 354 y 358.

Algunos autores han clasificado esos límites y es así que *Bobbio* los divide en dos tipos:

- a) Límites relativos al contenido.
- b) Límites relativos a la forma.

“El primer tipo de límites tiene que ver con el contenido de la norma que el inferior está autorizado para dictar, y el segundo tipo se refiere a la forma, esto es, al modo o al procedimiento por medio del cual el inferior debe dictar la norma.” (34).

En conclusión dentro de esta distribución jerárquica el contrato se ubica por debajo de la Constitución y de la Ley en el mismo nivel que los decretos del Poder Ejecutivo los que, en consecuencia, no podrán incidir sobre su forma o contenido.

IV. LIMITES FORMALES: ANALISIS DE LOS DISTINTOS ESCALONES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

A efectos de visualizar cómo se estructuran, y funcionan, las demarcaciones impuestas por las normas superiores sobre las inferiores analizaremos, en primer término, los límites formales.

Comenzando por el poder normativo constitucional el art. 331 de la Constitución prevé que para reformar la Carta Magna se deberán seguir determinados “camino”, no siendo válido proceder de cualquier modo.

Descendiendo un peldaño, hallamos al poder normativo legal, cuyo ejercicio también disciplina la Constitución, en forma genérica, en sus arts. 133 a 145.

Si bien, en principio, el poder normativo legal se manifestará a través de la actuación de los integrantes del Poder Legislativo decidiendo en mayoría simple en ciertos supuestos se requerirá que lo hagan mediante mayoría absoluta (35) o “mayorías especiales” de sus integrantes (36). Es decir que el procedimiento ordinario de creación de la ley en tales supuestos es más riguroso en función del tema a regular por la disposición en gestación.

Por su parte el poder normativo reglamentario se encuentra disperso entre las distintas administraciones públicas con que cuenta nuestro país (37). Son titulares del mismo el Poder Ejecutivo (art. 168 num. 4. Const.), el Tribunal de Cuentas (art. 211 inc. f Const.), la Corte Electoral (art. 322 lit. b Const.), la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 105 Const.), los entes autónomos y los Servicios Descentralizados (arts. 185 y 204 Const.) y a nivel municipal el Intendente (arts. 274 y 275 num. 2 Const.) (38).

(34) *Bobbio*, pp. 176 y 177. *Cafaro* y *Carnelli* refiriéndose al negocio jurídico, distinguen forma y contenido de la voluntad, op. cit. pp. 12 y 13. *Cossio*, pp. 102-104. *Ferri*, pp. 11, 241 y 242. *Ross* habla de condiciones formales y materiales, *Sobre el derecho...* pp. 77 y 78. Nuestra Constitución plasma esta diferenciación en su art. 256 cuando dispone “Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o contenido...” (cursivas nuestras). “Una ley puede oponerse a la Constitución por no haberse elaborado por el procedimiento correcto (inconstitucionalidad formal), o por contener soluciones contrarias a las constitucionales (inconstitucionalidad material).”

(35) Entre otros ver: arts. 85 núms. 6, 7, 8, 9 14 y 17; 60 inc 2; 174 inc. 1; 188 inc. 4; 196; 204; 231; 288; 298 núms. 1, 2 y 3 Const.

(36) Entre otros ver: arts. 85 núms. 9 y 17, 185 inc. 3, 187 inc. 3, 188 inc. 1, 189 inc. 2, 202 Const.

(37) “Desde el momento que esa potestad es inherente a la función administrativa y constituye uno de los atributos fundamentales, la tienen los órganos jerarcas de las distintas administraciones públicas.” *Sayagués Laso*, Enrique- *Tratado de Derecho Administrativo*, actualizado por Daniel Martins, FCU, 2002, p. 143. *Recensens Siches*, p. 311.

(38) *Sayagués Laso*, pp. 144 y 145.

En lo que respecta al poder normativo negocial si bien el principio general en materia contractual es el consensualismo, o libertad de formas, existen normas de origen legal, supraordinadas, que en determinados casos establecen ciertos requisitos para ejercitar dicha potestad (39). Algunos contratos por su importancia económica deben ser estipulados en escritura privada, escritura pública o incluso requieren la entrega del bien material objeto del mismo a efectos de que la norma contractual “nazca a la vida jurídica” (40).

Como destaca el Maestro *Gamarra* en este aspecto nuestro Código Civil es por demás claro; el art. 1252 C.C. dice que “*El contrato se llama solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales...*” y el 1264 según el cual “*Si el contrato fuese solemne...sólo se considerará perfecto después de llenadas las formas especialmente requeridas por la ley.*” (destacado nuestro)

V. LIMITES MATERIALES: DETERMINACION Y CLASIFICACION

Si bien los límites relativos a la forma no plantean dificultades no sucede lo mismo con los materiales. *Bobbio* los define como aquellos que refieren al contenido de la norma sin agregar mucho más. De la simple lectura de las disposiciones pertenecientes a los distintos niveles del ordenamiento nos percatamos de su abundancia, y heterogeneidad, ameritando por tanto ser distinguidos y ordenados.

Para dicha tarea habremos de valernos de la clasificación de los ámbitos de validez o aplicación de las normas jurídicas.

Todo precepto es tetradimensional, es decir que, posee cuatro ámbitos de validez o aplicación: objetivo, subjetivo, espacial y temporal. El primero refiere a aquellas cosas o acciones objeto de la norma, el segundo a los sujetos alcanzados por ella, el tercero al lugar en que esta regirá y el último atiende al período de tiempo en que mantendrá su vigencia.

Coordinando la división de los ámbitos de aplicación con los límites materiales del poder normativo nos percatamos de que ambos conceptos constituyen el mismo fenómeno mirado desde dos puntos de vista o, mejor dicho, en dos momentos diferentes de la vida de la norma jurídica.

El titular del poder normativo antes de su ejercicio lo único que tiene claro, o debería tenerlo, son los límites de su potestad; luego de ejercida esta surgirá la norma jurídica con sus respectivos ámbitos de aplicación.

En el momento “potencial” del poder normativo nos encontramos con la norma supraordinada estableciendo los límites de la disposición a crear, y luego, en su etapa “cinética” ante una norma concreta con sus correspondientes ámbitos de aplicación. Si la norma específica vulnera los límites abstractos, impuestos por la norma superior, no será tutelada por el ordenamiento jurídico hallándonos así ante una ley inconstitucional, un contrato inexistente o inválido y un decreto ilegal.

(39) *Gamarra, Jorge- Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. VIII, FCU, 1992, p. 202.

(40) En materia de testamento, a diferencia del contrato, el principio general es la solemnidad (arts. 790. 791 y 792 C.C.).

En consecuencia tomando la división de los ámbitos de validez a efectos de clasificar los límites materiales obtenemos el siguiente cuadro:

- a) Límites materiales objetivos.
- b) Límites materiales subjetivos.
- c) Límites materiales espaciales.
- d) Límites materiales temporales.

Un análisis del derecho positivo nacional nos ayudará a clarificar los conceptos vertidos y a advertir su correlación lógica (41).

Partiendo del poder normativo constitucional surge un primer problema, destacado por la mayoría de los teóricos del derecho, que refiere a cómo coordinar la existencia de límites materiales, que deben derivar de una norma supraordenada, con la afirmación de que la Constitución ocupa el peldaño superior en el sistema escalonado de normas jurídicas.

Puesto que su solución excede los límites materiales de este trabajo y los intelectuales de su autor prescindimos de ingresar en su análisis (42).

Con respecto a este tema *Korzeniak* se pregunta “¿existen límites sobre el contenido de las reformas constitucionales?” (43).

En tal sentido la doctrina constitucionalista ha desarrollado la teoría de las normas pétreas que son “... aquellas disposiciones constitucionales “protegidas” explícitamente mediante la veda de su modificación.” “Normas cuya reforma se prohíbe *“in eternum”*”. Verbigracia el art. 2° de la Const. cuando establece que la República Oriental del Uruguay es y *será para siempre* libre e independiente de todo poder extranjero y el art. 3° según el cual *jamás será* el patrimonio de personas ni familia alguna (44). (Cursivas nuestras)

Sin perjuicio de lo opinable de esta tesis la misma es útil para demostrar la existencia de límites materiales objetivos.

Analizando el poder normativo legal se vislumbra mejor la cuádruple división efectuada.

En nuestro país este poderío no es privativo del Poder Legislativo, sino que, es compartido con las Juntas Departamentales. Como consecuencia de ello, y para evitar superposiciones en la distribución del poder normativo legal, la Constitución, norma supraordenada, estableció límites objetivos a ámbos titulares.

El legislativo nacional se encuentra expresamente circunscrito por el art. 85 Const. en tanto que al departamental le sucede lo propio por imperio del art. 273 (45).

(41) *Rezzónico* divide a los límites en externos e internos, los primeros tendrían que ver con lo que nosotros denominamos límites materiales subjetivos y los otros con los límites materiales objetivos. *Rezzónico*, Juan Carlos- *Principios fundamentales de los contratos*, Ed. ASTREA, Bs. As., 1999, pp. 202 y 203. *Hart* realiza una clasificación de las normas jurídicas que confieren potestades a los particulares pero no coincide con la aquí sostenida. Ob. cit. p. 36.

(42) Ver *Recasens Siches*, pp. 293 y 294.

(43) *Korzeniak*, José- *Primer curso de Derecho Público, Derecho Constitucional*, FCU, 2001, p. 95.

(44) *Korzeniak*, p. 168.

(45) “...en nuestro texto constitucional, en materia de atribución de competencias se siguen dos técnicas distintas: en algunos casos, como en el art. 85 y en el art. 168, cuando se trata de determinar los poderes que corresponden al Legislativo o al Ejecutivo,

Es decir que sobre las materias privativas de la Junta Departamental el Poder Legislativo carece de poder normativo legal y viceversa.

Amén de tales confines materiales objetivos podemos enunciar, además, como otros ejemplos la prohibición de la pena de muerte o de la usura (arts. 26 y 52 respectivamente). Es decir que el legislador carece de poder normativo legal para dictar una norma que permita la pena de muerte o la fijación de intereses usurarios por los particulares.

En cuanto al límite espacial, o territorial, es muy gráfico lo que sucede con las Juntas Departamentales las cuales, según el art. 273, encuentran su poder normativo legal acotado "a todo el territorio del departamento"; en tanto que el legislativo nacional no está limitado al respecto.

Finalmente como ejemplo de límite temporal del poder normativo legal recurrimos a las leyes de presupuesto y de rendición de cuentas las cuales son esencialmente temporales puesto que regirán solamente durante el período de gobierno, esto es cinco años. (arts. 214, 216 y 222 Const.).

Descendiendo un peldaño encontramos al contrato, objeto de este estudio, el cual es fruto del poder normativo negocial. Este poder, al igual que el legal, también está sujeto a esos cuatro tipos de límites materiales. Si bien los mismos están dispersos en la profusa cantidad de leyes existentes centraremos nuestro análisis en el Código Civil.

Los ejemplos expuestos por *Cafaro* y *Carnelli* son límites objetivos materiales en cuanto determinados individuos no podrán crear normas referidas a ciertas materias (contratos y sus respectivas obligaciones) con ciertas personas como consecuencia de poseer determinados vínculos jurídicos (46). Otros casos que consideramos corresponden a dicha categoría y no han sido incluidos por estos autores son los plasmados en los arts. 1625, 1626, 1880, 2148 y 2217 del Código Civil.

En cuanto al límite material subjetivo nuestro Código Civil cuenta con dos disposiciones al respecto. De la coordinación de los arts 1292 y 1293 surge establecida claramente una frontera más allá de la cual la norma jurídica contractual no podrá llegar; es decir que la misma sólo regirá para sus autores.

Resulta difícil encontrar un límite espacial al poder normativo negocial, por cuanto, los individuos pueden celebrar negocios jurídicos que rijan en cualquier parte de la República.

Finalmente analizando los límites materiales temporales impuestos al poder normativo negocial encontramos los arts. 1743, 1782, 1836 y 1887 inc. 2 C.C. los que visiblemente restringen la vigencia de la norma jurídica contractual.

La disquisición de los distintos tipos de límites materiales sirve para avizorar que las consecuencias de su vulneración serán distintas en cada uno de los casos. Como hemos visto

el Constituyente hace una enunciación exhaustiva, que no puede ser ampliada ni por aplicación de reglas de analogía ni por ningún otro medio"... "Con respecto a la autoridad municipal ocurre algo semejante. El Constituyente enumera algunas de las competencias de las Juntas, y asigna al Legislador nacional el poder de atribuir otras." *Jiménez de Aréchaga, Justino- La Constitución Nacional, Organización taquigráfica Medina, t. IX.1, pp. 135 y 136.*

(46) *Cafaro y Carnelli*, pág. 24.

la mayoría de los límites impuestos por el legislador son del tipo material objetivo en tanto que los otros han sido previstos con menor frecuencia.

En lo que respecta a los límites materiales objetivos su consecuencia será la nulidad o inexistencia de la norma jurídica contractual acaeciendo ello desde el origen mismo del referido precepto. En cuanto a los límites temporales la norma contractual será desde un comienzo válida acaeciendo luego, al momento de vulneración del plazo impuesto por la ley, una invalidez superviniente y por consiguiente la desaparición de la norma. Y en lo que refiere a los límites subjetivos la norma contractual será válida y por tanto aplicable pero acotada a las partes del contrato.

VI. EFICACIA CONTRACTUAL

Conforme a lo sostenido por *Gamarra* “La doctrina entiende por “efecto” la modificación que se produce en el mundo jurídico; esto es, la diferencia entre una situación preexistente y otra sucesiva” (47). Coherente con ello, en la clasificación de los negocios jurídicos según sus efectos el contrato es ubicado en la categoría de los dispositivos en sentido amplio en cuanto modifica una situación jurídica preexistente (48).

Cuando la doctrina tradicional analiza cuál es la modificación que el contrato ha provocado en el “mundo jurídico” centra su atención en el surgimiento de relaciones jurídicas, esto es, atiende a su carácter de fuente de obligaciones desconociendo su carácter de fuente de derecho. Incluso autores como *Cafaro* y *Carnelli*, que introdujeron el concepto de poder normativo negocial en nuestro país, en el capítulo en que desarrollan el tema de la eficacia del contrato no hacen mención al aspecto normativo (49).

Tal como dijimos el contrato es fuente de derechos subjetivos y de derecho objetivo. Del mismo emergen, a lo menos, el derecho subjetivo de crédito y también el derecho objetivo, esto es las normas jurídicas que regulan la relación contractual. El hecho de que nuestro Código Civil haya puesto todas sus baterías en regular el efecto obligacional no es un argumento para que nos pase inadvertido el aspecto normativo (50).

Esto nos permite afirmar que la eficacia contractual posee un doble carácter: obligacional y normativo lo cual enriquece a este instituto y vuelve más interesante su estudio.

Si analizamos nuestro Código Civil con detenimiento nos percatamos de que ambos aspectos han sido regulados en preceptos diferentes, así la eficacia obligacional está prevista en el art. 1246 (“*Las obligaciones nacen...*”) en tanto que la normativa emerge de los arts. 11 (“*No pueden derogarse por convenios particulares...*”) y 1291 (“*Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma.*”).

(47) *Gamarra*, Jorge- *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XIV, FCU, 1994, p. 197.

(48) *Gamarra*, t. VIII, p. 48.

(49) “La eficacia del negocio contrato se expresa, como consecuencia inherente al tipo, a través del surgimiento de una relación obligatoria...” *Cafaro* y *Carnelli*, p. 49. *Gamarra*, t. XIV. Pp. 197 a 199.

(50) La doctrina laboralista analizando los Convenios Colectivos distinguieron entre cláusulas normativas y obligacionales. “Cláusulas normativas y obligacionales”, *Grzetich*, Antonio en AA.VV., *Veintitrés estudios sobre convenios colectivos*, pp. 107 a 125.

Además de su diversa sustancia existen algunas diferencias que hacen al funcionamiento de uno y otro tipo de eficacia.

La eficacia normativa es anterior a la obligacional; ella surge al momento del perfeccionamiento del contrato en tanto que la otra acaecerá recién con la exigibilidad.

Puede que ambas surjan en el mismo momento, pero si nada se prevé sobre la exigibilidad (art. 1440 C.C.) o la misma es diferida en virtud de un plazo suspensivo o sometida a una condición suspensiva existirá un lapso de tiempo en que regirá la norma contractual aunque no hayan surgido las obligaciones.

La doctrina tradicional ha encontrado dificultades al momento de definir qué sucede en ese período comprendido entre la conclusión del contrato y el surgimiento de las obligaciones.

Cafaro y Carnelli explican este fenómeno diciendo que "...surge una relación, la cual tiene por contenido conductas *compatibles* con el efecto final, (...) si bien no surge la relación obligatoria igualmente las partes se encuentran mutuamente vinculadas, atadas o ligadas,..." (51). Por su parte *Gamarra* sostiene que nos hallamos ante los efectos preliminares del contrato (52).

Ambas posiciones resultan contradictorias consigo mismas pues sus autores parten de considerar que del contrato emerge solamente la relación jurídica obligacional; por lo cual puede nacer una relación vinculante distinto de la obligatoria y tampoco un efecto preliminar diverso del obligacional.

Lo que no advierten estos doctrinarios es que en realidad no estamos ante una relación jurídica entre las partes del contrato sino ante un estado de sujeción de cada una de ellas respecto del precepto contractual al cual deben respetar en cuanto tal.

La eficacia normativa deriva de la calidad de negocio jurídico del contrato en tanto que la eficacia obligacional deviene como consecuencia de su carácter contractual. Es por ello que el testamento, negocio jurídico unilateral, no genera obligaciones pero sí normas jurídicas (53).

Otra diferencia radica en que la eficacia obligacional sólo alcanza al deudor en tanto que la eficacia normativa a todas las partes del contrato.

La eficacia normativa en contraposición a la obligacional no admite ser sometida a un plazo o condición que la suspendan pues desde el momento en que las partes prevén alguno de estos elementos accidentales ya está rigiendo la norma contractual.

En conclusión la modificación que el contrato produce en el "mundo jurídico" no apunta solamente al surgimiento de obligaciones, que antes no estaban, sino que también nacen normas jurídicas contractuales que tampoco preexistían.

(51) *Cafaro y Carnelli*, p. 85.

(52) *Gamarra*, t. XIV, p. 199.

(53) *Ferri*, pp. 62 y 63.

VII. FUERZA VINCULANTE

Refiriéndose a la fuerza vinculante del contrato el profesor *Gamarra* afirma que “Entre los efectos del contrato se enuncia, en primer término, su obligatoriedad; porque el contrato vincula imperativamente a las partes; crea una regulación preceptiva de intereses, que los contratantes están obligados a observar.” (54).

Y posteriormente sostiene que “..., el efecto obligacional del contrato, o sea, la creación de un vínculo jurídico de naturaleza personal (art. 473), conlleva esta fuerza vinculante u obligatoria (esta juridicidad) que el art. 1291 proclama en otro lado.” Concluyendo que “...si tenemos en cuenta las prescripciones de los arts. 1246 y 1247 (así como las normas que establecen la coercibilidad del vínculo obligacional), me parece que la supresión de este inciso 1º del art. 1291 no tendría consecuencias de ninguna clase para el sistema del Código Civil.” (55).

En resumidas cuentas la doctrina tradicional plantea que el art. 1291 se refiere a la eficacia obligacional del contrato y que el Código a efectos de ilustrar esa fuerza obligatoria efectúa una comparación con la ley. En virtud de ello y de que esta norma repite lo dispuesto por los arts. 1246 y 1247 su derogación no afectaría la sistemática del Código Civil y del contrato.

Coherentes con la doble eficacia del contrato que propugnamos creemos que la fuerza vinculante es también dual, o lo que es mejor, posee dos acepciones: una referida a la eficacia normativa y la otra al efecto obligacional.

Por un lado en lo que respecta al efecto normativo ambas partes del contrato se encuentran respecto de las normas creadas a través del mismo en una situación de sujeción (56).

Por otro a consecuencia de la eficacia obligacional la parte deudora, estará “vinculada” al acreedor en lo que se ha dado en llamar relación obligatoria. Recordemos que etimológicamente el término obligación procede del latín “ob ligatio” que significa estar ligado e ilustra la situación en que se encuentra el obligado respecto de su contraparte (57).

Aunque esto parezca intrincado es dable destacar que la doctrina tradicional ha confundido tales acepciones.

Atento al tenor literal del art. 1291 creemos que no se pueden enmarañar los dos significados de la expresión fuerza vinculante.

Si adoptamos la tesis tradicional se nos plantean una serie de problemas prácticos de difícil solución.

(54) *Gamarra*, t. XIV, p. 201.

(55) *Gamarra*, t. XIV, p. 204.

(56) “La sujeción es aquella relación jurídica pasiva en que se manifiesta con mayor claridad la figura del deber como *impotencia de obrar*, o sea la *impotencia de determinar por uno mismo la propia conducta*:...” (...) “...queda a plena luz esta figura por aquellas leyes que no vinculan a todos los ciudadanos...en las disposiciones concretas, que en cuanto tales admiten la distinción entre aquellos que están sometidos a ellas y quienes no lo están. Aquellos son las partes, y éstos son los terceros...” *Carnelutti*, pp. 216 y 217. *Ferri*, pp. 55, 75, 76, 77, 80, 81, 137, 146, 149, 150 y 151.

(57) El término obligación viene de “*obligatio*, palabra compuesta de *ob*, delante, por causa de, alrededor, y *ligatio*, de *ligo*, *as*, *are*, que significa atar, ligar, amarrar” de *Casso y Romero. Ignacio- Diccionario de Derecho Privado G-Z*, t. II, Labor S.A., 1950, p. 2783.

Verbigracia si el contrato encuentra su eficacia obligacional suspendida, en virtud de un plazo o una condición, las partes recién estarían vinculadas una vez que nacen las obligaciones. Es decir que hasta ese momento se encontrarían en un estado de libertad absoluta idéntico a la etapa precontractual pudiendo cualquiera desligarse del contrato en tanto no haya transcurrido el plazo o se haya cumplido la condición. Como bien sabemos ello no es así puesto que hasta el momento del perfeccionamiento las partes se encuentran en una situación de libertad (art. 1265 inc. 2 C.C.) y posteriormente ingresan en un estado de sujeción respecto de la norma jurídica contractual que regirá aunque no hayan nacido las obligaciones o, inclusive, aunque estas nunca lleguen a nacer.

Cabe agregar que en tal sentido se previeron los arts. 1420, 1423 y 1425 del Código Civil.

Por tanto, en esta etapa, el codificador concede una tutela al contrato en cuanto norma jurídica actual y no en atención a la relación obligacional cuya existencia es futura, en el caso del plazo, o incluso eventual, en el supuesto de la condición. Antes del nacimiento de las obligaciones las partes están sometidas al contrato en función de su eficacia normativa.

Otro caso es que las partes pacten un plazo o una condición resolutoria previendo, además, un régimen especial de restituciones distinto al del Código Civil. Conforme a la tesis tradicional desaparecida el efecto obligacional el contrato no ligaría más a las partes por lo cual ese régimen de devoluciones estipulado se cumpliría en virtud de la buena voluntad de las partes y no de la fuerza vinculante del contrato.

Otra hipótesis de ardua resolución para la doctrina tradicional es el de los contratos unilaterales puros, esto es, aquellos en que resulta obligada una sola de las partes. Si asimilamos fuerza vinculante a eficacia obligacional el acreedor podrá desligarse del contrato cuando lo desee en virtud de que él no se encuentra obligado. Es decir que aunque el contrato se haya perfeccionado una de las partes continuaría en estado de libertad, similar a la etapa precontractual, pudiendo en consecuencia liberarse del mismo.

VIII. RELATIVIDAD

Delineando a la relatividad de los contratos la doctrina tradicional sostiene que “Cuando hablamos de “eficacia”, o de los “efectos” del contrato, y decimos que alcanzan exclusivamente a las partes, dejando fuera a los terceros... *nos referimos al efecto obligacional del contrato*. El contrato uruguayo tiene por efecto *únicamente* la producción de obligaciones...” (58) (Cursivas nuestras).

En esta posición la relatividad apunta a determinar qué sujetos resultan obligados por el contrato, o mejor dicho, a quienes alcanza su eficacia obligacional.

Por el contrario, y continuando en la sintonía de ver al contrato como fuente de derechos subjetivos y objetivo, creemos que el término relatividad tiene un sentido diverso según nos refiramos a uno u otro fenómeno.

(58) Gamarra, Jorge- *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XV, p. 7.

En lo que respecta a la eficacia obligacional el derecho correlativo de la obligación emergente del contrato es un derecho personal y, por contraposición al derecho real, relativo pues sólo puede reclamarse del deudor.

En tanto que en el aspecto normativo la relatividad apunta al ámbito de aplicación, o validez, subjetivo de la norma jurídica contractual el cual, en contraposición a la ley que posee vocación de generalidad, alcanza únicamente a las partes del contrato.

La referida disección del principio de relatividad fue expresamente prevista por Narvaja. Ambos aspectos se encuentran regulados en disposiciones distintas; la relatividad de los derechos emergentes del contrato, en cuanto personales, está plasmada en el art. 473 que reza: "*Derechos personales son los que pueden reclamarse de ciertas personas que por un hecho suyo o la sola disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas...*" (Subrayado nuestro). Ello no es una característica exclusiva de las obligaciones contractuales sino que todas las relaciones obligatorias cualquiera sea su fuente son relativas.

Paralelamente la relatividad entendida como ámbito de aplicación subjetivo de la norma contractual está expresa, y correctamente, plasmada en el art. 1293 C.C. al cual calificamos como un límite material subjetivo impuesto por la ley al poder normativo negocial.

Si leemos esta disposición la misma reza que "*Los contratos no pueden oponerse a los terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los artículos 1254 a 1256*".

La doctrina tradicional concluye que el 1293 constituye el complemento o cara externa del 1292 (59). Y en cuanto asimila eficacia contractual a eficacia obligacional, le resulta difícil explicar esta norma en su totalidad y, sobre todo, encontrarle sentido a las excepciones previstas por el codificador (60).

Nosotros por nuestra parte advertimos que el art. 1293, a diferencia del 1292, no dice los efectos de los contratos sino el contrato refiriendo a dicho negocio jurídico en cuanto norma jurídica.

Ello se ve corroborado por el resto del contenido de esta disposición la cual además de decir que no es oponible a terceros, sector sobre el cual ha centrado su análisis hasta el momento, agrega que no podrá invocarse por ellos.

Si decimos que el art. 1293 refiere a la eficacia obligacional debemos efectuar una interpretación abrogatoria de esta norma centrando la atención solamente en la palabra oponerse como sinónimo de obligar.

En cambio si sostenemos que el mismo apunta a la eficacia normativa la interpretación es más armónica puesto que la norma jurídica contractual en cuanto tiene su ámbito de aplicación acotado a las partes los terceros no podrán ser perjudicados ni beneficiados por dichas normas jurídicas.

(59) *Gamarra*, t. 15, p. 9.

(60) "El art. 1257 está lejos de excepcionar esta regla; por el contrario, la confirma expresamente, por cuanto prescribe que "esta tercera persona no contrae obligación alguna, sino en virtud de su ratificación". En consecuencia, la obligación a cargo del tercero nace únicamente cuando éste manifiesta su conformidad" *Gamarra*, t. XV, pp. 78 y 79.

Con la lectura que aquí propugnamos los artículos 1254 a 1256 resultan ser excepciones al art. 1293 puesto que determinados sujetos que no participaron “materialmente” en la facción del contrato resultarán igualmente vinculados por sus preceptos ampliando así su ámbito de aplicación subjetivo.

El referido ensanchamiento del ámbito de validez podrá ser originario, como en el caso de la representación, donde desde el comienzo el representado, que no participo materialmente en el contrato se encuentra ligado al mismo; o superviniente como en los arts. 1255 y 1256 donde el tercero ajeno al contrato deberá emitir su voluntad a efectos de que la norma jurídica contractual lo alcance.

Es decir que el ámbito de aplicación subjetivo de las normas jurídicas contractuales es relativo pues sólo están sujetas a las mismas aquellas personas que han sido parte del negocio jurídico.

IX. CONCLUSIONES

El calificar al contrato como fuente de derecho objetivo y de derechos subjetivos no supone un mero, y vacuo, ejercicio intelectual carente de trascendencia práctica. Muy por el contrario bregamos porque toda construcción teórica más allá de realizar aportes al pensamiento jurídico o de instalar la polémica sobre un tema determinado en la comunidad intelectual demuestre cuál es su incidencia en el mundo real.

Desde el punto de vista teórico el destacar que del contrato emergen normas jurídicas conjuntamente con situaciones jurídicas, si bien no es algo original, supone un reconocimiento de la real dimensión que posee este instrumento jurídico dentro del sistema jurídico uruguayo. Y el redefinir los términos fuerza vinculante y relatividad desde esa doble perspectiva ratifica la importancia que posee el contrato, y el individuo, dentro del ordenamiento jurídico (61).

A nivel práctico el afiliarse a la tesis tradicional o a la postulada en este trabajo no es menor. El sostener que del contrato emergen normas jurídicas que vinculan a las partes en lo que respecta a las relaciones derivadas del mismo supone concluir que cualquier diferencia que se suscite entre ellas en virtud de ese negocio jurídico se solucionará conforme a dichas disposiciones. Ello quiere decir que el Juez llamado a resolver dicho litigio deberá hacerlo conforme a esa normativa que aunque sea relativa a las partes es la que, en definitiva, las vincula. Y para el caso de que existiera una “*infracción o errónea aplicación*” de la norma contractual por el juez la referida sentencia será pasible del recurso de casación (62).

Si, conforme a la doctrina tradicional, sostuviéramos que del contrato sólo irrumpen relaciones jurídicas el mentado error se considerará de hecho o de calificación del vínculo no admitiendo por tanto ser impugnada la sentencia ante nuestro máximo tribunal de justicia.

(61) Lorenz, Karl- *Derecho justo, fundamentos de ética jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, pp. 67 y 68.

(62) Barbero, p. 105.

Es dable destacar que el Código General del Proceso, en su art. 270, utiliza la expresión norma de derecho en sentido amplio abarcando a los preceptos contractuales (63) lo cual se condice con la finalidad del recurso de casación (64).

El ver al contrato formando parte del sistema escalonado de normas jurídicas es una herramienta útil para interpretar, y entender, al “mundo jurídico” lo cual nos permite percibir claramente cuál es el lugar que ocupa cada uno de los actores dentro del ordenamiento jurídico y hasta dónde llega su potestad normativa.

Con ello evitaremos incurrir en errores sobre todo los derivados de la actuación de determinado sujeto de derecho dentro de la esfera de actuación de otro y por tanto fuera de los límites de su poder normativo.

Un ejemplo claro de ello es lo acaecido con la regulación de la usura en nuestro país o lo que es mejor el establecimiento de los límites a los intereses que los particulares pueden cobrar.

El art. 52 dispone que “...Es de orden público la ley que señale límite máximo al interés de los préstamos.” Por lo cual por mandato constitucional el tema de la fijación de los límites usurarios constituye materia exclusiva del poder normativo legal.

Sin perjuicio de ello el art. 7 de la ley 14.095 tipifica como usura a los intereses que superen las tasas máximas fijadas por el Banco Central del Uruguay. Y el art. 10 dispone que “El Banco Central fijará periódicamente las tasas máximas de intereses...” por tanto existe un primer trasvasamiento de materia privativa del poder normativo legal al poder normativo reglamentario.

No conforme con ello el Banco Central en ejercicio ilegítimo de su poder normativo reglamentario estableció “... no podrán pactar en los préstamos de dinero, tasas de interés, compensaciones, gastos de administración, comisiones y otros cargos que, singular o conjuntamente superen en más un 75% (*setenta y cinco por ciento*) las tasas medias del mercado de operaciones corrientes de préstamos bancarios, del trimestre anterior, celebrado en similares condiciones y riesgos del préstamo de que se trate...”. (Circular N° 1797 de fecha 15/07/2002 (destacado nuestro)

Es decir que asistimos impávidos al absurdo de que los particulares, sujetos a los cuales se destina la norma que limita los intereses son quienes en definitiva terminarían estableciendo el mentado límite. Lo que el Constituyente estableció como privativo del poder normativo legal fue posteriormente “delegado” al poder normativo reglamentario que nuevamente lo “delegó” en el poder normativo negocial.

(63) “En cuanto a la interpretación de los contratos y más ampliamente de los negocios jurídicos...con el mismo criterio amplio que preconiza nuestro legislador también puede haber como motivo de casación. *Vescovi, Enrique- El recurso de Casación*, 2° ed. del libro *La Casación Civil*, Ed. Idea. Mdeo., 1996, p. 78. En contra véase de *la Rúa, Fernando- El recurso de Casación en el derecho positivo argentino*, Ed. Víctor P. De Zavalla, Bs. As., 1968, este autor opina que debe entenderse el sentido de “ley” en sentido genérico abarcando “...en general, todo acto decisorio de los poderes públicos regulador de relaciones sustanciales con carácter general y abstracto.” (...) “Quedan excluidos, desde luego...los contratos aunque tengan el carácter de típicos...” p. 109.

(64) “...la más relevante doctrina sobre el tema, asigna a nuestro instituto estas dos finalidades esenciales: la defensa del Derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia.” *Vescovi*, p. 27.

Creemos que de haberse analizado teniendo presente el sistema escalonado de normas jurídicas y la existencia de fuentes de derecho objetivo en cada uno de los escalones hubiese sido más patente la atrocidad jurídica en que incurrió el sistema jurídico todo.

