

CONCEPCIONES SOBRE EL MODELO DE CONTRATO

Ricardo LORENZETTI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El modelo del consentimiento negociado y del contrato de cambio*. III. *Críticas a la metodología*. IV. *Críticas al presupuesto de la acción racional*. V. *El consentimiento negociado y sus excepciones*. VI. *El modelo del contrato de cambio y sus excepciones*. VII. *El modelo del contrato instantáneo y de larga duración*. VIII. *Autonomía privada en el campo extrapatrimonial*. IX. *Cambios en las clasificaciones legales*. X. *Las críticas al modelo clásico desde una perspectiva metajurídica*.

I. INTRODUCCIÓN

El contrato de cambio y el consentimiento como causa de la obligación contractual, constituyen el modelo sobre el cual se han construido las reglas contractuales admitidas mayoritariamente en nuestra tradición.

Durante los últimos cincuenta años hubo importantes debates sobre estos presupuestos y sobre los fenómenos que lo afectaron, que podrían sintetizarse en lo siguiente:

1. La existencia de modos de contratar diferentes del consentimiento negociado, especialmente, las condiciones generales predispuestas, el contrato forzoso con el sector público.
2. Los contratos de colaboración y de larga duración, que presentan aspectos singularmente relevantes.
3. La contratación por medios electrónicos que modifica la declaración de voluntad y el consentimiento.
4. La creciente disolución del distingo entre contratos civiles y comerciales, y su sustitución por los contratos entre empresas, y consumidores.

Frente a ello hubo posturas que denunciaron la “muerte del contrato”. Bien enfocada la cuestión, no se trata de la crisis del contrato, sino del modelo del consentimiento basado en la negociación y del modelo de cambio, y de una insuficiencia clara en la perspectiva jurídica del contrato.¹

En otra línea de pensamiento, se propuso una dualidad de modelo: contratos instantáneos y contratos relacionales. En realidad, esta tesis no logró construir un conjunto de reglas suficientes para presentar un modelo alternativo.

En nuestra opinión, la cuestión es admitir que el modelo de consentimiento negociado y de cambio ha visto debilitado su potencial explicativo: ya no produce una única regla, sino la regla general, con excepciones.

- Hay una regla general del consentimiento y otra especial para la adhesión. Existen reglas especiales para situaciones novedosas, como el contrato celebrado por medios electrónicos y aquel en el que sólo interviene la apariencia y la confianza.
- Hay una regla general para la regulación del contrato de cambio instantáneo, y otra especial para los contratos de colaboración y de larga duración.
- Hay reglas especiales para los contratos colectivos y difusos.

En lo que sigue definiremos el modelo “clásico”, lo cual es importante, ya que las demás posiciones se han edificado “contra” o “diferenciándose” de este modelo.

Existe una verdadera necesidad metodológica de admitir este presupuesto de la insuficiencia, porque despeja el análisis al permitir estudiar una regla general y luego varias particulares con cierta autonomía.²

¹ Gorla admite que muchas discusiones están viciadas por un error de perspectiva, por “haberse fijado exclusivamente en los casos corrientes, en los contratos o negocios típicos (típicamente jurídicos, especialmente en los a título oneroso) y en los contratos formales...” Gorla, Gino, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico I. Exposición general*, traducción, notas de comparación y adaptación al derecho español por Jose Ferrandis Vilella, Barcelona, Bosch, 1959.

² Esta es la tendencia legislativa y de los cuerpos de doctrina que van surgiendo que se preocupan por aclarar a qué tipo de contratos se aplican. La Directiva 31/2000 sobre comercio electrónico interior en la Unión Europea precisa que no se aplica a los contratos de consumo y no deroga ninguna directiva de ese contenido; los principios Unidroit disponen que tratan sólo de los contratos comerciales internacionales y no contemplan las relaciones de consumo.

II. EL MODELO DEL CONSENTIMIENTO NEGOCIADO Y DEL CONTRATO DE CAMBIO

El modelo “clásico”³ se basa en el consentimiento negociado y en el contrato bilateral oneroso. Fue un largo proceso histórico, el cual hemos descrito, el que llevó a considerar que la regla contractual regula, mayoritariamente, la situación de dos personas que discuten libremente los términos de un acuerdo sobre un intercambio instantáneo.⁴

Presenta las siguientes características:

El método

a) Formalista: Se funda en una serie de principios que se consideran autoevidentes, y en una serie de reglas que se derivan deductivamente de ellos.⁵ No hay ninguna interrogación sobre el valor de esas reglas, ni sobre sus consecuencias, y por ello, no se admiten proposiciones fundadas en las costumbres, en la economía o en “policies”. El estudio del contrato es reducido a las reglas tradicionales, expulsando del cambio normativo a la legislación especial y las costumbres.⁶

b) Subjetivista: Los principios y reglas pueden ser ubicados en un aspecto que va desde lo objetivo a lo subjetivo: si la aplicación de una regla se basa en las costumbres, en el “estado del mundo” es objetivo, y si se basa en las intenciones, o el estado mental de las partes, es subjetivo. El modelo “clásico”, es subjetivista, ya que tiende a tomar en cuenta solamente lo que las partes quisieron en su fuero íntimo.

c) Abstracción, generalización, estandarización: Las reglas se aplican con independencia de la situación particular del caso, son reglas estanda-

³ Utilizamos este término para simplificar la denominación de un modelo que cuenta con censo mayoritario y al que muchos autores denominan “clásico”, para oponerlo a lo heterodoxo, las concepciones iconoclastas y cuestionadoras. El modelo dominante es, en realidad, un producto académico, que se ha concentrado en los textos, más que en la realidad y las costumbres negociales. Sobre este aspecto ver: Adams, John y Brownsword, Roger, *Understanding contract law*, 3a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2000, p. 18.

⁴ Por ejemplo, una cosa por una suma de dinero.

⁵ Holmes, Oliver Wendell, “Law in Science and Science in Law”, *Collected Legal Papers*, 1920, pp. 210-238.

⁶ Adams, John y Brownsword, Roger, *op.cit.*, nota 3, p. 5.

rizadas,⁷ no interesa la biografía particular del contratante; si es comerciante o consumidor, o si es experto o profano. Se considera que cualquier adaptación al caso produce incertidumbre e inseguridad.

d) Estático: Es estático, porque se focaliza en un solo instante de tiempo: el de la formación, más que en el proceso dinámico de negociación-celebración-cumplimiento. La lógica contractual presupone la existencia de dos etapas:⁸ una planificación que culmina en el acuerdo; una ejecución de ese “plan prestacional”.

e) La acción racional: Presupone que hay dos sujetos que no se conocen entre sí, negociando en un mercado con competencia perfecta, e intentando maximizar su beneficio.

III. CRÍTICAS A LA METODOLOGÍA

La metodología expuesta ha sido criticada desde las siguientes perspectivas:

- Consideración de todo el material normativo: Las reglas contractuales no son solamente las tradicionales sobre consentimiento, objeto, causa, cumplimiento e incumplimiento,⁹ también lo son los estatutos especiales, el derecho del consumidor, las normas constitucionales, las costumbres. Si este es el material relevante, hay que organizarlo de una manera más amplia que contemple todos los supuestos.
- La materialización de la regla contractual: El formalismo es insuficiente, ya que las reglas contractuales precisan de una valoración que tome en cuenta las particularidades del caso y los cambios socio-culturales que se producen. La utilización de “cláusulas generales”, como la buena fe, el abuso del derecho, y de “estándards”, como el de un “contratante razonable”, permiten que tanto las partes como el juez y la doctrina utilicen criterios nacidos de las costumbres, valores, etcétera. Hay un proceso creciente de “materialización”,

⁷ Eisenberg, Melvin, “Relational Contract Theory: unanswered questions, A Symposium in Honor of Ian R. Macneil, Why there is no law of relational contracts”, *Northwestern University Law Review*, primavera de 2000, 94, pp. 805 y ss.

⁸ Atiyah, Patrick, *A Introduction to the Law of Contract*, 5a. ed., Oxford, Clarendon Press, 2000, p. 39.

⁹ Adams, John y Brownsword, Roger, *op. cit.*, nota 3, p. 5.

de la regla contractual, dicho esto en el sentido de incorporar criterios de justicia material.

- Segmentación: La regla contractual comienza a dejar de lado su generalidad y abstracción, y comienza a tomar en cuenta categorías de sujetos: si es comerciante, consumidor, experto o profano.¹⁰
- La regla objetiva: Se ha criticado que la regla contractual no puede fundarse solamente en la intención del autor, sino que debe tomar en cuenta la expectativa creada en el receptor de la declaración. En la actualidad se entiende que la regla contractual obliga a lo que las partes debieron conforme a las costumbres, la buena fe.
- Adaptabilidad: La estandarización de reglas ha sido progresivamente reemplazada por la cláusula general, que es abierta e indeterminada, y se permite la adaptación a las particularidades del caso.
- El contrato como proceso continuo: La presentación del contrato por etapas separadas (consentimiento, ejecución, inejecución, etcétera) es un modo poco apropiado, porque hay muchos casos en que la relación jurídica es un proceso continuo. Ello no quiere decir que no exista una estructura formal para analizar el contrato, ya que los conceptos de “oferta”, “aceptación”, tienen un poder analítico que se debe seguir utilizando.¹¹

IV. CRÍTICAS AL PRESUPUESTO DE LA ACCIÓN RACIONAL

El modelo parte de una situación ideal de dos sujetos que no tienen una relación previa entre ellos, negociando en un mercado con competencia perfecta, e intentando maximizar su beneficio.

Cada uno de los elementos ha sido criticado:

1. La situación “ideal”, es decir, el modelo mismo, porque es demasiado simplificado y no se hace cargo de la complejidad de variables que presenta el mundo real. Por otra parte, ha habido excesos, ya que se ha llevado el potencial explicativo del modelo más allá de sus límites.

¹⁰ Ver más adelante nuestro análisis del principio protectorio en función de grupos o clases de individuos (capítulo VI).

¹¹ Adams, John y Brownsword, Roger, *op. cit.*, nota 3, p. 7.

2. El presupuesto de dos sujetos que no se conocen entre sí, porque hay categorías contractuales en las que se conocen e interactúan, como ocurre en los vínculos de larga duración¹² y este conocimiento que las partes van adquiriendo modifica su conducta en forma progresiva.
3. La información plena, ya que hay que hacerse cargo de los problemas derivados de un contrato incompleto por defectos de información. Tal vez, la mayoría de los problemas derivan del hecho de que los contratantes no tienen toda la información legal, económica, y fáctica sobre el objeto y los riesgos futuros, con lo cual no hay previsiones completas.
4. La negociación, ya que hay sectores en los que no hay negociación, sino adhesión, o mero intercambio silencioso.
5. La competencia perfecta, puesto que en el mundo real hay muchas fallas estructurales, y hay una estrecha relación entre el contrato y las instituciones en las cuales éste se desenvuelve.
6. La racionalidad individual: en el modelo clásico, se presupone que el individuo toma en cuenta sólo su conducta (racionalidad paramétrica), mientras que, en modelos más complejos, se considera que el individuo considera su propia conducta, las de los demás, las expectativas que sus acciones producen en los terceros y el ambiente en que se desenvuelve, todo lo cual no es estable y exige adaptación (racionalidad estratégica). En palabras de Elster,¹³ quien posee racionalidad estratégica “no solo toma sus decisiones sobre la base de sus expectativas acerca del futuro, sino también sobre la base de sus expectativas acerca de las expectativas de los demás”.
7. La maximización del beneficio: este elemento no es igual en los contratos de cambio, gratuitos, y en los de colaboración. Pero además, hay muchas observaciones fundadas sobre la capacidad de maximizar:¹⁴
 - a) Los individuos tienen una racionalidad limitada por numerosos factores que restringen sus posibilidades de elección estratégica.

¹² Este dato modifica la aplicación de la teoría de los juegos, porque en el juego repetido las estrategias varían sustancialmente, como lo veremos al tratar este tema específicamente.

¹³ Elster, Jon, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 38.

¹⁴ Eisenberg, Melvin, *op. cit.*, nota 7, pp. 805 y ss.

- b) Tienden a ser poco realistas y excesivamente optimistas en sus predicciones futuras, creen que las desgracias de otros no les van a ocurrir a ellos.
- c) Los individuos no suelen hacer comparaciones correctas respecto de los costos y beneficios futuros de sus decisiones, ya que subestiman los riesgos.
- d) El proceso de decisión presenta errores sistemáticos, porque normalmente se toma en cuenta el conocimiento basado en la memoria y la experiencia, antes que en datos empíricamente verificables. Suelen tomar pequeños ejemplos elevándolos a la categoría de regla general.

V. EL CONSENTIMIENTO NEGOCIADO Y SUS EXCEPCIONES

El modelo “clásico” toma en cuenta el contrato negociado entre las partes en posiciones de igualdad. Desde fines del siglo XIX, la doctrina ha señalado que puede haber contratos en los que no hay negociación, sino mera adhesión, o mero intercambio, y hay vínculos en los que tampoco hay igualdad.

Haremos un resumen de estas excepciones:

1. *Contratos predispuestos o “estándar”*

El primer problema surgió cuando, en lugar de discutir cláusula por cláusula, las partes aprendieron a redactarlas antes de que sean aceptadas o rechazadas. El origen de este fenómeno es la necesidad de bajar costos de transacción: si un comerciante vende un producto, podrá hacer un contrato para cada acto, pero si debe hacer muchas contrataciones, necesariamente intentará recurrir a un formulario. Se trata entonces de una *técnica*, pero no un nuevo tipo de contrato.

Los elementos de calificación son los siguientes:¹⁵

¹⁵ Gomez Laplaza, María del Carmen, “Condiciones generales de los contratos y tutela de los consumidores”, *Reforma del derecho privado y protección del consumidor*, Valladolid, Junta de Castilla y León, Gráficas Varona, 1994, p. 52. Díaz Alabart, Silvia, en Bercovitz, Rodrigo y Salas, Javier (dir.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Civitas, 1992, p. 255.

a) Predisposición: redactar las cláusulas antes de que las partes realicen su declaración de voluntad de ofertar o aceptar. Esta redacción puede ser efectuada por una de las partes, por las dos, o por un tercero, como cuando se hace un contrato con base en un modelo estándar que provee una cámara empresarial.

b) Generalidad: que la redacción sea con alcance general, es decir, para muchos contratos. Hay dos casos diferentes: una parte redacta cláusulas predisuestas para celebrar una generalidad de contratos con una generalidad de sujetos (contratos masivos), o se trata de un vínculo entre dos partes que van a celebrar muchos contratos futuros y predisponen un contenido.¹⁶

c) Rigidez: es decir, que sus cláusulas se establecen en bloque, sin posibilidad de discutir las en forma particularizada.

Por lo tanto, podemos decir que la predisposición es una técnica que no nos dice nada claro sobre la situación de las partes (no es un elemento activante de la aplicación del principio protectorio), ni sobre el consentimiento (puede haber negociación sobre el contenido predisuesto o no), salvo que la ley expresamente adopte esta posición.¹⁷

2. La adhesión

El contrato se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación predispone el contenido y la otra adhiere. El adherente toma el contrato tal como está o lo deja, pero no puede modificarlo.¹⁸

¹⁶ Agradeceremos esta observación a David Esborraz, quien ha leído borradores de este trabajo.

¹⁷ “Estándar” es la terminología utilizada en los Principios Unidroit (artículo 2.19) al definir las como aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas con la otra parte”. En los comentarios se afirma que no es decisivo si están en un documento separado o si están hechas en formularios preimpresos o por computadora, ni su exención, lo relevante es que hayan sido predisuestas para el uso generalizado y repetido de una de las partes y ser usadas en el caso concreto sin ser negociadas. *Cfr. Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, Unidroit, 1995. Esta posición es la que sigue el Proyecto de Reformas del Código Civil argentino de 1998, artículo 899.

¹⁸ Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, ed. actualizada, Rubinzal y Culzoni, p. 146.

Tradicionalmente se han considerado similares las nociones de “contratos predisuestos” y “celebrados por adhesión”.

El Proyecto de Reformas del Código Civil argentino (1998), los trata separadamente (artículo 899). Se considera que es contrato predisuesto “aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes”, condiciones generales son “las cláusulas predisuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, ya sea que estén incluidas en el instrumento del contrato o en otro separado”, y se define el contrato celebrado por adhesión como “al contrato predisuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación”. La razón de ello es que hay muchos contratos en los que la predisposición de las cláusulas no es un indicio de la debilidad de una de las partes: ello puede ocurrir porque los contratantes disminuyen los costos de transacción aceptando un modelo de contrato predisuesto por una de ella o por un tercero. Esta posibilidad hizo que se insistiera en que hay que prestar atención a la adhesión, antes que al carácter prerredactado o no de las cláusulas.

La adhesión es una característica de un acto del aceptante, y no una propiedad del contenido, como ocurre en el contrato predisuesto. El primer elemento activa el principio protectorio, mientras que el segundo es neutro, ya que puede o no existir abusividad.

De cualquier modo, esta calificación del proceso de formación del consentimiento mediante un acto de mera adhesión, significa que no hay consentimiento negociado. Los efectos jurídicos de esta modalidad son significativos:¹⁹ interpretación contra el estipulante (control de incorporación de la cláusula), posibilidad de declaración de abusividad de las cláusulas (control de contenido). Ambos efectos son claramente diferentes de los que se verifican en el consentimiento pleno.

3. *Intercambio no negociado*

La doctrina ha estudiado una serie de supuestos en los que las partes realizan un contrato pero no hay declaraciones de voluntad claras sobre la celebración, ni sobre las obligaciones que asumen, y sobre todo, no hay negociación:

¹⁹ Desarrollaremos este tema en el capítulo VIII.

Los supuestos usualmente mencionados son los siguientes:

- Casos en que hay un mero intercambio, como cuando se compra un producto en un supermercado, o en un cajero automático, o se deposita una moneda en una maquina; más allá de que la manifestación de voluntad sea tácitamente deducida, lo cierto es que no se negocian los términos.
- Contratos celebrados electrónicamente.
- Contratos en los que la costumbre es negociar: en muchos sectores de la contratación hay conductas sociales muy rígidas, que no admiten la negociación; si una persona va a un restaurante y pretende discutir el precio de los platos que le sirven, va a ser mirado de un modo muy extraño.

En estos supuestos, al igual que en el contrato celebrado por adhesión, se verifica un apartamiento del consentimiento negociado y surgen efectos que tienden a proteger al adherente.

4. *Intercambio desigual*

La categoría de los contratos celebrados con los consumidores es una aplicación del principio protectorio de la parte débil, que no se basa en un problema del consentimiento ni de la negociación en sí misma, sino en la desigualdad.

El elemento de calificación no es la adhesión, sino el consumo final (ley 24240) o la no profesionalidad del consumidor, según criterios más actuales.²⁰

Es un claro apartamiento de la regla general y en muchos sistemas legales, un microsistema jurídico con un alto grado de autonomía.

También surgen otros casos de regulaciones especiales basadas en la desigualdad, como ocurre, por ejemplo, en la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo sobre la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales,²¹ que atiende a la situaciones de las pequeñas empresas.

²⁰ Ampliamos en nuestro libro *Consumidores*, Rubinzal y Culzoni, 2003.

²¹ Que describimos al final de este capítulo.

5. *El contrato forzoso*

La posibilidad de admisión de un “contrato forzoso” comenzó con el análisis de aquellas situaciones en las que hay una severa restricción a la libertad de no celebrar un contrato. Así, en el depósito necesario (artículos 2187 y 2227 CCiv), el individuo contrata por una necesidad, está constreñido a hacerlo.

El tema adquirió una dimensión enorme con el surgimiento del sector público como contratante. Se han dado los siguientes ejemplos: el transporte obligatorio para los ferrocarriles, los contratos con las obras sociales,²² la obligación de pagar una obra pública por parte de los vecinos oponentes, si la mayoría de ellos decidió su realización (así, artículos 2 y 9, Ley 6821 de la provincia de Buenos Aires);²³ la celebración del vínculo con las empresas que cobran peaje obligatorio en las rutas concesionadas; el contrato de seguro obligatorio de automotores.

Se trata de un intercambio desigual, entre el gobierno y los particulares. La doctrina examinó este problema, primero desde el derecho público y luego desde el derecho privado, considerando los diversos contratos que realiza el Estado con los particulares en el campo del derecho privado.

Los contratos que se celebran con los servicios públicos privatizados han provocado numerosos problemas. En primer lugar, la discusión gira sobre si se trata de relaciones jurídicas contractuales o no: es el caso del vínculo de un afiliado con la obra social,²⁴ o el pago del peaje en rutas concesionadas.²⁵ En segundo lugar, se discute si hay libertad de celebración y de configuración del contenido, y en caso de que la respuesta sea afirmativa, se trata de averiguar cuáles son las normas aplicables: el derecho administrativo o el derecho contractual.

²² Trigo Represas, Félix y Stiglitz, Rubén, *El daño moral en el incumplimiento contractual. El contrato forzoso y la relación paciente-obra social*, nota a fallo en LL.1985-B.401. No hemos compartido esta posición en *La empresa médica*, Rubinzal y Culzoni, 1998, p. 78.

²³ Alterini, Atilio, *Contratos civiles, comerciales y de consumo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

²⁴ Ampliamos en *La empresa médica*, Rubinzal y Culzoni, inclinándonos por afirmar que se trata de un vínculo de la seguridad social y no un contrato forzoso.

²⁵ Ampliamos en “Concesionarios viales: ¿en qué casos hay responsabilidad”, *Rev. Derecho de Daños*, núm. 3.

En general, estos vínculos son regulados por las leyes de protección de los consumidores y ellas son las que les destinan una serie de normas especiales. De tal modo, el derecho de protección de los consumidores atraviesa transversalmente tanto al derecho contractual como al administrativo,²⁶ dando lugar a un supuesto especial de vínculos.

Lo cierto es que en ellos no se da, habitualmente, la libertad de celebración ni la de configurar su contenido, propias del contrato clásico.

6. *Contratos celebrados por medios electrónicos*

El contrato celebrado por medios electrónicos presenta diferencias respecto del modelo clásico, en cuanto a la declaración de voluntad, el tiempo y el lugar en que ellas se realizan, y por ello requiere normas particulares.

Puede ser celebrado digitalmente en forma total o parcial: en el primer caso, las partes elaboran y envían sus declaraciones de voluntad (intercambio electrónico de datos o por una comunicación digital interactiva); en el segundo, sólo uno de estos aspectos es digital: una parte puede elaborar su declaración y luego utiliza el medio digital para enviarla; se puede enviar un mail y recibir un documento escrito para firmar (medio telefónico, electrónico o telemático).²⁷ En algunas legislaciones se le agrega otro elemento de calificación: se celebra sin la presencia física de los contratantes.²⁸

Estando en presencia de un contrato, se aplican las reglas generales en cuanto a la capacidad, objeto, causa, efectos, que están en cada sistema legislativo.²⁹ El principio jurídico aplicable es el de “no discriminación”, es decir, que tienen vigencia las reglas generales sin que pueda invocarse la sola presencia del medio digital para desecharlas.

La voluntad de los contratantes se expresa por el medio electrónico, lo que significa que la declaración negocial es transmitida mediante algorit-

²⁶ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, en especial el excelente tomo dedicado a la defensa jurídica del administrado.

²⁷ Posición del Decreto 1906/99 de España.

²⁸ España, Real Decreto 1906/99, dictada el 17-12-99, vigencia a partir del 1.3.00.

²⁹ Gago, Fernando, *Contrato en Internet. Legislación nacional. Aspecto intrínseco. Capacidad. Objeto y consentimiento*, LL. 7.2.00. Azar, María José, “*El consentimiento en la contratación electrónica*”, ponencia publicada en Perú.

mos que se dirigen a un receptor que los recibe y desde el cual comunica su aceptación. Ello produce una gran despersonalización, ya que el emisor de la voluntad de contratar es un sujeto que puede no ser el dueño de la computadora, ni quien la utilice en el momento concreto.³⁰ La regla general puede enunciarse diciendo que: quien utiliza el medio electrónico y crea una apariencia de que el mismo pertenece a su esfera de intereses, soporta los riesgos y la carga de demostrar lo contrario. Esta regla se complementa con deberes colaterales que se imponen a las partes, como el de informar sobre el medio utilizado para comunicarse, el de utilizar un medio seguro.

Aunque se identifique al autor, existen riesgos de la emisión de la declaración ya que puede ser adulterada, cambiada, borrada, captada por un tercero o enviada por un desconocido. Para ello, la declaración se considera conocida cuando entra en la esfera de control del receptor, y existe una carga de auto información y de custodia a cargo del sujeto identificado como titular.

El contrato celebrado por medios electrónicos presenta características diferentes respecto del modelo clásico. Por esta razón, hay efectos particulares: la posibilidad de imputar la declaración al computador, en forma objetiva; la posible irrelevancia de los estados subjetivos, como el error, el dolo o la violencia, casi imposibles de probar.

7. Condiciones generales conocidas con posterioridad a la celebración (“rolling contracts”, “click and wrap agreements”)

El modelo clásico del consentimiento negociado enseña que las partes discuten los términos del acuerdo y luego de perfeccionarlo, se abre la etapa de ejecución.

El problema que ha surgido es que hay casos en que las partes cumplen pagando y entregándose el bien y, posteriormente, se consiente sobre las cláusulas. Las costumbres muestran el surgimiento de productos que están empaquetados, y contienen las cláusulas generales dentro del paquete. Ese envoltorio está diseñado de manera tal que cuando se abre,

³⁰ Dall’Aglío, Eduardo, “El consentimiento y los vicios de la voluntad en los contratos concluidos por computadora”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 49, núm. 1, p. 81.

importa una forma de asentir tácitamente las condiciones generales de la contratación que contiene. En internet se utiliza la práctica de hacer un “click” sobre un área que dice “acepto”, o se acepta una vez que se “baja” o “carga” un producto o un programa o una forma similar, lo cual implica adherir a condiciones generales.

Los problemas jurídicos que se plantean constituyen un desafío a la regla del consentimiento, y se encaminan hacia la admisión de un control judicial de las cláusulas, aunque hayan sido aprobadas. Tratamos este tema en el capítulo XXI con relación a los contratos de consumo.

VI. EL MODELO DEL CONTRATO DE CAMBIO Y SUS EXCEPCIONES

1. *Contratos de cambio, gratuitos y de colaboración*

La teoría general del contrato ha sido construida con base en una especie: el contrato de cambio oneroso.³¹ Esta técnica consiste en partir de un caso que tenga propiedades lo suficientemente genéricas como para abarcar otros supuestos,³² es válida en la medida en que exista una cierta homogeneidad. Nuestra interrogación se refiere a si esa identidad esencial subsiste o si, por el contrario, hay situaciones que presentan una particularidad demasiado intensa y se aparta del modelo de cambio.

Describiremos con más precisión este aspecto.

Se han identificado tres tipos de promesas:³³

1. La promesa unilateral, generalmente gratuita, que no espera nada del otro, y no es recíproca.
2. La promesa dada en contraprestación de una prestación ya recibida en el pasado: hay reciprocidad.
3. La promesa dada porque se recibirá otra promesa en el futuro, es recíproca y generalmente vinculada a un contrato escrito que define con precisión la promesa a recibir en contraprestación.

³¹ Savigny, *Sistema*, t. 3, párrafo 140, toma en cuenta a la venta, y en esa línea continúa Vélez Sársfield, en la nota al artículo 1137 del Civil, que define el contrato.

³² Ha sido utilizada, también, para regular la representación (género) a partir del mandato (especie), conforme al artículo 1870 CC.

³³ Adams, John y Brownsword, Roger, *op. cit.*, nota 3, p.15.

Los contratos gratuitos, generalmente, requieren de una forma para asegurarse de que alguien prometió algo, ya que de lo contrario, un simple comentario amistoso podría generar en otro la expectativa de una donación. Los contratos en los que hay una contraprestación ya dada, no requieren muchos elementos escritos, porque incluso, aun cuando no los hubiera, existiría una solución basada en el enriquecimiento injustificado: si alguien dio algo, es justo que otro le devuelva una contraprestación.

El surgimiento del consensualismo y el intercambio de una promesa por otra promesa hizo necesario precisar bien el objeto de la obligación, y por ello hay una estrecha relación con el contrato escrito. También fue imprescindible dar un sentido al intercambio de promesas o declaraciones de voluntad, y por ello se requirió de una causa. Esta identificación entre “promesas exigibles —causa fuente económica— contrato escrito” es un producto del siglo XIX.³⁴

En este esquema importa hacer presente el futuro, y describir en un solo acto la totalidad de la promesa, para no correr riesgos derivados de su indeterminación. Por ello, es tan importante el intercambio de oferta y aceptación, ya que son la base para determinar lo debido.

Desde el punto de vista de la racionalidad de la conducta hay tres modelos.³⁵

1. Contratos de cambio: El individuo se comporta maximizando su interés individual: ello da origen a una lógica adversarial, a la idea de reciprocidad, onerosidad, búsqueda del máximo beneficio, y en general a los contratos onerosos. La conducta utilitarista y el modelo adversarial es el utilizado en la mayoría de los contratos.
2. Contratos gratuitos. El individuo se comporta poniendo el interés de los demás por encima del suyo: esta es una conducta altruista, que explica los contratos gratuitos. La conducta altruista da lugar a un importante grupo de actividades económicas que han adquirido mucha relevancia en los últimos tiempos.³⁶

³⁴ *Ibidem*, p. 25.

³⁵ Brownsword, Roger, *Contract law-Themes for the twenty-first century*, Londres, Butterworths, 2000, p. 15.

³⁶ Las organizaciones no gubernamentales, las fundaciones, y muchas sociedades sin fines de lucro generan cada vez más movimiento económico en derredor de áreas como la protección ambiental, el patrimonio histórico, la defensa del consumidor, la protección

3. Contratos de colaboración: El individuo se comporta tomando en cuenta el interés del otro contratante: es una conducta cooperativa, que actúa con base en la confianza, y da lugar a vínculos de colaboración asociativa o gestoría de larga duración. El modelo cooperativo es diferente al adversarial y merece un estudio más importante en la teoría contractual. Ello fue puesto de relieve por Macaulay al señalar que en estos casos las transacciones no responden a cálculos de coyuntura, sino de largo plazo, y que se trata entre los contratantes una fuerte interdependencia en la que las disputas son suprimidas, ignoradas o bien resueltas para mantener el vínculo vivo.³⁷

2. *El modelo adversarial (contratos de cambio)
y el cooperativo (contratos de colaboración)*

Podemos hacer un análisis comparativo entre el modelo adversarial (contratos de cambio onerosos) y el modelo cooperativo (contratos de colaboración) de la siguiente manera:

1. En los contratos de cambio la satisfacción del interés se logra mediante objetivos de corto plazo, mientras que en los de colaboración predomina el largo plazo, lo cual permite sacrificios parciales a favor de la otra parte. Hay contratos de colaboración cuando existe una función de cooperación para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del contrato.³⁸

2. Esos objetivos compartidos de larga duración hacen que se sancionen con más intensidad aquellos comportamientos destinados a sacar ventaja uno del otro, que son lícitos en el modelo adversarial.

3. El deber de comportarse de buena fe en una relación de este tipo es mucho más estricto que en los casos en que hay posiciones contradictorias. En estas últimas, los romanos admitían el “*dolus bonus*”, el capita-

ambiental, el patrimonio histórico, la defensa del consumidor, la protección de los niños, los refugiados, etcétera.

³⁷ Macaulay, Stewart, “Non-contractual Relations in Business: a Preliminary Study”, *American Sociological Review*, vol. 28, 193, p. 55.

³⁸ Spota, Alberto G, *Instituciones de derecho civil-contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1974, t. I, p. 124; sobre las múltiples clasificaciones existentes y su significado con relación a los proyectos de reformas ver Richard, Efraín Hugo, “Negocios de participación, asociaciones y sociedades”, en colección dirigida por Alternini y López Cabaña, *Reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, t. 9.

lismo admitió la “astucia”, mientras que en las primeras la cooperación es esencial para que el contrato produzca sus efectos propios.

4. En los contratos de colaboración surge una fuerte interdependencia entre las partes, basadas en la confianza, en el control mutuo que dan lugar a deberes de colaboración, lealtad, información, exclusividad. Por esta razón es que el litigio disminuye, ya que el costo del juicio es superior al beneficio que se obtiene de continuar un vínculo que permitirá recuperar de alguna otra manera lo que se pretende en los tribunales. El litigio es más característico de relaciones instantáneas.³⁹

5. Por lo expuesto:

- a) En los contratos de cambio la finalidad inmediata es la circulación de bienes y la colaboración es un deber secundario de conducta que califica las obligaciones.
- b) En los contratos de colaboración, el colaborar es el fin inmediato y lo mediato puede ser el intercambio de bienes.

6. Podemos distinguir entre:

- a) Colaboración gestoría: el titular del interés delega en otro la ejecución de un acto jurídico o material.
- b) Colaboración asociativa: se comparte el interés y la finalidad común. Presenta comunidad de fines, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo el interés, lo que la diferencia claramente de la colaboración gestoría.⁴⁰ A

³⁹ La radiografía de litigios de una empresa muestra que estos están más relacionados con los sectores con los que mantiene una relación instantánea (una inversión en maquinaria, una compra de inmueble) o cuando se quiere retirar de una relación (ruptura de vínculos de larga duración, extinción en contratos de distribución, por ejemplo) o cuando el litigio es más lucrativo que el negocio en sí mismo (juicios por licitaciones), o cuando se trata de terceros con los que no hay relaciones previas o no se desea tenerlas (juicios por daños en la competencia desleal). Pero en una relación con un proveedor o un distribuidor, o incluso con un banco, si es de larga duración y de colaboración, gran parte de los litigios se procesan dentro del vínculo. Por esta razón, la promoción de este tipo de relaciones es adecuada para la disminución del litigio, porque cambia el incentivo. Hay numerosos trabajos sobre este tema: Adams, John y Brownsword, Roger, *op. cit.*, nota 3, p. 10; Williamson, Oliver, “Transaction-cost economics. The Governance of Contractual Relations”, *Journal of law and economics*, 1979, p. 233.

⁴⁰ Sobre el problema de la adecuación de un contrato de colaboración a la rigidez de la teoría contractual basada en los contratos de cambio ver Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, 4a. ed., t. VIII: *Doctrina general del contrato*, Fundación de Cultura Universitaria, 1992, vol. I, pp. 14 y ss.

diferencia de la sociedad, se trata de una integración parcial y no total, no existiendo disolución de la individualidad ni creación de una persona jurídica. Este tipo de colaboración existe en forma cada vez más frecuente porque es muy apto para la flexibilidad de las alianzas estratégicas entre empresas.

Desde el punto de vista de la dogmática jurídica hubo una larga discusión sobre aspectos vinculados a la causa asociativa. El concepto de contrato con partes contrapuestas parecía incompatible con la idea de asociación, y por ello se trató de ubicar a estas figuras como un acto colegial o complejo o una tipicidad especial: el contrato con finalidad común. En este punto se ha criticado qué calificación de contrato asociativo es usada con la sola finalidad de reagrupar en categorías a los contratos en particular, pero no se deducen particulares consecuencias de ello, ya que resultan aplicables las normas generales de los contratos.⁴¹ En nuestra opinión, la particularidad no está en que resulten aplicables normas diferentes a los contratos en cuanto a los elementos esenciales, sino en que la teoría contractual tiene que modificar aspectos calcados sobre el contrato de cambio, para comprender los vínculos asociativos.

En la actividad empresaria existen numerosos vínculos de larga duración que responden a un modelo cooperativo antes que a uno adversarial. La globalización económica, la innovación tecnológica permanente, la aparición de nuevos competidores, han generado un proceso de alto dinamismo, flexibilidad, y aceleración temporal.⁴² Frente a ello, la organización de sociedades anónimas hiperorganizadas y burocráticas muestra cierta pesadez e inadecuación. Por ello comenzaron a surgir fusiones y adquisiciones para enfrentar la economía de mayor escala⁴³ y las alianzas entre empresas para obtener mayor flexibilidad. Es en este último campo

⁴¹ Galgano, Francesco, *El negocio jurídico*, trad. de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 188 y 192.

⁴² La bibliografía económica sobre este fenómeno es numerosa y conocida por todos ver: Porter, Michel, *La ventaja competitiva de las naciones*, Buenos Aires, Vergara, 1991; Thurow, Lester, *La guerra del siglo XXI*, Buenos Aires, Vergara, 1992. En el aspecto jurídico ver Marzoratti, Osvaldo, *Alianzas estratégicas y joint ventures*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

⁴³ Ballarin, Eduard *et al.*, *Fusiones y adquisiciones de empresas. Un enfoque integrador*, Madrid, Alianza, 1994.

donde se sitúan los contratos de colaboración empresarial: las denominadas alianzas tácticas y estratégicas de empresas.⁴⁴ El término alianza proviene de la disciplina militar y ha sido adoptado por la economía para describir el fenómeno mediante el cual dos empresas se aúnan parcialmente para alcanzar una mayor cuota de mercado, o para disminuir costos, o para realizar un negocio o inversiones específicas.

VII. EL MODELO DEL CONTRATO INSTANTÁNEO Y DE LARGA DURACIÓN

El modelo contractual “clásico” está basado en reglas que nacen de una etapa, que es el consentimiento, en la cual las partes negocian y fijan las reglas de modo definitivo. Sin embargo, cuando la relación se vuelve más duradera, el juego cambia, cuando es sometido a una repetición temporalmente dilatada.⁴⁵ Las partes no tienen la información suficiente para prever el futuro, la relación deja de ser de mero intercambio instantáneo puesto que surgen objetivos de mediano plazo.

Veamos algunas características.

1. *Consentimiento instantáneo y progresivo*

El estudio de estos fenómenos fue concebido como una fotografía estática: el contrato tiene un comienzo a través del consentimiento, y un fin, por efecto de alguna causa de extinción. Hoy en día se comienzan con contactos sociales, tratativas, ofertas, consentimiento, ejecución extensa, deberes poscontractuales, todo en una secuencia en la que resulta difícil separar etapas; su estudio se parece más a una película capaz de

⁴⁴ La planificación estratégica responde a la pregunta: ¿en qué sectores debe estar presente la empresa y cuál debe ser su posición competitiva en cada uno de ellos? Se trata de saber si la empresa tiene que ampliar su presencia en los sectores en los que ya está, si tiene que aumentar su grado de integración vertical o si tiene que diversificarse en otros sectores.

⁴⁵ *Cfr.* Axelrod, Robert, *The Evolucion of cooperation*, Nueva York, Basic Books, 1984. Por ejemplo, cuando el “dilema de prisionero” (que es un “clásico de la teoría de los juegos, muy utilizado en los contratos), se juega en forma repetida, los jugadores cambian su estrategia con resultados cooperativos, para el autor.

captar el dinamismo. La duración de las relaciones jurídicas es un fenómeno difundido en la actualidad.⁴⁶

Estos vínculos de larga duración que plantean muchos desafíos, que involucran tanto el precio como las prestaciones de hacer, de dar y el plazo, y sobre todo, la conmutatividad del negocio, que veremos seguidamente.

2. *Reciprocidad estática y dinámica*

La noción de “reciprocidad”, o “conmutatividad” es comprendida como una ecuación que surge en el momento en que el contrato se celebra. Este concepto no puede ser mantenido en un vínculo extenso: los contratos se reformulan en su contenido en la medida del cambio de la tecnologías, precios, servicios, y sería insensato obligar a las partes a cumplir puntualmente con lo pactado en el signalagma original.

Para precisar la cuestión, conviene indicar que el objeto del contrato concebido como la operación jurídica considerada por las partes, puede prever una operación temporalmente extensa que requiere de una comprensión dinámica. Las modificaciones no se producen en el objeto del contrato, que sigue siendo la misma operación, ni tampoco se alternan las obligaciones de dar una suma de dinero, de dar una cosa o de hacer, de prestar un servicio, porque éstas son definidas en el momento genético.

Los cambios se producen en el objeto de las obligaciones, es decir, en las prestaciones. El monto dinerario debido puede variar por la depreciación de la moneda, los medios que se usan para cumplir con el servicio

⁴⁶ Relaciones que en otros tiempos eran instantáneas, se alongan en el tiempo: la adquisición de bienes industriales se hace a través del leasing, lo que transforma progresivamente una causa de cambio en una en una finalidad rentística de larga duración. Otros vínculos como el depósito, que siempre fueron de duración, presentan nuevos problemas derivados de la evolución tecnológica: ¿debe el banco depositario de cajas de seguridad incorporar las nuevas tecnologías de seguridad? La adquisición de bienes de consumo sigue el mismo derrotero: comprar un automóvil a través de la locación o del leasing; adquirir una vivienda con un plazo de treinta años para el pago. De igual modo sucede con los círculos de ahorro para la adquisición de bienes determinados. También en los contratos de suministro entre empresas proveedoras de insumos o mercaderías, y en los contratos de asistencia tecnológica, que mediante cláusulas de exclusividad generan una dependencia de una parte hacia la otra, ocasionan problemas, cuando son de larga duración, por ejemplo, en la determinación arbitraria del precio. La empresa que recibe la asistencia o el suministro no puede discutirlo porque no puede dirigirse a otro proveedor en virtud de la cláusula de exclusividad.

pueden alterarse por los cambios tecnológicos; el producto puede estar inserto en un contrato de provisión continua y requerir actualizaciones.

Sin embargo, lo notable es que los cambios en las prestaciones se reflejan en la ecuación de equilibrio e impactan en la comprensión del objeto.

En los contratos de larga duración, el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas. Esta cualidad debe ser preservada puesto que de lo contrario, toda fijación produce la inadaptabilidad del contrato.

Es importante advertir que la relación mencionada no es estática, sino dinámica; es típicamente relacional.⁴⁷ En un contrato de ejecución instantánea o de duración breve, estamos frente a conceptos nítidos: entregar un inmueble, pagar una suma de dinero a treinta días. Si las partes decidieron que era un buen negocio hacerlo, no es necesario hacer nada más.

En cambio, suministrar bienes a una empresa durante cinco años, o prestar servicios educativos, o pagar un círculo de ahorro para comprar un automóvil en cincuenta cuotas no es un concepto nítido ni es estático, porque los bienes a suministrar sufrirán cambios tecnológicos, porque los contenidos educativos mudarán, y porque habrá nuevos modelos de automóviles que sustituirán al previsto al suscribir el contrato de ahorro.

La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar la commutividad del negocio mediante un concepto relacional y dinámico.

3. Objeto material y desmaterialización del objeto

Para obtener la característica de “adaptabilidad”, el objeto debe desmaterializarse: no se trata de una cosa o un bien, sino de reglas procedimentales para determinarlo, ya que, como dijimos en el punto anterior, el objeto se transforma en una envoltura, en un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior para ganar adaptabilidad.

El contrato actual, en cambio, presenta un objeto materialmente vacío, porque en realidad se pactan procedimientos de actuación, reglas que

⁴⁷ Este término no se usa en el sentido de la teoría de los contratos relacionales, sino en cuanto expresar la desmaterialización del contenido y su sustitución por relaciones que mantienen una ecuación económica.

unirán a las partes y que se irán especificando a lo largo del proceso de cumplimiento. Los vínculos de larga duración tienen un carácter procesal, en el sentido de que el objeto no es una prestación consistente en un dar o en un hacer determinado, sino determinable.

Resumiendo: se destaca al contrato como un conjunto de reglas que establecen comportamientos procedimentales para lograr un resultado flexible basado en la cooperación de un conjunto de agentes económicos.

VIII. AUTONOMÍA PRIVADA EN EL CAMPO EXTRAPATRIMONIAL

En los últimos años se observa que la autonomía privada ha invadido campos que antes le estaban vedados. La idea de estatus regulatorio de orden público se imponía claramente en el campo extrapatrimonial, pero esa hegemonía se fue deteriorando a medida de que las sociedades se volvieron pluralistas y comenzaron a tener cabida legal las diferentes visiones particulares de la vida. El derecho a ser diferente va acompañado de una expansión de la autonomía privada en el campo extrapatrimonial.

Los avances del consentimiento-asentamiento, se ven en:

- La decisión final sobre el mantenimiento artificial de la vida humana, ya que el derecho a rechazar tratamientos médicos es observado desde la perspectiva de la negativa a contratar, y no desde la tradicional visión que la consideraba una especie de eutanasia.⁴⁸
- La disposición de partes del cuerpo, especialmente, aquellas que son renovables y que aún no han sido separadas del mismo, muestran el avance de la autonomía privada.
- El control del dato personal es sometido a la regla del consentimiento (Ley 25.326, artículo 5o.).
- El avance de los derechos individuales en el campo de la familia⁴⁹ es notable, y se habla de contratos antes del casamiento y frente a la

⁴⁸ Ampliamos en *Responsabilidad civil de los médicos*, Rubinzal y Culzoni, t. I.

⁴⁹ Ampliamos en “Teoría general del derecho de familia: El conflicto entre los incentivos individuales y grupales”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, sección *Doctrina*, Santa Fe, núm. 12, 16 de octubre de 1996, pp. 9-48.

crisis del matrimonio, así como la legitimidad de las convenciones matrimoniales;

- La genética se ha transformado en un área de gran debate sobre la patentabilidad de algunos aspectos que, permitirán luego la contratación.
- Los denominados contratos de maternidad sustituta y la posibilidad de su licitud.

Estos temas plantean arduos debates principalmente orientados a determinar si se trata de consentimiento o de mero asentamiento, el equilibrio entre la autonomía privada, el orden público, y la licitud. Pero en los casos en que se admiten estos avances, no hay duda alguna de que el modelo no puede ser el consentimiento negociado ni el contrato de cambio.

IX. CAMBIOS EN LAS CLASIFICACIONES LEGALES

1. *Unificación de la legislación sobre contratos civiles y comerciales*

El derecho comercial nació como norma de excepción para los comerciantes, reenviando el derecho común en lo no regulado. En los últimos años hubo una fuerte interrelación entre el derecho civil y el comercial, llegándose a hablar de una “comercialización” de las normas civiles, porque éstas han recibido una gran cantidad de reglas y principios generados en el comercio. También se ha producido un crecimiento del derecho comercial que hizo colapsar sus técnicas, pensadas para la excepción y no para la regla; así, la noción de comerciante, y de acto de comercio, que son definidas por excepción, debieron ser ampliadas.

El derecho civil por otra parte, siendo derecho común, se constitucionalizó al consagrar derechos fundamentales del ciudadano, entre los cuales se encuentran muchos que influyen sobre la organización del mercado y la economía. De allí que haya recuperado una fuerte pretensión de participar en la regulación del mercado, ya que lo considera un presupuesto esencial de su funcionamiento efectivo.

Por estas razones se comenzó a producir la unificación del derecho privado, en el preciso sentido de deteriorar progresivamente la barrera entre el derecho civil y comercial. En el derecho comparado hubo nume-

rosos códigos que unificaron los contratos civiles y comerciales.⁵⁰ En la doctrina argentina la unificación ya fue propiciada por Lisandro Segovia en 1889, y desde entonces, hubo una consolidada tendencia en la doctrina nacional⁵¹ y en los proyectos de reformas, que con unanimidad, propusieron la unificación.⁵²

Esta progresiva unificación cambia uno de los órdenes clasificatorios que han caracterizado el derecho privado durante muchos años.

2. *Contratos de empresa y de consumo*

La regulación autónoma de la actividad comercial fue un fenómeno nacido en el medioevo y que se difundió por todo el derecho occidental. Era una época en que el derecho común tenía una gran respetabilidad histórica, y se podía admitir una excepción a favor del incentivo de una actividad: era la *mayoría de edad del derecho y la minoría de edad de la empresa*. Por esa razón, surge el derecho comercial y los contratos comerciales, dentro de un espectro amplio de normas de subsidio.⁵³

El fenómeno que se visualiza actualmente es el de la *mayoría de edad de la empresa y la minoría de edad de los derechos*.⁵⁴

⁵⁰ El Código suizo de las Obligaciones, Perú (1984), Paraguay (1987), Cuba (1988), Holanda(1992).

⁵¹ En la doctrina argentina hay coincidencia sobre este punto: Alterini, Atilio, *op. cit.*, nota 23; Stiglitz, Rubén, *Contratos civiles y comerciales*, Abeledo Perrot, 1998; Mosset Iturraspe, J., *op. cit.*, nota 18; Belluscio, A. C. y Zannoni, E. A., *Código Civil y leyes complementarias*, Buenos Aires, Astrea, 1986, vol. 5 y 6; Spota, A., *Instituciones de derecho civil: Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1979; Ghersi, Carlos, *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Astrea.

⁵² El Proyecto de Código Único de 1987, el Proyecto de la Cámara de Diputados de la Nación de 1993, el Proyecto de Poder Ejecutivo nacional de 1993, el Proyecto de Código Civil de 1998. Pizarro, Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, *Instituciones de derecho privado-obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. I, p. 115.

⁵³ Por ejemplo, la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada son modos de limitar el riesgo empresario: se le permite arriesgar, cargándosele sólo algunos de los daños que causa; los demás, aunque existan, son soportados por otros sectores. Otro subsidio está dado por la comercialización de las relaciones civiles: la actividad comercial tiene un estatuto propio, particular, especial y sin embargo, se ha considerado que cuando una de las partes es comercial, el acto es comercial (artículo 7o. C. Com). De este modo, el derecho especial se impone a quienes no forman parte de esta categoría.

⁵⁴ Se puede observar que, contrariamente el periodo anterior, la empresa impulsa una gran cantidad de nuevos institutos jurídicos: la renovación de los contratos es una adaptación al fenómeno empresario; la creación de nuevos derechos reales atípicos, la protección

El ciudadano vive contratando con comerciantes, puesto que la sociedad actual lo ha comercializado todo,⁵⁵ lo cual hace impensable que todas estas actividades sean sometidas al derecho comercial⁵⁶ por aplicación la noción subjetiva del acto de comercio.

La actividad empresaria, al encarar la contratación masiva, provoca una de las bifurcaciones más ricas del derecho contemporáneo: los contratos de consumo y los contratos entre empresas.⁵⁷ A partir de finales del siglo XX el movimiento consumerista logró el dictado de numerosas leyes que fueron creando nuevas características para los contratos celebrados por los consumidores. Progresivamente se fue construyendo un nuevo microsistema de principios, reglas y casos en los que la contratación presenta particularidades muy diferenciadas respecto del modelo general.⁵⁸

El derecho del consumidor ha sido sin duda factor de creación de un microsistema autónomo, tanto en sus reglas como en sus principios.⁵⁹ Su influencia ha sido grande, al punto que pareciera haber adquirido mayoría de edad y regresado al tronco principal de uno de los códigos civiles más citados del mundo: el Código Civil alemán, en su nueva reforma, in-

de datos personales, la protección de la intimidad, son todos fenómenos en los que el derecho trata de poner límites a la actividad empresaria.

⁵⁵ La enfermedad se contrata con empresas de servicios médicos, la muerte con las de servicios fúnebres, la educación con los colegios privados, las vacaciones con las de turismo, la alimentación con supermercados, la vivienda con empresas de construcciones, todo es suministrado por empresas y toda la actividad sería comercial.

⁵⁶ Ascarelli, Tulio, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Barcelona, 1964, p. 84.

⁵⁷ Bronsword, Roger, *op. cit.*, nota 35, p. 59.

⁵⁸ Ampliamos en Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, Rubinzal y Culzoni, 2003.

⁵⁹ Sobre el derecho del consumidor en general, puede consultarse la importantísima bibliografía latinoamericana sobre el tema. En Brasil: Benjamín, Antonio, *Comentarios oa Código de Protecao do Consumidor*, Saraiva, 1991, p. 44; *id*, *Código Brasileiro de defesa do consumidor*, 4a. ed., Forense, 1995, pp. 163-173; Lima Marques, Claudia, *Contratos no Código de Defesa do consumidor*, 4a. ed. Pelligrini Grinover *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 4a. ed., Forense, 1995, p. 30; Brito Filomeno, Geraldo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteproyecto*, Pellegrini Grinover y *et al.*, *cit.* p. 37; Ulhoa Coelho, Favio, “Comentario artículo 29”, *Comentarios oa Código de Protecao do consumidor*, Saraiva, 1991, p. 147; Lucca, Newton de, *Direito do consumidor*, Sao Paulo, Quartier Latin, 2003. En Argentina: Stiglitz Stiglitz, *Protección de los consumidores*, La Rocca; Farina, Juan, *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 55. Bergel, Paol Antonio, *Anotaciones sobre la Ley de Defensa del Consumidor*, ED.22.11.93. En Chile: Corral Talciani, Hernán (ed.), *Derecho del consumo y protección al consumidor-estudios sobre la Ley 19496*, 1999.

cluye la noción de consumidor (BGB, parag. 13).⁶⁰ También, el Código Civil italiano define en su artículo 1469-bis la “Clauseole vessatorie” en el contrato entre el profesional y el consumidor.

Esta constatación nos lleva a considerar que no es necesario tratar los contratos comerciales y civiles en forma separada, y, en cambio, marcar nítidamente los campos disímiles que tienen hoy los contratos entre empresas y los que celebran los consumidores.

3. *Contratos nacionales e internacionales*

El contrato internacional tiende a ser regulado en forma autónoma, con lo cual se va creando un microsistema normativo transnacional cada vez más inmune a los derechos nacionales.

Es tradicional que el contrato sea regulado por los códigos civiles nacionales, dedicando algunas normas a fijar la legislación aplicable a los vínculos que tienen conexión internacional. Ello ha sido coherente con las reglas internacionales que se concentraron en fijar su ámbito de aplicación. Así, “se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte”.⁶¹

En la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (Ley 22.765) se regulan las compraventas celebradas entre partes que tienen sus establecimientos en Estados diferentes (artículo 1o.). Autoriza a las partes para excluir su aplicación, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones, o modificar sus efectos (artículo 6o.).

En el Mercosur, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional de Materia Contractual, del 5 de agosto de 1994, permite a las partes elegir el tribunal del país al cual se someten (artículo 4o.), y, en

⁶⁰ Lima Marques, Claudia, “A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral”, *XXXVII Curso de Direito Internacional da OEA/2000*, Washington, Comité jurídico Interamericano, OEA/CJI-Secretaria Geral, p. 28 e seg; *id.*, *Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comercio eletrônico) oriundas da Uniao Europeia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 – Notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor*.

⁶¹ Convención Internacional de México de 1994 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.

su defecto, asigna jurisdicción, a elección del actor, a los jueces del lugar de cumplimiento del contrato, del domicilio del demandado, o de su propio domicilio o sede social cuando cumplió con las prestaciones a su cargo (artículo 7o.).

Los Principios de Unidroit establecen claramente que “las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido” (artículo 1.1.), fundando esta regla en que “la libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad”. No obstante, quedan a salvo las leyes imperativas (artículo 1.4).

Esta breve mención dispersa de instrumentos internacionales sirve para mostrar la tendencia: una creciente delimitación del contrato internacional respecto de los Estados nacionales; un incremento de las facultades de los celebrantes para determinar la ley y la jurisdicción aplicable.

Naturalmente, ello lleva a la creación de unos contratos cada vez más inmunizados respecto de los derechos nacionales. La autorregulación del contenido con base en la autonomía privada, la elección de la ley y jurisdicción aplicables, la solución de controversias ante tribunales arbitrales internacionales, la ejecución de garantías autoliquidables que hacen innecesario ejecutar bienes en su país, conforman características de un sector delimitado y con tendencia a la autonomía.

4. *Contratos colectivos y difusos*

El derecho ha reconocido la existencia de bienes colectivos: el ambiente como macro bien, el patrimonio cultural, la biodiversidad, las relaciones de consumo, la competencia, la no discriminación. Comienzan a surgir contratos que tienen vinculación con ellos y en los cuales la lógica es completamente diferente; predomina la esfera social y la acción colectiva.

La aparición de los intereses difusos también produce fenómenos contractuales que regulan a esta categoría de intereses, como las convenciones colectivas de trabajo y las de consumo.

Estas modalidades conforman un apartamiento del modelo que debe ser estudiada en forma especial.

5. Protección de la pequeña y mediana empresa

La situación de las pequeñas y medianas empresas que contratan con los grandes grupos multinacionales ha dado lugar a múltiples sugerencias de regulación tuitiva, lo cual puede dar lugar a un sector de la contratación con características especiales.

Una de las posiciones consiste en incluir, total o parcialmente, a este sector dentro de la normativa de defensa del consumidor, lo que no ha ocurrido hasta ahora en la mayoría de las legislaciones.⁶²

Otra tendencia, es la regulación protectora en aspectos especiales. Un buen ejemplo de ello es la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo sobre la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales,⁶³ que introduce aspectos sorprendentes. El propósito es regular los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales y específicamente la morosidad, que “constituye un incumplimiento de contrato que se ha hecho económicamente provechoso para los deudores en la mayoría de los Estados miembros a causa de los bajos intereses aplicados a los pagos que incurren en mora y/o de la lentitud de los procedimientos de reclamación”. Con motivo de ello se introducen nociones de gran interés.

- “Prohibir el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor”.
- “Cuando un acuerdo sirva, principalmente, para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o cuando el contratista principal imponga a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas pro razón de las condiciones de las que él mismo sea beneficiario, podrán considerarse factores constitutivos de dicho abuso”, y más adelante se dice que “para determinar si un acuerdo es manifiestamente abusivo para el acreedor, se tendrá en cuenta, entre otros factores, si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse...”.
- “Los Estados miembros velarán porque, en interés de los acreedores y los competidores, existan medios adecuados y efectivos para evitar

⁶² Ampliamos en *Consumidores*, *op. cit.*, nota 58.

⁶³ Publicada en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, año III, núm. II, marzo-abril de 2001.

que sigan aplicándose cláusulas que resulten manifiestamente abusivas en el sentido del apartado 3.5”.

- “Los medios a los que se refiere el apartado 4 incluirán disposiciones que permitan a las entidades oficialmente reconocidas como representantes de las pequeñas o medianas empresas o que tengan interés legítimo en representarlas el ejercicio de acciones, con arreglo a la legislación nacional que proceda, ante los tribunales o los órganos administrativos competentes para que éstos resuelvan si las cláusulas contractuales redactadas para uso general resultan manifiestamente abusivas en el sentido del apartado 3, de forma que los mismos puedan aplicar las medidas adecuadas y efectivas para evitar que tales cláusulas se sigan utilizando”.

X. LAS CRÍTICAS AL MODELO CLÁSICO DESDE UNA PERSPECTIVA METAJURÍDICA

1. *La teoría de los contratos relacionales*

Hemos utilizado conceptos de la teoría de los contratos relacionales en los temas desarrollados,⁶⁴ y lo seguiremos haciendo desde el punto de vista normativo.

Esta teoría⁶⁵ es una crítica al modelo clásico, fundada en observaciones empíricas y de base sociológica, que ha iluminado importantes aspectos. Su defecto es que no ha logrado definir un supuesto de hecho claro ni cuáles son las reglas específicas aplicables.

Las principales tesis son las siguientes:

- Se distingue entre contratos en los que la relación se produce de modo instantáneo e impersonal, y aquellos, los relacionales en los que hay interacción personal y larga duración. En los primeros hay

⁶⁴ Ver contratos de larga duración y contratos de colaboración.

⁶⁵ Principalmente desarrollada por Macneil, Ian, *The new social contract. An inquiry into modern contractual relations*, New Haven, Yale University, 1980. Del mismo autor “The many futures of contracts”, *California Law Review*, vol. 47, p. 691 y ss. En Brasil: Porto Macedo Jr, Ronaldo, *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, S. Pablo, Max limond, 1998.

un mero intercambio, en los segundos, una interacción personal,⁶⁶ como lo hemos desarrollado en este capítulo al tratar los contratos de colaboración.

- Se ha puesto de manifiesto la resistencia de la teoría clásica hacia aquellos contratos en los que las partes mantienen indefinidas muchas de sus obligaciones, lo que es frecuente en un contrato de larga duración.⁶⁷
- Se postula que deben existir amplias obligaciones de negociar de buena fe, una predisposición a aceptar la revisión del contrato, la obligación de mantener el contrato aunque existan pequeños incumplimientos.⁶⁸
- Las obligaciones contractuales son texturas abiertas modificadas por numerosos hechos que concurren durante su desarrollo.⁶⁹

2. *La teoría de los contratos posmodernos*

En la posmodernidad⁷⁰ hay una crisis de los grandes relatos, y por tanto, de las aspiraciones de ordenar la realidad de un modo general y centralizado, que es justamente lo que pretende la idea del negocio jurídico. De verdad generalizada e incuestionable pasa a ser un dialecto más entre muchos otros que se utilizan en un mundo multicultural.⁷¹ En la

⁶⁶ Sin embargo, es posible encontrar relaciones instantáneas y personales, como la de un peluquero con su cliente, o un fotógrafo con el fotografiado.

⁶⁷ Ver en este mismo capítulo lo referido a contratos de larga duración.

⁶⁸ Son temas de todos los contratos y no específicamente de los relacionales.

⁶⁹ Se le critica que no se puede ir muy lejos en integrar el contrato fuentes no voluntarias, porque se afectaría la seguridad jurídica. Además, las normas contractuales existen cuando hay promesas, o consentimiento, porque para los otros casos hay obligaciones de otro tipo.

⁷⁰ La literatura es abundante: ver Harvey, David, *La condición de la posmodernidad- Investigación sobre los orígenes del cambio cultural*, Amorrortu, 1998; Berman, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire*, Nueva York, 1982; Jameson, F., "The Post Modernism or the Cultural Logic of late Capitalism", *Nueva Lef Rev.*, 1984; Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad, nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*, Gedisa, 1990; Lyotard, Jean, *La diferencia*, Gedisa, 1983; Sarlo, Beatriz, *Escenas de la vida posmoderna*, Ariel, 1995. Sobre la crisis de la ciencia jurídica con relación a la complejidad y pluralismo teóricos ver: Lima Marques, Claudia, "A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa", *Arquivos do Ministerio da Justiça*, Brasília, 1999.

⁷¹ Hemos mostrado este fenómeno al tratar la crisis de la noción de negocio jurídico.

posmodernidad hay un retorno a la “emotividad”,⁷² que se expresa con una notable presencia de los derechos fundamentales en los contratos: la discriminación, el derecho a la salud, y otros, atraviesan transversalmente el contrato partiendo de la Constitución, reformulando mucho de los aspectos conocidos.⁷³

Las relaciones de larga duración, la cautividad que ellas generan, son aspectos típicos de la posmodernidad que reformulan la teoría contractual.

La fractura de la realidad en múltiples segmentos importa una modificación del supuesto de hecho que lleva a la descodificación del contrato, no hay un contrato, sino varios modos de contratar.⁷⁴

El contrato es analizado desde perspectivas múltiples y variadas: el feminismo, el marxismo, la desconstrucción.⁷⁵

La economía transnacional presenta los contratos inmunizados frente a los derechos nacionales y muchos casos de “polución normativa”, en los que el juez se ve obligado a dictar sentencia aplicando varios derechos nacionales por remisión efectuada a través de cláusulas de prórroga de jurisdicción.⁷⁶

El derecho responde creando instituciones amigables,⁷⁷ que hacen del nuevo mundo un lugar donde la iniciativa privada y el contrato reinan, aun en desmedro de los Estados nacionales.

A ello se suman los fenómenos de “deslocalización”, “multilocalismo”, “poligamia del lugar”, “relativismo jurídico y normativo”.⁷⁸ Apa-

⁷² Cfr. Jayme, Eric, “Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica”, *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, núm. 6, 1997.

⁷³ Nos referimos a este aspecto al estudiar el contrato y sus instituciones.

⁷⁴ Damos nuestra opinión sobre este tema en el presente capítulo, donde sostenemos una descodificación “limitada” de la noción de contrato; sigue habiendo una regla general y algunas situaciones autónoma y no una completa descodificación jerárquicamente indiferenciada.

⁷⁵ Dalton, “An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine”, *Yale Law Journal*, 1985-94.

⁷⁶ Referimos a este tema en el punto anterior.

⁷⁷ Ferrarese, María Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione-Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, El Mulino, 2000, 7. Ampliamos en nuestro libro *Comercio electrónico*, Abeledo Perrot, 2000.

⁷⁸ Ferrarese, María Rosaria, *op. cit.*, nota anterior, p. 47. Las grandes migraciones presentan el sujeto que va de un país a otro, y circula en un lugar donde hay velocidad límite y otro en que no la hay, prohibición de bebidas alcohólicas o no, etcétera.

rece una lengua común, no en el plano de los conceptos, sino de las reglas y principios aplicables a los contratos comerciales internacionales y de consumo.

La teoría de la posmodernidad ha realizado grandes contribuciones para iluminar muchos aspectos de la teoría contractual. Es importante señalar, como lo hicimos en el prefacio, que es una aproximación descriptiva y no operacional, es decir, se trata de filosofía y no de una teoría legal que pretenda construir unas proposiciones normativas específicas.