

## APUNTES DE CONTRATACIÓN MODERNA

*Msc. Carlos A. Manavella C.*

### LA EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN

Las cuestiones jurídicas relacionadas con el fenómeno de la contratación privada tienen tras sí una larga evolución histórica que va desde las más simples formas de colaboración humana hasta las más complejas del mundo globalizado o regionalizado contemporáneo.

De allí que, en este largo desarrollo, puedan señalarse etapas caracterizadas cada una de ellas por un modo peculiar de concebir la contratación.

#### 1. LA CONTRATACIÓN CLÁSICA O TRADICIONAL

La contratación clásica o individualista, heredera directa del viejo cuño formalista romano, se asienta en el dogma de la **autonomía de la voluntad** y se desarrolla con toda su fuerza dentro de la concepción jurídica y económica del liberalismo decimonónico.

La autonomía de la voluntad es un corolario lógico de los derechos absolutos proclamados por la Revolución Francesa y positivados por la codificación napoleónica.

Según esta concepción los sujetos que contratan son **individuos iguales** que concurren **libremente** a manifestar una voluntad común por lo cual de ese pacto no puede sino surgir obligaciones **equilibradas (justas)**, para satisfacer **intereses de naturaleza privada**.

De allí las notas que caracterizan la contratación clásica o liberal-individualista, a saber:

**a) Individualidad.** Cuando se señala como nota típica de la contratación clásica ser una contratación individual se quiere señalar dos cosas.

Primero, que esta concepción -debido al momento histórico de su gestación- piensa sólo en el **individuo** (persona física) como el sujeto por excelencia de la contratación. Recordemos el desinterés, incluso la desconfianza, hacia las agrupaciones humanas, desinterés que se demuestra en nuestro propio Código Civil que consagra un solo artículo a las personas jurídicas.

Segundo, piensa en una estructura contractual de participación individual. Como veremos oportunamente, según su estructura, se distinguen en doctrina tres tipos contractuales: la negociación individual, la negociación por adhesión a cláusulas predispuestas y la adhesión in totum.

Esta concepción responde al modo de producción de bienes y servicios de la época llamada personalizada ya que son elaborados personalmente -aunque suponga participación de dependientes- para cubrir necesidades de personas determinadas. Este es el modelo económico que tenía a la vista el legislador decimonónico al diseñar el sistema contractual: una persona física hacedora de bienes y servicios que ofrecía su

producto final a otro ser, también individualizado, con quien discutía en detalle los términos de la negociación.

**b) Igualdad.** Esos individuos, en la doctrina clásica son considerados como iguales. Se trata de una igualdad en abstracto que se desentiende de las desigualdades reales.

“Igualdad es, o pareciera ser, declamar que el derecho desde la norma no hace distinciones ni diferencias; es, tal vez, la clonación más antigua del universo” (GHERSI)

Y si las desigualdades existen no es una cuestión que interese al derecho (se desentiende de las desigualdades). La ley no puede generar un “derecho de clases” o de “categorías de individuos” (inquilinos, débiles, etc...)

**c) Libertad.** Ese individuo concurre a contratar en un acto de libertad. El hombre es libre y contrata de determinada manera porque así lo quiere. El consentimiento supone cabal conciencia del acto y de sus consecuencias cuyos únicos límites son el orden público, la moral y las buenas costumbres

**d) Justicia.** El reinado de la autonomía de la voluntad asegura de por sí la justicia. Valenti non fit injuria -lo que es querido y consentido es justo- (Foullée). Lo consentido es moral (lo inmoral es incumplir la palabra empeñada). Se trata de una concepción general y abstracta de la justicia que prescinde de su aplicación al caso particular y que, por lo tanto, impide, inclusive al juez, revisar su contenido. La buena fe es sólo la compromisoria, aquella que obliga a cumplir la palabra empeñada, nunca la liberatoria o eximente.

De allí que el contrato tiene, en sus efectos, una fuerza imperativa semejante al de la misma ley: “el contrato es ley entre las partes” y, por lo tanto, no puede estar supeditado a la revisión judicial. Los jueces deben limitarse a hacer respetar el cumplimiento de la palabra empeñada y velar por la fuerza obligatoria de los contratos.

En realidad fue la corriente codificadora del siglo XIX quien inició una feroz lucha destinada a desterrar la noción antigua de equidad –ya como fuente de derecho ya como criterio hermenéutico- desacreditándola o reduciendo al máximo de ámbito de actuación posible, considerándola ya como una regla moral extraña a lo jurídico, como una cuestión de piedad, caridad o benevolencia, como una justicia extralegal distinta a la que persigue la ley, como una hipótesis de justicia intuitiva, discrecional o arbitraria en manos del juez, etc...

**e) Privacidad.** Los intereses en los contratos son intereses exclusivamente privados que sólo afectan a las partes, por lo cual el Estado no debe intervenir en su vida. Esta visión entiende la libertad contractual como “autorregulación de intereses” que debe prescindir totalmente de la intervención estatal.

En este contexto se desarrolló la dogmática de los contratos que los romanos habían ideado para resolver sus propias necesidades, y que hoy conocemos con el nombre de contratos nominados, como la compraventa, la donación, las diversas formas de locación, el mandato, entre otros; todas estas formas contractuales tienen tras sí una milenaria tradición que los presenta como sumamente estructurados y con escaso margen para que los particulares puedan arrimarle mayores innovaciones.

## 2. Los contratos comerciales

Como sabemos, el Derecho Comercial, tal como hoy lo conocemos, tuvo su origen en la Edad Media, y a partir del siglo XI se desarrolló, primero, como un derecho estatutario basado en el principio de personalidad de la ley y que exigió, posteriormente, a los comerciantes convenir una especie de derecho común comercial –Lex Mercatoria– cuyos principios fueron: la prevalencia de la intención sobre la forma, el respeto a la palabra empeñada o de la promesa formulada, la obligación de soportar equitativamente las ventajas y los daños derivados de sus relaciones patrimoniales y la necesidad de actuar de buena fe con prescindencia de los ritos o las formas.

El Derecho Comercial nació, entonces, como una regulación corporativa: el “Derecho de los comerciantes” y estos obtuvieron ventajas muy especiales entre las que sobresalieron dos: la generación de un derecho propio asignándoles fuerza vinculante a sus propios usos y la posibilidad de ver resueltos sus conflictos por jueces *ad hoc* designados por ellos mismos.

En las codificaciones del siglo XIX se produjo una fuerte expansión del Derecho Mercantil y la regulación subjetiva (derecho de los comerciantes) fue suplantada por otra objetiva (actos de comercio entre cualquier persona). La expansión se produjo a expensas del Derecho Civil generando varios inconvenientes ya señalados por VIVANTE, principalmente la indeterminación de la materia comercial –muchas veces artificiosa– que se le aplicaba unilateralmente a los no comerciantes.

El Derecho Comercial de la Edad Media como Derecho de una clase pobre y marginal paso a ser el Derecho de una clase rica que forma una nueva clase social, la burguesía, en la que se apoyaron los reyes para combatir el feudalismo. El Derecho Comercial, que comienza a desarrollarse como consecuencia de un comercio dinámico, mobiliario y **de lucro**, desplaza al Derecho Civil, cuyas normas de procedencia romana estaban concebidas para una actividad fundamentalmente privada, familiar e inmobiliaria destinada al consumo personal.

Todo esto desemboca en el Código de Comercio francés de 1807. Nacen así los llamados contratos comerciales que no son otra cosa que las adaptaciones de los contratos clásicos de transmisión de dominio adaptadas a las urgencias de los comerciantes.

## 3. La contratación solidaria

Como consecuencia de la crisis del modelo y de las ideas liberal – individualista y de su superación por esquemas ideológicos proveniente de los modelos del Estado de bienestar es que comienzan a incorporarse nuevos conceptos que van dando lugar a la llamada contratación solidaria.

La concepción tradicional según la cual los sujetos que contratan son individuos iguales que concurren libremente a manifestar una voluntad común por lo cual de ese pacto no puede sino surgir obligaciones equilibradas (justas), para satisfacer intereses de naturaleza privada, es seriamente cuestionada, sobre todo por no responder a la realidad de la contratación actual.

**a) Respecto a la individualidad**, hoy la contratación se realiza no sólo por personas físicas sino también jurídicas, pero lo más importante es que, a comienzos del

siglo pasado, y especialmente desde mediados, aparecen otras estructuras contractuales que van a coexistir con la de negociación particular. La circulación de bienes y servicios, sus nuevas formas de producción y de consumo, derivada de la revolución industrial general la llamada “**estructura contractual por adhesión**”, cuya característica fundamental radica en el comportamiento jurídico de las empresas que diseñan sistemas de producción seriados y una política de mercado masivo a la vez que aparece también un “consumidor masivo” que sólo puede adherirse a la propuesta.

**b) Respecto a la igualdad**, hoy sabemos que la autonomía de la voluntad, entre personas físicas o jurídicas de distinto poder de negociación no es sino una expresión eufemística sin ninguna relación con la realidad, de allí la necesidad de normas tuitivas o de protección de la parte débil que, en consecuencia, apuntan a limitar la autonomía de la voluntad.

Desequilibrio inicial (“desequilibrio genético”) o “desequilibrio sobreviniente” -negocios que si bien nacieron con una ecuación de valores razonables por causas posteriores se desequilibran- son fenómenos casi naturales de la contratación

Esta concepción no se “desentiende de las desigualdades” por el contrario se preocupa por sus efectos jurídicos nocivos, principalmente de las desigualdades en el poder negocial de las partes.

Así aparecen mecanismos como la “lesión”, a nuestro juicio magníficamente concebida en el artículo 327 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998: “Puede demandarse la invalidez o la modificación del acto jurídico cuando una de las partes obtiene una ventaja patrimonial notablemente desproporcionada y sin justificación, explotando la necesidad, la inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social o cultural que condujo a la incompreensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza”.

En esta nueva concepción debe subrayarse la influencia de algunas instituciones angloamericanas como la “teoría de la influencia injusta” (*undue influence*) que llena el vacío existente entre la incapacidad el vicio de violencia (*duress*) constituyendo una causa de invalidez del acto, o la del “temor reverencial” incluida en el artículo 1114 del Código Civil francés, o categorías genéricas como la del “contrato injusto o irrazonable” (*unconscionable contract*) de la sec. 2.302 del Uniform Commercial Code.

**c) Respecto a la libertad.** La libertad es cuestionada cuando pensamos en contratos destinados a satisfacer necesidades vitales, cuando pensamos en aquellos que sólo se pueden convenir con determinadas personas (situaciones monopólicas u oligopólicas) o la mencionada presencia del “consumidor masivo” con carencia de poder económico de imposición a quien no le queda otra opción que adherirse.

La aparición de normas imperativas establecen nuevas limitaciones a la contratación que van mucho más allá de los límites tradicionales del orden público, la moral o las buenas costumbres. Las normas del llamado Derecho del Consumidor son una prueba cabal de ellas.

**d) Respecto a la justicia.** La justicia abstracta condujo a las más lacerantes desigualdades y situaciones de inequidad, por lo cual surge la conciencia de una justicia contractual más individualizada y personalizada que trate de restablecer el equilibrio de

las prestaciones, incorporando las ideas de equidad – definida desde la antigüedad como la justicia del caso particular- buena fe, lealtad y probidad contractual.

Así la consagración de estas ideas en los derechos positivos, como sucede en Costa Rica con la introducción del nuevo Título Preliminar del Código Civil. La introducción de la equidad (art. 11), la irrenunciabilidad de las normas imperativas (art. 19), la prohibición del fraude de ley (art. 20), las exigencias de la buena fe (art.20) y la prohibición del abuso del derecho (art. 22) son parte de este proceso.

**e) Respeto a la privacidad del contrato**, la autonomía (gobierno por sí mismo) abre su paso a la heteronomía (gobierno desde afuera).

Así surgen básicamente tres remedios: la equidad, el ejercicio funcional del derecho y la buena fe a través de las distintas fase de la actividad negocial: gestación (formación del negocio), nacimiento (tratativas de oferta y aceptación), desarrollo (cumplimiento de las obligaciones convenidas o de aquellas que surgen implícitas o contrapuestas) y extinción.

Los estados buscan someter a los contratos a un triple control: legislativo, administrativo y judicial

#### **4. La contratación internacional (el derecho internacional de los contratos)**

Se observa hoy con claridad el interés de los grandes grupos económicos con dominio de mercado de contratar con absoluta libertad, haciendo retroceder las conquistas solidarias en beneficio los “usos y prácticas del mercado” que, se entienden, son las que, en realidad conducen la contratación. (El “poder jurigenético” de los usos y prácticas comerciales) No son otra cosa que la expresión de las ideas de privatización y desregulación llevada al plano contractual.

Esta realidad negocial comienza a plantear un conflicto entre “el derecho internacional de los contratos” que pregona un máximo de libertad para establecer el contenido negocial y “el derecho nacional de los contratos” que consagra normas tuitivas o de protección de la parte débil y, en consecuencia apunta a limitar esa autonomía de la voluntad.

Se trata del intento de hacer prevalecer los “principios del derecho internacional de los contratos” sobre el “derecho nacional de los contratos”.

Algunos se alarman ante el fenómeno que denominan “el contrato sin ley” (Mosset Iturraspe).

Es nueva modalidad de contratación también impacta en las características señaladas.

##### **a) Respeto a la individualidad.**

En términos generales, los contratos no se estipulan entre individuos sino entre verdaderos “equipos de expertos” a la orden de las grandes organizaciones económicas que imponen sus condiciones uniformes a las empresas que quieren adherirse a sus prácticas comerciales (piénsese en la franquicia comercial).

**b) Respetto a la igualdad,** es obvio que el desequilibrio sobre todo el inicial (“desequilibrio genético”) se acentúa debido a mayores diferencias en el poder negocial de las partes pero sin la presencia de la protección de las leyes nacionales, al que normalmente el adherente renuncia, potenciando la posibilidad del abuso.

La problemática de los países del tercer mundo, en muchísimas cuestiones, es harto diferente de la misma problemática en países desarrollados o del primer mundo. Basta pensar, entre otros muchos, en los derechos intelectuales, de marca, patentes o invención, sobre productos farmacéuticos, considerados indispensables para la salud. Los estados periféricos o dependientes no pueden permanecer de brazos cruzados frente a supuestos de competencia desleal o de abuso de la posición dominante. Deben actuar en defensa de la mediana o pequeña empresa local o nacional, destinada a desaparecer ante el empuje de la gran empresa transnacional. Y, muy en especial, ante prácticas o cláusulas abusivas. De donde puede aparecer, y en rigor aparece, un conflicto entre el “derecho internacional de los contratos”, que pregona un máximo de libertad para establecer el contenido negocial, y el “derecho nacional de los contratos”, que consagran normas tuitivas o de protección a la “parte débil” y, en consecuencia, apunta a limitar esa autonomía de la voluntad.

**c) Respetto a la libertad.** Lógicamente, en este ambiente, la libertad se reduce a aceptar las condiciones impuestas o quedar fuera de la estructura de los mercados. Las condiciones de la contratación internacional se estandarizan de tal forma que es prácticamente imposible ajustar las voluntades en los casos concretos.

Es interesante la lectura del capítulo que Cecilia Fresnedo de Aguirre, autora uruguaya, dedica al tema, en su obra sobre *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional* (Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991) obran allí las opiniones de Lando, Morris, y Boggiano, acerca de los riesgos que entraña una libertad amplia, para elegir la ley aplicable, cuando las partes tienen un desigual poder de negociación, ello puede funcionar bien, afirma Morris, en contratos internacionales en que ambas partes tienen un poder de negociación igualmente fuerte.

**d) Respetto a la justicia.** En la lógica de los mercados internacionales, la justicia no ha sido invitada o es una convidada de piedra y su conciencia retrocede.

**e) Respetto a la privacidad del contrato.** Esta se eleva a la máxima potencia renunciando los estados a intervenir en la misma.

De tal modo que preocupa sobremanera que, por distintos caminos, se puede llegar a un “contrato sin ley” que equivale a decir ajeno a la ley del Estado y sólo regulado por la ley del mercado, de usos y prácticas empresarias; nos preocupa un contrato, nacional o internacional, que priorice la utilidad y se olvide de la justicia; un contrato donde campeen los valores de la economía: eficacia, lucro, beneficio, y estén ausentes los propios del Derecho: justicia, equidad, solidaridad; nos preocupa el enorme poder de negociación de la “gran empresa” no encuentre correctivos o limitaciones; que imperen principios que pueden ser justos en un mercado cuasi perfecto, como pueden ser los de los países desarrollados, pero que parecen insuficientes o ineficaces en los países en vías de desarrollo.

## 5. La concreción de una zona común para el comercio internacional

El fenómeno de la unificación de las regulaciones correspondientes a los contratos civiles y a los contratos comerciales tiene particular vigencia en el Derecho de la Unión Europea, con importantes expresiones del propósito de obtener una *lingua franca* común en materia de contratos. Es de recordar que, ya a principios de 1888, Cesare Vivante presentó en Parma su trabajo *Per un codice unico delle obbligazioni*, y que el Proyecto franco- italiano de 1927 fue un importante intento tendiente a los mismos fines. En posproyectos actuales se lleva adelante la idea unificadora, con un tono tan intenso que han aparecido importantes revistas jurídicas especializadas: *la Zeitschrift fur Europaisches Privatrecht en Alemania* y *la European Review of Private Law* en Holanda.

Varios antecedentes relevantes, fueron tenidos especialmente en cuenta para redactar estos anteproyectos.

El ***Contract Code de McGregor***. El profesor de Oxford y de Londres Harvey McGregor recibió en 1996 el encargo de la *Law Commission* británica de preparar un proyecto de Código de Contratos. Lo concluyó en 1971, y fue publicado tardíamente (*Contract Code: drawn up on behalf of the English Law Commission*, Londres, 1994, en traducción española de la Cuesta Sáenz, J. M. y Batiré Fuenzalida, C., *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, Barcelona, 1996). Según expresa su autor en el Prólogo, contiene una “recopilación desde la óptica del *Common Law*”, esto es, se trata de una compilación o consolidación del Derecho que rige en Gran Bretaña, basado fundamentalmente en la jurisprudencia, que pretende aproximar sus soluciones a las del Derecho continental.

***El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos***. La Academia de Jusprivatistas Europeos, integrada por prestigiosos profesores pertenecientes a los sistemas del Derecho continental y del *Common Law*, realizó una serie de coloquios en Pavía (Italia) a partir de 1990, de los cuales surgió la constitución de un Grupo de Trabajo –integrado por alrededor de setenta juristas, de todos los países europeos, incluyendo a los presidentes de las respectivas cortes supremas- que elaboró el Anteproyecto de Código Europeo de contratos, en el cual, como se lee en el Preámbulo, se pretende lograr un “Código nuevo, cuyo texto y contenido estén en armonía con las circunstancias socio- económicas actuales”, y “mantener la unificación del Derecho Civil y Derecho Comercial que contiene-, y el ya mencionado *Contract Code* de McGregor”. En el Preámbulo del Anteproyecto también se expresa haber “decidido mantener la unificación entre el Derecho Civil y el Derecho Comercial, que ha sido realizada por el Código italiano, ha sido seguida en otros países del continente, y está presente en sustancia en la experiencia del *Common Law*. La primera parte del Anteproyecto se conoció en octubre de 1995, y la segunda en marzo de 1997.

***Los Principios del Derecho Europeo del Contrato***. El 26 de mayo de 1989 –y el 6 de mayo de 1994- el Parlamento Europeo encargó al profesor de Copenhague Ole Landø la redacción de un Código Europeo de Derecho Común de Contratos. Integró una Comisión con una veintena de destacados juristas europeos, y dio a conocer la versión final de los Principios Europeo de Contratos en julio de 1998.

*Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT.* UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), organización no gubernamental con sede en Roma, dio a conocer en 1994 los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, que fueron elaborados por un grupo de trabajo que integraron profesores, magistrados, funcionarios de alto rango, pertenecientes a los principales sistemas jurídicos en todo el mundo. Su introducción expresa que “el objetivo de los Principios de UNIDROIT es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las específicas condiciones económicas y políticas de los países en que vengan aplicados”. Del Preámbulo resulta que los Principios se propusieron establecer “reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales” y actuar como “principios generales del Derecho” o como “*Lex Mercatoria*”, así como “servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional” o para ser utilizados por los particulares en los “contratos estrictamente internos o nacionales”; sólo se ha pretendido “excluir del ámbito de los Principios las llamadas ‘operaciones de consumo’”.

*La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.* UNCITRAL., esto es la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional, elaboró la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Rige en cincuenta y tres países. La incorporación de esa Convención al Derecho interno de los países periféricos que la ratificaron tiene particular importancia en materia contractual, pues introduce diversas soluciones propias del Derecho de los más desarrollados, que se reflejan también en los ya mencionados Principios de UNIDROIT, en el Anteproyecto de Código Europeo de contratos y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

## **6. La libertad negocial en la actualidad**

Cuando nos preguntamos sobre el estado actual de la libertad debemos necesariamente hacer una distinción entre lo que sucede en los distintos planos.

Si nos referimos a los **derechos nacionales** resulta indudable la existencia de numerosos institutos de lo que hemos llamado la contratación solidaria, en especial de leyes tuitivas, como pueden ser las de protección del consumidor, pero si se habla del derecho internacional de los contratos la autonomía de la voluntad recupera su valor.

Aunque hoy se habla de un “reverdecimiento de la autonomía de la voluntad” (ALTERINI) y ha pasado a considerarse “un principio general de derecho de raigambre constitucional” (XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1997) que constituye “unos de los fundamentos del orden civil” (CORNU), al mismo tiempo se insiste en sus límites y limitaciones, a punto de que algunos autores hablan de un “flujo y reflujo en la autonomía de la voluntad” (MALURIE-AYNES).

De cualquier manera, la autonomía de la voluntad sigue siendo la “regla” (FLOUR-AUBERT) y su crisis de ninguna forma supondrá una desaparición definitiva de ese principio (LARROUMET), advirtiéndose, incluso, un “rebrote de su eficacia” (BENABENT), pero ahora sometida a serios condicionantes.



## Apuntes de Contratación Moderna

Carlos A. Manavella C.

Así, por ejemplo, los principios de UNIDROIT, si bien establecen claramente el principio, dejan a salvo las leyes imperativas (art. 1.4); el mismo criterio resulta del Anteproyecto del Código Europeo de Contratos (art.2) y de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (art. 1102).

Es decir al principio de libertad se adjunta la máxima de justicia, incorporando mecanismos jurídicos –tanto tradicionales como novedosos- que impiden el abuso en las complejas realidades negociales contemporáneas.