

# REFORMULANDO LA NOCIÓN DE CONTRATO: HACIA UNA VISIÓN ANTAGÓNICA DEL CONTRATO\*

Pier Giuseppe Monateri\*\*

*¿Constituye el contrato un espacio de colaboración orientado a que las partes desarrollen un juego cooperativo? ¿No nos encontramos en realidad ante una mera tregua provisoria establecida por partes antagónicas? Respondiendo a estas interrogantes, el autor analiza las concepciones contrapuestas de contrato de los modelos más extendidos: el eurocontinental y el angloestadounidense, y los alcances de esta elección sobre la configuración del régimen contractual.*

\* El presente artículo fue publicado originalmente en la Rivista di diritto civile, año XLIX, parte I, 2003, pp. 409-422, bajo el título "Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto". La traducción, con la colaboración del autor, fue realizada por Leysser L. León. Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura italianas en la Università per Stranieri di Perugia (Italia). Doctorando en Derecho Civil en la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). A quien agradecemos por habernos cedido el presente artículo para su publicación.

\*\* Profesor ordinario de Derecho Civil de la Universidad de Turín. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (Nueva York-París).

## 1. CONTRATO FANGOSO Y CONTRATO CRISTALINO

Quien se proponga reformular, hoy en día, la noción de contrato, caerá en la cuenta que existe una lejanía, una especie de barrera que nos separa de los debates de fines del siglo XX. Con mayor detenimiento, uno podría tener la impresión –no digo “la certeza”, sino un sentimiento vago– que algo ha ocurrido, que nos aleja de aquellas discusiones que han fatigado en tan grande medida a la doctrina de los últimos treinta años. Advierto que no ha sido algo acaecido de improviso, sino una suerte de desplazamiento subterráneo, producido progresivamente, y que, al final, ha dejado abierto un profundo surco. Repito que afirmo todas estas cosas no sin algún titubeo, porque no se trata todavía de ideas claras y distintas –ni tampoco se pretende que lo sean, por cierto–, sino de percepciones que se ordenan, cual elementos heliotrópicos, en formas extrañas que imitan melancólicamente la vida, cuando la luz cae sobre una solución de cromato de potasio y de sulfato de cobre; son percepciones que nacen, justamente, y como acabo de señalar, sólo cuando se presenta una ocasión para reflexionar al respecto.

Ahora bien, la atención de los civilistas –para intentar resumir lo que ha pasado, aunque sea consciente del fastidio que conlleva todo resumen– se ha concentrado, generalmente, en un modelo de contrato que puede describirse o “graficarse” –como se acostumbra decir– de la manera siguiente: el contrato es siempre un punto de encuentro, un espacio en el cual las partes colaboran para un fin común; un juego cooperativo.

Este “espacio”, este punto de cooperación, tiene como característica el estar tipificado; es más, se trata de un espacio altamente tipificado, donde las partes ordenan representaciones de “bloques” de reglas, las cuales se animan por sí solas y actúan en forma de cascada una vez que se realiza, o que alguien realiza, la calificación jurídica del acuerdo de dichas partes; y justamente porque se trata de un espacio de colaboración denso, y que debe ser denso, de “buena fe”, y se tiene que recurrir a ésta para interpretarlo, para cubrir sus vacíos, para valorar los comportamientos de las partes, inclusive; a cierto punto, los hechos parecen mostrar que “el” contrato tiene que sucumbir ante “los” contratos, y así, el esfuerzo constructivo constante en la recepción de nuevas figuras se realiza bajo la especie de la elaboración, de la ordenación de series de “nuevos

contratos”, a tal punto que la parte complementaria de la teoría general del contrato, es decir, la parte general de las obligaciones, cae prácticamente en desuso; es por ello que en la actualidad es difícil encontrar, no sólo estudiantes, sino estudiosos capaces de dominar fácilmente la parte en mención, porque ella subsiste como vestigio de una lengua muerta, que despierta aquellos mismos sentimientos de melancolía, o a lo mejor de simpatía, que es propio de los recuerdos estudiantiles, salvo en un aspecto, al que acabo de referirme: el del principio general de buena fe.

En dicho marco, la diatriba entre los defensores del mercado y los que desconfían del mercado (abiertamente u ocultamente) se desarrollaba siempre en torno de la interpretación del artículo 1322 del Código Civil<sup>1</sup>, y de la teoría de los tipos y de la causa; el resultado fue una serie de escritos que se entrecruzaban unos con otros, como las imágenes de los espejos que usan los peluqueros. Fue así que en un contrapunto directo –y se podría decir que hasta en polémica–, pero *del mismo modo*, a la vez, la atención de los comparatistas se *ensimismó* en resaltar las diferencias entre el contrato del *civil law* y el contrato del *common law*, sobre la base, particularmente, de la divergencia entre el elemento de la causa y el elemento de la *consideration*. En la versión ortodoxa de tal proceder, no se consideraba a plenitud el dato escondido de la derivación europeo-continental de la *consideration*; en otra versión, que *en tono bromista* podría denominarse “revolucionaria” –pero que, repárese, mantiene las mismas formas sustanciales de la otra–, se hacía de aquel corredor escondido de la historia el eje de todo interés, el secreto de una revelación, a fin de dejar contento al público (y también al autor de dicha versión, claro está). Además –¡cómo olvidarlo!–, los mayores teóricos se complacían en indicar atentamente la gran relevancia de un dato del sistema que consideraban capaz de remecer clasificaciones bien claras y reflexiones consolidadas por el tiempo, inclusive: me refiero al dato del surgimiento del *promissory estoppel* y, por lo tanto, a la factibilidad de *equitable relief*<sup>2</sup>, los cuales –al superar, precisamente, la necesidad formal de la *consideration*– eran indicio de la destrucción de la teoría clásica del *contract*, de modo que éste podía, simplemente –y sin ningún inconveniente para la paz social, si no es que mostrándose ciegos ante ella, como queriendo permanecer aislados, con la sola compañía de las hijas del mar–, ser dado por *muerto*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Nota del traductor: Código Civil italiano de 1942: “1322. Autonomía contractual.- Las partes pueden establecer libremente el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por la ley.

Las partes pueden también celebrar contratos que no pertenecen a los tipos que cuentan con una regulación particular, siempre que estén dirigidos a realizar intereses mercedores de protección según el ordenamiento jurídico”.

<sup>2</sup> Nota del traductor: Puede traducirse como “soluciones de equidad”. El *promissory estoppel*, por no ser oneroso, carece de *consideration*.

<sup>3</sup> Nota del traductor: La referencia es a la obra de GILMORE, Grant. “The Death of Contract”. Columbus, Ohio: Ohio State University Press. 1974. Ahora hay una segunda edición, al cuidado de Ronald K. L. Collins (Columbus, Ohio: Ohio State University Press, 1995).

No tiene nada de extraordinario, entonces, que en la contraposición entre el modelo francés y el modelo inglés se haya concedido realce, en primer plano, a los discursos acerca la justicia contractual, los cuales predominan en el primero y están ausentes en el segundo; tampoco llama la atención que en la contraposición entre el modelo alemán y el modelo estadounidense, como los “más eficientes” entre los diversos modelos de los sistemas romanistas y del *common law*, se haya desatado una orgía de consideraciones sobre el papel de la buena fe, que impera en el primero, mientras que es sustancialmente rechazada o mirada con recelo en el segundo, de modo que la valoración de los deberes que es necesaria imponer a las partes en la fase de las tratativas – cubriendo dicho espacio, en la mayor medida posible, con normas jurídicas– no ha sido más que un corolario de semejantes planteamientos; tampoco puede olvidarse, en fin, que el análisis económico del derecho, al dirigir su mirada hacia los contratos incompletos y, por consiguiente, hacia los modos de completarlo por vía judicial, no ha hecho otra cosa que dar los últimos retoques al cuadro que vengo trazando: consentimiento, cooperación, causa, buena fe, deberes precontractuales, amplios poderes ultraliberales para interpretar y completar judicialmente los acuerdos. Tales eran los ejes de los *discursos* que otrora se efectuaban.

En honor a la verdad, sin embargo, aquellos eran discursos que se realizaban veladamente, y a veces bastante veladamente, y siempre con gran sofisticación; en ellos, por otro lado, se recurría a la elocuencia más rebuscada, y yo diría que áulica, en pro o en contra del “mercado”, el cual, a su vez, era entendido diversamente por cada autor, según lo que él pensaba o le interesaba en el momento, o según lo que él quería que los demás creyeran que pensaba. No puede sostenerse, entonces –y esto es lo que interesa, verdaderamente–, que aquellos discursos hayan obedecido a una opción “política” precisa; yo me atrevería a decir que ellos obedecían, más bien, a cierta *constricción general del discurso*, el cual era plegado en una dirección, en vez de otra.

El triunfo del contrato “fangoso”<sup>IV</sup> se percibe en los Principios de derecho europeo de los contratos de la Comisión “Lando”<sup>V</sup>, donde la buena fe ha devenido límite irrenunciable de la autonomía privada misma:

“Art. 1:102. Las partes son libres de estipular contratos y de determinar su contenido *respetando la buena fe y la corrección*, así como las normas imperativas contenidas en los Principios”.

“Art. 1:201. (1) Las partes deben actuar respetando la buena fe y la corrección.

(2) Las partes *no pueden excluir ni limitar este deber*”.

“Art. 1:202. Las partes *están obligadas recíprocamente a cooperar* con el fin de dar plena ejecución al contrato”.

Una formulación semejante de la buena fe no tiene los pies sobre la tierra.

Parece, en efecto, que nos encontráramos frente a un texto taoísta. El paciente arqueólogo que hallará, dentro de mil años, el citado documento, podrá tal vez preguntarse por qué los europeos de aquel extraño siglo mostraban tanta dedicación y le daban tanta importancia a una traducción de textos taoístas, perdidos, como es evidente, en la propia China.

Si se acentúa más el contraste, tales discursos, que en ésta y otras ocasiones he calificado como “fangosos”, terminan colapsando cuando se observa lo que ocurre, contrariamente, en la práctica: en la actualidad, los textos contractuales se agrandan cada vez más, a fin de prevenir integraciones diversas de las queridas por las partes *en un momento determinado*; se presencia, así mismo, la recepción de un léxico y de una terminología que casi nunca están presentes en los discursos de la doctrina; se constata que el razonamiento basado en los “tipos de contratos” es cada vez menor, mientras que el razonamiento basado en los “tipos de cláusulas” y de “términos contractuales” es cada vez mayor; además, y como ya he anotado, la praxis demuestra que los jueces mismos han comenzado a sospechar de los caminos de la buena fe, que la doctrina les ha aconsejado desde siempre.

Lo anterior no significa, necesariamente, que el mercado haya triunfado; a menudo, el propio contrato es calificado, más bien, como un instrumento apto para limitar “el mercado”, mediante convenios de integración vertical, y también horizontal, mediante pactos de control, pactos de no-competencia y demás,

<sup>IV</sup> Nota del traductor: El autor utiliza el adjetivo rugiadoso (de rugiada, “rocío”), que vale por “bañado por el rocío”.

La alternativa aquí utilizada (“fangoso”), que he concebido siguiendo las puntuales sugerencias del autor, grafica la idea de un contrato “enfangado” o “empantanado” en algo no bien definido (buena fe y demás cláusulas normativas generales), a la vez suave, a la vez oscuro, que se opone bien a la idea de un contrato “cristalino” (que es como aquí se traducirá, variando la metáfora original, el adjetivo italiano *rude*, *rough* o *tough*, en inglés), transparente, pero rígido, como el cristal.

Véanse, obligatoriamente, las precisiones indicadas en la nota VI *infra*.

<sup>V</sup> Nota del traductor: Los “Principles of European Contract Law”, dados a publicidad, en 1999, por la Commission on European Contract Law, presidida (desde 1980) por el profesor danés Ole Lando, de la Copenhagen Business School.

mediante cláusulas de fidelidad y demás; la razón de ello es que los agentes privados mismos suelen ver en el mercado un riesgo para sus “bienes de posición”, y tienden, entonces, a limitar, a través del contrato, que el mercado opere en sus áreas, como si la imposición del “mercado” fuera el peor mal que les pudiera pasar, una especie de maldición china: “que pueda el mercado prevalecer en Tu sector”. Y puesto que tal es el estado de las cosas, yo soy de la idea de despejar el campo de una contraposición entre “contrato de mercado” y “contrato integrado” según consideraciones más amplias, de Derecho y de justicia, y de proponer, en su lugar, un distinto contraste entre naturalezas contrapuestas del contrato.

Se trataría, en lo sustancial, del contraste entre un contrato *fangoso* (buena fe, deberes de *renseignements*, cooperación, justicia) *pero a la vez rocoso* (causa, tipos, bloques); y un contrato distinto, más *crystalino*<sup>vi</sup> (importancia extrema de los textos y, por lo tanto, de su extensión, con pocos deberes y pocas responsabilidades fuera del texto) *pero a la vez fácil de controlar* (autónomo, atípico, que escapa a las clasificaciones).

## 2. EL CONTRATO COMO TREGUA PROVISORIA ENTRE LAS PARTES

Contra el modelo habitual de los discursos sobre el contrato que acabo de “recordar”, más que “describir” –si bien de manera bastante imperfecta, a tal punto que podría decirse que lo he hecho en forma consonante y premeditada respecto del argumento que expondré a continuación–, intentaré proponer un segundo y distinto modelo que procure captar, conforme a las convenciones literarias –mucho más

realistas, a mi parecer–, la esencia del contrato, con fidelidad al devenir de esta figura.

Es necesaria, ante todo, una visión del contrato que quite del horizonte a la cooperación, y que recupere la naturaleza antagónica de la relación contractual: el contrato es una tregua provisoria entre las partes, en el contexto de un juego conflictivo entre sus intereses.

No estoy desconociendo ni omito valorar el contraste de los intereses de las partes. Lo que pretendo, en realidad, es ubicar el antagonismo señalado en el centro de la escena, en lugar de ponerlo fuera de los márgenes de la cooperación que se realiza a través del consentimiento.

Procediendo así, es decir, ubicando el antagonismo en el centro de la escena, se puede apreciar que el consentimiento que se da al acuerdo es siempre, y necesariamente, un consentimiento parcial y esencialmente limitado. Es siempre el fruto de un *bargain* entre partes antagonistas, como una tregua provisoria en torno de puntos especificados de sus relaciones de conflicto. Las partes han llegado a una tregua sobre tales puntos, y no sobre otros. Aquí, como se advierte, se recupera la idea de contrato que era típica del derecho laboral, a diferencia de cuanto ocurría con las relaciones colectivas de trabajo. Sin embargo, de la propia naturaleza del acuerdo se desprende que el mismo se forma, por definición, en forma incompleta, si se atiende al universo de acaecimientos posibles y de contingencias actuales y futuras. Dichos “vacíos” no constituyen una *failure*: ellos son parte integrante del proceso antagónico, y cada uno de sus “cubrimientos” desde el exterior no es más que un acto de violencia, que para ser realizado

<sup>vi</sup> Nota del traductor: *Rude*, en italiano (“rudo”, pero también “áspero”, en castellano). En otro lugar, el autor traduce la expresión al inglés como *tough* (“tosco” u “hosco”, en castellano): MONATERI, Pier Giuseppe. “Competizione fra ordinamenti: il sistema degli investimenti globali”. En: “La concorrenza tra ordinamenti giuridici”. Al cuidado de Andrea Zoppini. Roma y Bari: Laterza. 2004. pp. 152-154.

Juzgo conveniente transcribir, con fines aclarativos, este último pasaje, señalando, entre corchetes, las expresiones originales:

“[A]lgo que se puede constatar fácilmente es que en el mundo de la globalización conviven, principalmente, dos modelos opuestos de contrato: el angloestadounidense y el eurocontinental. Para caracterizarlos podríamos recurrir a las expresiones ‘contrato cristalino’ [*contratto rude (tough)*] y ‘contrato fangoso’ [*contratto rugliadoso*].

El segundo es el contrato al que estamos más habituados. Se trata de un contrato concebido como espacio cooperativo entre las partes. Las partes cooperan y, por lo tanto, tienen un fin objetivo común (la causa), deben comportarse con arreglo a la buena fe, el juez está allí para cubrir las lagunas o redefinir el contrato como lo habrían hecho, de buena fe, las partes, si hubiesen imaginado las consecuencias verificadas en los hechos. Es más, el juez mismo puede derivar de los deberes de buena fe de las partes obligaciones propiamente dichas, que pasan a integrar los acuerdos contractuales. Además, este contrato cooperativo remite a un amplio número de reglas de *default*, que las partes adoptan con la celebración de un contrato de un determinado tipo. Se trata de un contrato ‘bueno’, que obliga incluso a aquello que no está expresamente previsto en los acuerdos. Y no son pocos los que alaban la sabiduría económica superior de tal modo de proceder, porque reduciría los costos de transacción de definir completamente los contratos, al admitir su integración legislativa y judicial.

En oposición al ‘contrato fangoso’ se presenta el ‘contrato cristalino’. Se trata, en este caso, de un contrato concebido como ‘tregua provisoria’ entre partes antagónicas. Son partes que hacen un alto en su lucha de mercado, y que se ponen de acuerdo, limitadamente, sobre algunos puntos específicos. Desde esta óptica, la declaración de una parte vale como emisión de una declaración de compromiso ‘que podrá ser utilizada en su contra’. Por ello es extremadamente importante que los vínculos contractuales sean sólo los expresamente definidos. El contexto antagónico del ‘contrato cristalino’ acaba con el acostumbrado horizonte de nuestras consideraciones sobre la causa y la buena fe. Puesto que las partes ‘no’ son una coalición unitaria, sino dos antagonistas, tiene poco sentido sostener que existe un fin objetivo común a ellas. La ‘causa’ puede ser únicamente la medida contractual que ellas mismas definen como contraprestación de sus expresos compromisos (no puede ser más, entonces, que una *consideration*). La buena fe puede valer sólo como deber de *to play by the rules*, pero no como fuente de integración de los deberes contractuales. Hablando en términos más generales, también tiene poco sentido integrar una tregua provisoria, porque si ésta es integrada se la trastoca. Se altera, justamente, el *hard core* del trato antagónico: la contraprestación prometida por una parte habría tenido que ser distinta si los deberes de la otra eran, en realidad, mayores. Por ello, también los poderes de interpretación del juez deben ser menores, y mucho más vinculados: la ambigüedad de las cláusulas no deviene jurídicamente subsanable a través de los trucos de la interpretación”.

requiere –al faltarle la justificación cooperativa de fondo– una justificación mucho más sólida que la usual, según la cual, el juez está allí para ayudar a las partes a aclarar sus ideas: la justificación de que el juez puede hacer para las partes el contrato que ellas mismas habrían deseado, si hubiesen contemplado la producción de las contingencias que no previeron. Esta idea, aun cuando autorizadamente sostenida por muchos y audaces autores del análisis económico, se revela como irracional a la luz de la óptica antagonica: no se puede “recubrir” una tregua provisoria, porque de tal modo ella se rompe, y se desestabilizan, por completo, los diversos equilibrios que se han logrado previamente.

Es natural que si el horizonte fangoso de la cooperación desaparece, también quedará “empañado” –y que el lector me perdone por proponer una imagen tan burda– el horizonte de la buena fe. Los antagonistas bien pueden vincularse a reglas de *fair play*, y pueden querer que el juego se desarrolle, precisamente, *by the rules*; es más, ellos normalmente desean que sea así, pero en un sentido muy distinto del usualmente asumido: esa buena fe del campo agonístico tiene que ser, por encima de todo, una buena fe de “movidas permitidas”, antes que de “compromisos asumidos”, es decir, una buena fe entendida como reglas de *fair dealing*, cuya infracción conlleva responsabilidad, y no una buena fe entendida como fuente de integración de los deberes contractuales. Las partes de una cooperación fangosa también tienen como trasfondo, desde luego, los compromisos de la buena fe entendida en sentido objetivo. Pero para las partes que efectúan una tregua provisoria, toda declaración emitida a la contraparte es algo que puede ser utilizado en su contra. Por ello, la declaración debe provenir de la otra parte y debe ser obtenida jugando *by the rules*, pero su contenido debe ser aquel, y sólo aquel, al que cada parte ha consentido vincularse. En concreto, la elección de las palabras del texto que alguien expide a una contraparte, a fin de que ésta lo utilice en contra suya, se transforma en una decisión esencial y a la vez funesta. Es más: mientras mayor sea el antagonismo de los intereses en juego, menor será la posibilidad de invocar, desde un punto de vista neutral, que un compromiso “x” salga del sombrero de los prestidigitadores de la buena fe –y pido perdón a los lectores, otra vez, por esta nueva imagen.

Como es obvio, esto último es concebible desde un punto de vista *no*-neutral, dictado por razones de política de protección de ciertas partes contra otras, lo cual es correcto –como se verá más adelante– en el caso de los contratos con el consumidor, donde se acentúa el carácter político de dichas protecciones; resulta falta de razón, en cambio, si se apela a una justificación basada en la neutralidad apolítica.

Como se aprecia, la visión de un contrato cristalino que se opone a un contrato fangoso es reveladora, principalmente, de la dimensión ideológica, o sea, de la falsa conciencia de la realidad, de los acostumbrados discursos sobre el contrato. La buena fe objetiva y las intervenciones del juez, concebido como un sujeto externo que llega a formular un acuerdo tal cual lo habrían hecho las partes, si estas hubiesen tenido el tiempo y los recursos para prefigurarse el *casus omissus*, son, esencialmente, instrumentos ideológicos, que caen en el vacío cuando se desnuda su base fangosa.

Prosiguiendo por esta vía, se deduce que en la visión propuesta *deben* valer reglas estrictas de interpretación del texto contractual. En otras palabras, los diversos cánones hermenéuticos de interpretación del contrato deben ser corregidos, actualmente, en función de cómo es que la declaración contractual emitida por la contraparte podía ser entendida de buena fe –es decir, con particular atención a los términos utilizados por dicha parte– por el destinatario de la misma. De igual forma, los comportamientos antecedentes y posteriores de las partes sólo pueden dar luces sobre la *choice of words* efectivamente utilizada en la declaración, dado que ésta podía valer como un compromiso circunscrito. Por lo tanto, las fórmulas mismas de la confianza razonable deben ser entendidas en sentido restrictivo: ¿hasta dónde era efectivamente razonable que una parte confiara en el sentido de las palabras utilizadas por la otra? Repárese que aquí no se está cuestionando una revaloración del acuerdo como elemento principal del contrato, sino una valoración en sentido circunscrito de las *declaraciones* compromisorias que cada antagonista contractual dirige al otro. La fórmula de la “unión de las voluntades” debe ser entendida, entonces, en sentido restrictivo, de modo tal que uno pueda tener la seguridad de que dicha unión se ha realizado, prácticamente, sólo en presencia de un texto claro. Lo que es más, hay que preguntarse si en ausencia de un texto ambiguo se puede reconocer alguna relevancia a los demás cánones hermenéuticos. El vínculo abarca sólo lo que es claro; lo ambiguo no deviene jurídicamente reparable. Viene al caso recordar que dicha solución hace de cargo de las partes (justificadamente) los costos sociales generados por su ambigüedad y, por lo tanto, incentiva una *choice of words* clara y precisa, sin posibilidad de ampararse en un monitoreo judicial de cargo de la colectividad.

Tomar en serio la teoría de la no-completitud contractual, como componente esencial de la tregua circunscrita que las partes logran en el contrato, aunque entre ellas se mantenga la lucha de mercado, significa, justamente, que el contrato *no* se extiende a lo que no está previsto de manera expresa en el mismo. Ninguna materia análoga, aunque esté ligada con el negocio plasmado en el contrato, queda cubierta por éste; en

otras palabras, ella no está comprendida en el compromiso contractual asumido por la parte a la cual se requiere el cumplimiento. Si la parte que exige el cumplimiento presunto quería incluirla en el reglamento contractual, ella habría debido obtener su inclusión expresa, invirtiendo más tiempo y recursos en la contratación, y ofreciendo a la contraparte, eventualmente, un mejor *bargain*, un precio más alto, respecto de los compromisos ulteriores. Si ello no se hizo (y he aquí un nuevo perno del eje de la causa), sino que es creado de la nada, con costos sociales, en desmedro de una contraparte –que, en tal situación, recibe menos de cuanto había pactado, dado que su compromiso tácito se ha revelado superior al compromiso expreso al que se había vinculado–, resulta que en nombre de la buena fe o de alguna otra cosa se está creando, en realidad, un desequilibrio contractual en favor de una parte y en contra de la otra, el cual puede ser justificado sólo políticamente, pero no desde un punto de vista de arbitrio neutral.

Seguir aquel camino significaría suplir, con agravio para la colectividad, una *failure* en la estrategia de contratación, cometida por una de las partes en juego, subvencionándola, concretamente, en lo relativo a sus pretensiones. Por tal razón, ello resulta admisible sólo cuando se está en presencia de partes que desde el comienzo estaban dotadas de bienes situacionales bastante diversos (así ocurre, justamente, en el caso de la empresa y del consumidor).

Sin perjuicio de lo anterior, dejar a un lado la materia que tiene conexión con el texto contractual, pero que no está cubierta expresamente por el mismo, *no* significa hacerla caer en un vacío jurídico. Para ser precisos, ella puede devenir objeto, *no* de responsabilidad contractual, sino de responsabilidad extracontractual. El derecho de la responsabilidad civil, en tanto y en cuanto prescinde, justamente, de los compromisos contractuales, está siempre en guardia; es más, se hace claro que él está allí, como fondo o como refuerzo para los comportamientos que el proceso de contratación no ha llegado a incorporar al contrato mismo.

### 3. EL REPLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA CAUSA Y LA CALIFICACIÓN PACTADA DEL ACUERDO

De lo dicho hasta este punto resulta evidente que se derrumba también el planteamiento de la causa como fin objetivo común de los contratantes, el cual tiene como clara justificación la premisa de la naturaleza cooperativa del acuerdo. En su lugar, queda la teoría de la causa como eje establecido por las partes, entre los compromisos de una y los de la otra, de modo que lo ofrecido determina la medida de lo requerido, pero

no en el sentido de un reequilibrio de las prestaciones, sino en el de su *no-extendibilidad* más allá del contenido explícito del contrato. En su tregua, las partes han establecido que “A” era la prestación recíproca de “B”, de modo que ni “A” ni “B” pueden ser distintamente extendidas.

Dicha variación de sentido no está privada de consecuencias en lo que atañe a la calificación de la relación. En efecto, si cae la noción objetiva de causa –que prescinde, en cuanto tal, de la voluntad subjetiva de las partes, y de los intereses contrastantes de las propias partes, para reunirlos en un único destino normativo–, cae también el instrumento fundamental para la calificación en tipos de la relación de las partes, y para su disposición por parte del juez, incluso más allá, y en contra, de las calificaciones operadas por ellas mismas.

Las situaciones pueden ser dos: o las partes han hecho expresa y conjunta mención de uno de los tipos contractuales, o no lo han hecho. Si ellas han procedido a la calificación, es evidente que han pretendido invocar, así, todas las diversas reglas que se enlazan, automáticamente, con aquel tipo contractual. En otras palabras, ellas las han recogido expresamente en el ámbito explícito del contrato.

Ello también debe significar algo para el juez, que ya no está allí para rehacer el contrato para las partes; la razón es que éstas no constituyen una coalición unitaria o que unitariamente pida ayuda al juez: en realidad, ellas representan polos antagónicos, de modo que si el juez rehace el contrato, lo rehace *no* para las partes, sino para *una de las partes*. Ello se justifica políticamente, pero sólo en determinados casos de protección, y no en la generalidad de situaciones.

La aplicación de una calificación diversa de la establecida por las partes, tiene sentido sólo en tanto y en cuanto sea aplicación de una regla imperativa, que requiera ser impuesta en aquella relación, de modo que el comportamiento calificador realizado por las partes se presentará, en dicho caso, como elusivo de una regulación imperativa. Sin embargo, mientras hablemos de aplicación de reglas dispositivas, la elección contratada en torno de la calificación del acuerdo hará que la parte, que ahora desconoce la calificación a la cual se ha adherido, deba sucumbir y quedar ligada a ella.

Evidentemente, las ulteriores consecuencias de la caída de la causa como fin objetivo de los contratantes, para la teoría de los tipos contractuales, necesitan una ulterior y ponderada profundización; por el momento, es claro que los diferentes tipos se presentan nada más que como depósitos de reglas para abreviar –siempre

que las partes así lo quieran, mediante un acuerdo sobre la calificación— los textos contractuales mismos. En otras palabras, “el” contrato en general debe ceder, finalmente, frente a los vientos de los distintos contratos. Es más, aquellos distintos contratos tienen que devenir, finalmente, meras guaridas “del” contrato, que sólo de modo ocasional encuentra en ellos su morada.

La asimilación del acuerdo a alguno de los tipos jurisprudencial o legislativamente previstos tiene lugar sólo en lo atinente a las cláusulas y a los términos que las partes no han considerado conveniente reproponer en el texto escrito.

El problema del contrato que eventualmente resulta incompatible con el tipo preseleccionado por las partes debe plantearse en estos términos, a los cuales ya he hecho referencia: o la relación requiere la aplicación de una regulación impositiva que las partes han tratado de eludir, y es ella, entonces, la que deberá ser aplicada; o bien se presentan, en lo que concierne a las meras normas dispositivas, fragmentos de declaraciones incongruentes y contradictorias, y se deberá proceder, entonces, en el sentido anteriormente indicado, como ya ocurre, hoy por hoy, en dichos casos; sin embargo, no será posible cancelar, sin más, la elección calificadora realizada por las partes, porque ella constituye, justamente, un fragmento de la declaración que habrá que dilucidar, y tiene el mismo valor de los demás fragmentos de la misma.

Por lo tanto, y si seguimos la dirección indicada, es claro que la causa se presenta como el nexo que las partes establecen entre sus prestaciones, y que ella se mantiene objetiva, en cuanto intercambio y, por ello, factor gobernante o medida de lo que es debido, en cuanto razón del compromiso y también, por lo tanto, de las responsabilidades; ella no se presenta como fin cooperativo común, sino como medida de la tregua, cuando ésta se rompe y alguna de las partes trata de invocar más de lo que una u otra estarían dispuestas a conceder ahora; por ello es objetiva, pues se presenta como hecho de intercambio del cual una y otra parte dan, en otro momento, interpretaciones opuestas; por lo tanto, el juez debe razonar al respecto como si se encontrara frente a un hecho económico, frente a consideraciones jurídicas opuestas: no para rehacer el contrato a las partes, sino para determinar, en el campo agonístico de las partes, cuál es la interpretación que puede vencer, cuál es la interpretación que no va demasiado más allá del horizonte de los hechos de intercambio; y en la consideración de las declaraciones, como hecho histórico, se determina cuál es la

interpretación de la voluntad que se adapta mejor a dicha historicidad de las declaraciones. En tal sentido, las declaraciones son tan objetivas cuanto el intercambio; el propósito, a su vez, no es más que el resultado de una argumentación sobre dichos hechos.

Para terminar, anotaré que nada de lo anterior varía en el caso del compromiso gratuito; una vez que se han cumplido las diferentes condiciones que vuelven jurídico este compromiso en nuestro ordenamiento, la ausencia de contrapartida onerosa es válida para determinar, justamente, la menor amplitud de los deberes y de las responsabilidades. Es más, se debe a la gratuidad del compromiso, precisamente, el hecho de que éste se presente como un episodio circunscrito, respecto del cual corresponde al juez establecer sus confines, antes que descubrir sus aspectos inesperados. Aquí el juez es más un agrimensor que un Cristóbal Colón.

#### 4. CONTRATO Y “CONTRATO DEL CONSUMIDOR”

Las consecuencias del discurso efectuado hasta este punto —no sin recordar mis hesitaciones al respecto— apuntan hacia una clara bifurcación en el camino recorrido por el contrato: por un lado, el contrato celebrado entre la empresa y el consumidor; por otro lado, el contrato celebrado fuera de dicha relación, es decir, el contrato en general, respecto del caso peculiar —y evito, conscientemente, escribir “caso especial”— caracterizado por la protección del consumidor.

De tal forma, la protección contractual del consumidor se presenta, sea como un esquema general alternativo al esquema del artículo 1321 y siguientes del Código Civil<sup>vii</sup>, y con igual dignidad, sea como una figura coordinada, que tiene carácter general en su propio campo de aplicación. En ella, los intereses de protección legislativamente reconocidos imponen peculiares consideraciones, con miras a la eficiencia económica misma de las transacciones.

Lo que se presencia, por lo tanto, es el surgimiento de dos horizontes contractuales diversos y paralelos. Desde un punto de vista teórico, no es difícil apreciar en el contrato con el consumidor una hipótesis especial respecto de la figura general del contrato; no es difícil, entonces, configurar la clásica relación de especialidad entre la primera y la segunda figura de contrato que he señalado. Pero esta especialidad, tan fácil de entender, esconde, en realidad, una distinta valoración, propiamente dicha, de las relaciones que están en juego; en efecto, si se acentúa el enfoque de la línea evolutiva analizada hasta este punto, del antagonismo

<sup>vii</sup> Nota del traductor: Las normas del Código Civil italiano que contienen el régimen general del contrato.

contractual, se observa que la figura general del contrato se dirige hacia una particular consideración del acuerdo logrado en términos de tregua provisoria entre partes esencialmente contrastantes; pues bien, con igual evidencia, la figura del contrato con el consumidor es objeto de una peculiar valoración legislativa de la “tregua” que puede ser lograda, y que hace legítima, en definitiva, la configuración de esta figura especial de contrato, no como una simple “especialidad” del acuerdo mencionado en el artículo 1321 y siguientes, sino como un verdadero paradigma alternativo, el cual, a pesar de mantenerse en el ámbito del acuerdo contractual, obedece a lógicas propias, particularmente divergentes de las seguidas en el actual diseño del contrato en general. Estas razones llevan, por lo tanto, a considerar el contrato con el consumidor como categoría coordinada y paralela a la del contrato en general, y no como mera hipótesis especial del primero.

La visión propuesta no hace otra cosa que reforzarse si se añaden las consideraciones prácticas que atañen al contrato y al comercio electrónico; es evidente que en tal ámbito se plantea de manera bien distinta la configuración de un eventual acuerdo electrónicamente perfeccionado, por ejemplo, entre empresarios, y lo mismo cabe decir de la disciplina de los contratos *click and point* con los consumidores, en un mercado que, por definición, no conoce confines nacionales fáciles de manejar con las técnicas usuales del derecho.

En lo sustancial, así como en el sector de la responsabilidad civil se ha llegado a reconocer una relación de coordinación entre hipótesis fundadas en la culpa e hipótesis de *strict liability*—coordinación que prescinde de la mera relación de especialidad entre ambas figuras, si bien reconociendo a la culpa las características de un criterio general de prevención de los accidentes—, del mismo modo se puede, y se debe, llegar a configurar una relación de coordinación entre las hipótesis contractuales que son válidas como paradigmas de fondo de los contratos, y las hipótesis de contratos con los consumidores; y aun dando por cierta la naturaleza paradigmática de las primeras, hay que evitar la mera configuración de una “especialidad” de las segundas, y propender, más bien, al logro de una coordinación paralela entre estas figuras, que no sigan la misma lógica, sino lógicas divergentes.

##### 5. LOS INTERCAMBIOS NO PRECEDIDOS POR ACUERDOS PROGRAMÁTICOS

¿Cómo se inserta en esta línea de pensamiento la consideración de las relaciones de hecho como relaciones contractuales? Es evidente que en el llamado “contrato de hecho” no existe ningún acuerdo programático que preceda la ejecución de la relación.

Lo que se presenta, por el contrario, es una serie de ejecuciones que se van realizando *como* si detrás de ellas existiera un acuerdo que debe ser ejecutado. Todo ello es posible, naturalmente, en virtud de la asimilación entre declaración de voluntad y manifestación de la voluntad, porque esta última también puede consistir en la pura acción que realiza la relación contractual. Sin embargo, es claro que no se puede pasar por alto que tal razonamiento es contrario a la realidad, en tanto tiende a considerar como realizado algo que, por definición, no se ha verificado jamás en el caso examinado. Se trata, por lo tanto, de una clásica operación ideológica que, sobre la base de la ideología del contrato, asimila a éste operaciones económicas que, en realidad, no siguen su paradigma.

La cuestión es particularmente delicada si se considera la muy amplia serie de relaciones—incluso relaciones comerciales— que se llevan a cabo, en la práctica, mediante la simple facturación y recepción de la mercadería, sin que se predisponga ningún esquema contractual de programación. El problema se complica si se atribuye relevancia central—como yo propongo—a los efectivos términos impuestos por las partes en el acuerdo.

¿*Quid juris*, pues, cuando dicho acuerdo no ha existido en los hechos, y sólo se ha mantenido *latente* en los comportamientos de las partes?

El tema de los acuerdos “latentes” —los llamaré así— permite apreciar con claridad que la regulación que entre nosotros se denomina “régimen del contrato” es, en realidad, un doble régimen, que se dirige a dos horizontes diferentes. Por un lado, está el régimen del contrato como “acuerdo” de las partes; por otro lado, está el régimen del contrato como “intercambio” de las prestaciones, realizado con la actuación de las partes. Puesto que el objeto del acuerdo es normalmente un intercambio de prestaciones, la divergencia que se indica podría no ser captada, teniendo en cuenta que el segundo es regulado, justamente, por el primero. Ella salta a la vista, sin embargo, cuando se constata la existencia de acuerdos sin intercambio, o de intercambios no precedidos por acuerdos encaminados a programarlos.

Lo principal, entonces, es que se presente un intercambio, y no la simple erogación unilateral de una prestación. En dicho caso, más que apelar a reglas de justicia contractual—salvo en casos particulares, que constituyen excepciones, una vez más, en virtud de su especialidad “política” (el trabajo de hecho, por ejemplo)— se debe suponer que aquí la falta de acuerdo significa que las prestaciones se intercambian bajo condiciones *standard*. El “contrato” que el juez rehace, en caso de litigio, está dirigido únicamente a la búsqueda

de las condiciones *standard* bajo las cuales se produce el intercambio de tales prestaciones; condiciones que se aplican, precisamente, en ausencia de acuerdos específicos que demuestren que se quiso modificarlas. De aquí que el espacio generado para que tenga lugar una discusión entre las partes sea bastante restringido, a fin de que ellas no hagan de cargo de la comunidad los costos que se ahorraron cuando decidieron prescindir de un acuerdo específico sobre las condiciones en que debía producirse el intercambio.

La realización de una relación que no es asimilable a un intercambio estandarizado del mercado plantea, desde luego, problemas teóricos tan interesantes cuanto socialmente irrelevantes.

En tales casos, en efecto, la reflexión puede serenarse, y complacerse, en todo caso, con una consideración “realista”, que muestre –con toda evidencia– la oposición a la realidad de la asimilación de dichas situaciones al paradigma del acuerdo programático; queda demostrado, por consiguiente, que la difusión de la categoría del negocio ha impedido el pleno desarrollo de una teoría de los actos lícitos no-declarativos, al hacer que un acto consistente en una pura acción<sup>viii</sup> quede comprendido, mediante el esquema de la “manifestación”, en el modelo interpretativo de la *Willenserklärung*<sup>ix</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

Releyendo los apuntes precedentes me doy cuenta de la imperfección con que han sido guiados; sin embargo, y puesto que ya he abusado en demasía de la paciencia de los lectores, me preguntaré una última cosa: si todo lo anterior no podía ser dicho con un *pathos* menor, y de modo más simple. En realidad, se tenían que desvirtuar, con decisión, muchos lugares comunes, y espero que ello me sirva como explicación, y como excusa, del *pathos* que en ciertos pasajes –lo reconozco– ha vuelto acalorada y poco fluida la exposición de lo que estaba pensando; pero al final –como acabo de anotar– hay que preguntarse si todo lo expresado no podía ser objeto de una expresión más concisa, por decirlo así, si no es que también más clara.

Pues bien, lo que podría decir, entonces, y sin ulteriores reticencias, es que el recorrido práctico del contrato –a diferencia del camino teórico– se ha encaminado decididamente hacia su *Americanization*: la importancia

decisiva del texto, las atribuciones pasivas de los jueces, la causa como *consideration*, como *governing factor* del intercambio, pero con un ingreso del *tort* al lado del contrato, y la protección legislativa fuerte del consumidor con sus lógicas particulares, *pero también*, y sobre todo, con la idea de la eficiencia, que al proteger, justamente, la *peace of mind* del consumidor, contra aquellos operadores que no saben, o no quieren, ofrecer dicha protección, propende a la ampliación de los mercados.

No es que en el mundo no existan otros modelos igual de fuertes, aparentemente, y que se contrapongan con claridad, en este punto, al modelo estadounidense: el modelo alemán lo hace abiertamente, al estar centrado, de manera voluminosa –diría yo–, en las integraciones jurisprudenciales basadas en el principio de la buena fe. Sin embargo, aunque el segundo modelo tienda a ejercer fascinación cuando se trata de reflexionar, es el primero –lamentablemente o no, es algo que aquí no tiene importancia– el que se está *globalizando*. Ello se debe a que el primer modelo, y no el segundo, permite un “tratamiento profesional” –digámoslo así– del contrato, que prescinde de las variantes locales, y del conocimiento local, que es absolutamente necesario, en cambio, cuando se tiene que explicar cómo es que los jueces de una particular jurisdicción pretenden aplicar fórmulas amplias y fangosas, para dar a éstas un contenido efectivo. Se globaliza el texto, entonces, con sus limitaciones, y considerado, al mismo tiempo –atendiendo, justamente, a los límites que él impone–, como *battle of words*, como compromiso entre antagonistas.

Y poco cuenta, aquí, que luego sea posible trabajar con el texto, a través de la interpretación, porque quien conoce las inesperadas, y acaso ilimitadas, potencialidades de ésta, sabe perfectamente que se le puede limitar, restringir, y que se puede impedir la búsqueda de algo que vaya más allá del *face value* de las palabras empleadas. Y sabe, ciertamente, que la famosa “libertad de interpretación” puede consistir, ni más ni menos, en lo siguiente: en el poder de encaminarse hacia los más remotos descubrimientos de significado (¡el guisado del profeta Eliseo, como representación de la ley!)<sup>x</sup>, o bien hacia la literalidad efectiva, como *Selbstbeschränkung des Geistes*.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Aunque me es imposible mencionar todas las lecturas de las cuales he deducido las consideraciones que

<sup>viii</sup> Nota del traductor: *Atto attuativo*, en el original.

<sup>ix</sup> Nota del traductor: “Declaración de voluntad”.

<sup>x</sup> La referencia es al episodio narrado en 2 Reyes: 4, 38-44. El profeta Eliseo esparce harina en una olla que contiene un guisado envenenado y “no hubo más mal” en éste. Claudia Muresan sostiene que con estas expresiones el autor nos quiere decir que basta una palabra del intérprete para que la ley se vuelva buena; Monateri asiente, y me explica que la interpretación puede desencadenarse en tal medida que puede hacer que un “guisado” se transforme en la *Torah*. De aquí, precisamente, la necesidad de ceñirse a la literalidad del texto, como forma de autolimitación del espíritu (*Selbstbeschränkung des Geistes*) del intérprete.

acabo de exponer, señalaré, seguidamente, algunas necesarias referencias culturales.

AA. VV. "American Law in a Time of Global Interdependence: U.S. National Reports to the XVI International Congress of Comparative Law". En: *American Journal of Comparative Law*. Vol. 50. 2002. pp. 319 y siguientes; AA. VV. "Il contratto – Nuovi itinerari di ricerca". En: *Rivista critica del diritto privato*. Fascículos 2/3. 2001; AA. VV. "Principles of International Commercial Contracts". Roma: Unidroit. 1994; ALPA, G. "Il diritto dei consumatori". Roma-Bari. 1995; ALPA, G. "Prime note di confronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano". En: *Contratto e impresa/Europa*. 1996. pp. 316 y siguientes; BIANCA, C. M. y G. ALPA. "Le clausole abusive nei contratti con i consumatori". Padua: 1996; BIANCA, C. M. "I contratti digitali". En: *Studium Iuris*. 1998. pp. 1035 y siguientes; BONELL, M. J. "An International Restatement of Contract Law". 2ª. ed. Nueva York: 1997; BUONOCORE, V. "Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali". Milán: 2000; CAMERO, R. y S. DELLA VALLE. "La nuova disciplina dei diritti del consumatore". Milán: 1999; CASTRONOVO, C. "I principi di diritto europeo de contratti e il codice civile europeo". En: *Vita notarile*. 2000. pp. 1219-1225; FLESSNER y KÖTZ. "Europäisches Vertragsrecht". Vol. I. Al cuidado de H. Kötz. Munich: 1996. Traducción al inglés, "European Contract Law". Vol. I. Oxford. 1998; GALGANO, F. "La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio". En: *Contratto e impresa*. 2000, pp. 919 y siguientes; GOODE, R. "The Concept of 'Good Faith' in English Law". Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, dirigido por M. J. Bonell. "Saggi, conferenze e seminari". 2. Roma: 1999; GRUNDMANN, S. "La struttura del diritto europeo dei contratti". En: *Rivista di diritto civile*. Parte I. 2002. pp. 365 y siguientes; HESSELINK, M. W. "The Politics of European Contract Law: Who has an Interest?". En: *What Kind of Contract Law for Europe?*, a su vez en *Global Jurist Frontiers*. Vol. II. Núm. 1. Artículo 3. <http://bepress.com/gj/frontiers/vol2/iss1/art3>. 2002; IRTI, N. "Scambi senza accordo".

En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 1998. pp. 347 y siguientes; ID. "Intercambios sin acuerdo". En: *El contrato en general – Estudios por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Traducción y edición al cuidado de L. L. León. Lima. 2003. pp. 315 y siguientes; KASIRER, N. "The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles". En: *Global Jurist Frontiers*. Vol. II. Núm. 1. Artículo 2. En: <http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol2/iss1/art2>. 2002; LANDO, O. y H. BEALE (editores). "Principles of European Contract Law". Den Haag, Kluwer Law International, 2000; LUNDMARK, T. "Verbose Contracts". En: *American Journal of Comparative Law*. Vol. 49. 2001. pp. 121 y siguientes; MERGES, R. P. "The End of a Fiction? Property Rights and Contract in the 'Newtonian' World of On-Line Commerce". En: *Berkeley Technology Law Journal*. Vol. 12. 1997. pp. 115 y siguientes; O'ROURKE, M. A. "Drawing the Boundary Between Copyright and Contract: Copyright Preemption of Software License Terms". En: *Duke Law Journal*. Vol. 45. 1995. pp. 479 y siguientes; PATTI, S. "Codificazioni ed evoluzione del diritto privato". Bari. 1999; RUSTAD, M. L. "Commercial Law Infrastructure for the Age of Information". En: *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*. Vol. 16. 1997. pp. 255 y siguientes; SACCO, R. "Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)". En: *Europa e diritto privato*. 2001. pp. 131 y siguientes; SCALISI, V. "Codice di diritto privato europeo". Padua. 2002; VETTORI, G. "Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti". Padua. 1999; WERNER, J. "E-Commerce.co.uk – Local Rules in a Global Net: Online Business Transactions and the Applicability of Traditional English Contract Law Rules". En: *International Journal of Communications Law and Policy*. Núm. 6. 2000/2001; ZENO-ZENCOVICH, V. "Il diritto europeo dei contratti". En: *Giurisprudenza italiana*. 1993. Parte IV. Cols. 57 y siguientes; ZIMMERMANN, R. "Lineamenti di un diritto europeo dei contratti". En: *Studium Iuris*. 1999, pp. 293 y siguientes; ZIMMERMANN, R. y S. WHITTAKER. "Good Faith in European Contract Law". Cambridge. 2000.