

Teoria sistémica del contrato

Ricardo Luis Lorenzetti

"Dedico este trabajo al Prof. Clóvis do Couto e Silva, un gran jurista que trabajò intensamente por el Derecho Privado Latinoamericano, incentivando las relaciones entre Brasil y Argentina y a quien reconozco como una de las mentes màs lúcidas de America Latina."

Sumario

I)- Introducción

- 1)- El ensanchamiento del horizonte de análisis
- 2)- Enfoque contractual, sistemático e institucional

II)-Perspectiva contractual

- 1)- El contrato como acto juridico bilateral:
- 2)- Las Obligaciones nucleares:
- 3)- Los deberes colaterales:
- 4)- Las Garantías: evicción, vicios, de seguridad, funcionalidad, derecho del consumidor.-
- 5)- Las Cargas:
- 6)- La distribución de riesgos el contrato:
 - A)- La importancia actual de los riesgos de la contratación:
 - B)- Los principios de distribución del riesgo
 - C)- Los riesgos del contrato y su distribución justa conforme al modelo del negociador racional
- 7)- La responsabilidad enfocada en el interés del acreedor

III)- El contrato como proceso:

- 1)- Periodo precontractual- poscontractual y vinculos de larga duración.-
- 2)- Reciprocidad dinamica en los contratos de larga duracion
- 3)- La dematerialización del objeto: contratos relacionales
- 4)- La dimensión temporal en la teoria de la empresa y del consumo

IV)- Perspectiva Sistematica:

- 1)- Relaciones entre las partes: elementos y deberes sistematicos
- 2)- Relaciones de la red con los consumidores

V)- La perspectiva institucional

- 1)- La relación entre las instituciones y el contrato
 - A)- La actividad agraria
 - B)- La actividad industrial y los servicios
 - C)- Securitización y presupuestos institucionales
- 2)- La economía neoinstitucional
- 3)- La perspectiva institucional del derecho privado:
- 4)- El desmontaje institucional: todo lo sólido se desvanece en el aire.-

ESQUEMA DE UNA TEORIA SISTEMICA DEL CONTRATO

I)- Introducción1)- El ensanchamiento del horizonte de análisis

La teoría jurídica¹ pareciera no haber recibido el enorme caudal de conocimientos que han elaborado los científicos en otros campos². El grado de complejidad social y teórica exigen del jurista la utilización de herramientas múltiples y plurales capaces de captar el pluralismo de fuentes, reglas y valores propio de la posmodernidad.³

La doctrina que trata la denominada "parte general" del contrato se ha mostrado particularmente austera, ya que se concentra en el estudio del consentimiento, objeto, causa, y los efectos⁴. De este modo, la figura está "adelgazada" porque se estudian unas

¹ El presente ensayo se basa en la teoría jurídica, es decir que no estudia las proposiciones normativas como tales, sino lo que se dice acerca de ellas; concretamente se trata de un análisis teórico basado en la pragmática.-El derecho como lenguaje es susceptible de un análisis sintáctico (conexión de los signos entre si), o semántico (conexión del signo con el sentido), o pragmático (que examina el contexto situacional en que el signo es utilizado). Correlativamente, en Derecho podemos hablar del nivel sintáctico-formal, que se ocupa de los conceptos y las reglas del sistema (teoría de las normas, conceptos, lógica deontica). Luego el análisis semántico, es decir de los significados, que corresponde a lo que hace tradicionalmente la dogmática jurídica, y finalmente el pragmático, esto es la función generadora, creativa y transformadora del lenguaje, al que corresponde la teoría de la decisión jurídica, de la legislación, de la argumentación, de la justicia, la filosofía práctica.

² El déficit es particularmente acentuado en nuestro país, donde no se utilizan conceptos y herramientas técnicas, como la teoría de los juegos, de las decisiones, la elección racional y otras de uso frecuente en juristas "formadores de opinión" en otras latitudes. La investigación científica actual no puede prescindir de ese bagaje.-

³ Conf JAYME, Erik, "Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica", Rivista Di Diritto Civile, 1997, núm 6, Cedam, Padova.

⁴ Dentro de esta línea pueden verse los estudios clásicos en el derecho argentino MACHADO, "Exposición y comentario del Código Civil Argentino". 2º ed., Bs. As., La Jouane, 1899. v. IV; SALVAT, R., "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones. Contratos", Bs. As., LA LEY, 1946. v. 1; ARIAS, J., en "Contratos civiles. Teoría y práctica", Bs. As., Cía. Argentina de Editores, 1939. V. 1; SEGOVIA, L. "El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas". Bs. As., Cony. 1981, T. I, BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil-Contratos", 7ma de. Actualizada, Abeledo Perrot, Bs.As., 1997, REZZONICO, L. M., "Estudio de los contratos en nuestro derecho civil". 3º de. Bs. As., Depalma 1967. v. 1.

pocas obligaciones esenciales⁵; está “congelada”, en el sentido de que se perfila de una vez y para siempre, desde que se perfecciona el consentimiento, permaneciendo inmutable frente a los cambios; está “aislada”, puesto que es indiferente a lo que ocurre en el entorno, porque el mercado opera como presupuesto o circunstancia⁶, sin que exista un enlazamiento entre lo público y lo privado.

Estos caracteres han cambiado.

El contrato ha “ensanchado” su contenido, ya que son pocos los vínculos en los que se estudian solamente las obligaciones nucleares, proliferando los deberes secundarios de conducta, obligaciones accesorias, precontractuales, poscontractuales, garantías y cargas. De hecho, la mayoría de los conflictos se basan en estos nuevos deberes, que si bien muestran una “accesoriedad típica”, presentan una “sustancialidad práctica”⁷, lo que es puesto de relieve por la doctrina argentina más actual⁸.

El contrato se ha “descongelado” y muestra una vitalidad enorme, desde que comienzan las tratativas hasta su extinción; el vínculo se reformula, se adapta, se alarga en el tiempo dando lugar a los fenómenos de larga duración⁹.

La contratación ha renunciado a su aislamiento: no es habitual que se presente solo, sino vinculado a otros contratos, formando redes, “paquetes” de productos y servicios, surgiendo la noción de “operación económica” que se vale de varios contratos como instrumentos para su realización, lo que nos lleva al estudio de las “redes contractuales”.

Finalmente, el incremento de la complejidad social entrelaza la acción racional individual con las instituciones, de un modo estrecho, lo que hace imprescindible el

⁵ Por ejemplo, en la compraventa se estudia la obligación de dar una cosa a cambio del pago del precio.

⁶ Por ejemplo: en el contrato se estudia la cláusula abusiva, en el mercado la posición dominante; en el contrato el vicio del consentimiento, en el mercado la transparencia informativa y la distribución asimétrica de información. La teoría jurídica debe proveer una herramienta que permita coordinar ambos niveles.

⁷ Queremos decir con ello que, a pesar de que en la descripción del tipo legal estos deberes ocupan un lugar subalterno, en la realidad práctica son esenciales.- La lectura de las sentencias judiciales es una buena muestra de ello; prácticamente no existen fallos en los que no se haga una referencia a la buena fe, los deberes de información, seguridad, protección, al orden público.

⁸ Conf: ALTERINI, Atilio, “Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo”, Abeledo Perrot, Bs.As. 1998; STIGLITZ, Ruben, “Contratos civiles y comerciales”, Abeledo Perrot, 1998; MOSSET ITURRASPE, J., “Contratos”, edición actualizada, Rubilzal y Culzoni; BELLUSCIO, A. C. y ZANNONI, E.A. “Código Civil y leyes complementarias”, Bs. As., Astrea, 1986. v.5 y 6, SPOTA, A. “Instituciones de derecho civil: Contratos”, Bs. As., Depalma, 1979; GHERSI, Carlos, “Contratos Civiles y Comerciales”, Astrea, Bs.As; GAMARRA, Jorge, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, T.III, vol I y 2, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992; En el derecho brasileño: AMARAL, Junior Alberto, “Protecao do consumidor no contrato de compra e venda”, Rev. Dos tribunais, 1993; GOMEZ, Orlando, “Contratos”, Forense, Rio, 1975; DINIZ, Maria, “Curso de Direito Civil Brasileiro”, Saraiva, 3r vol, 1995; ULHOA COELHO, Fábio, “Código comercial e legislacao complementar anotados”, Saraiva, 1997.

⁹ Conf Morello, Mario, “Contrato y proceso”, Abeledo Perrot; MORELLO, Augusto, “Los contratos: respuestas sustanciales y procesales a plurales cambios y emergencias”, LL:25.8.98. ALTERINI en op cit, presenta un extenso desarrollo del período precontractual, el antecontrato, la modificación y el poscontrato.

enfoque institucional¹⁰.

Todo ello nos lleva a ensanchar el horizonte de análisis de la teoría contractual, concibiéndola como un sistema¹¹. Lo que define un sistema es una organización autorreferente de elementos interrelacionados de un modo autónomo; la autorreferencia, la autoorganización, y la homeostasis son características del sistema, en el sentido de que su orden interno es generado a partir de la interacción de sus propios elementos que se reproducen a sí mismos, son funcionalmente diferenciados, y buscan una estabilidad dinámica. En el plano jurídico, señala Teubner¹² que existen subsistemas sociales y económicos específicos que interactúan con el contrato y que nos ponen frente a un panorama más amplio que el derivado de las reglas producidas por el consentimiento. El contrato es concebido como una relación social juridificada, que lo vincula con su medio envolvente. Es a través de las normas jurídicas indeterminadas que el contrato posee, que se generan tres niveles: nivel de las relaciones personales o de interacción, nivel de mercado o institucional, nivel societario, que involucra la relación con los otros subsistemas sociales.

Una aproximación teórica de este tipo permite diferenciar los niveles de análisis, establecer los puntos de interrelación, y explicar el funcionamiento de un instituto dentro de un campo más amplio, con el cual interactúa¹³. Seguidamente presentaremos un esquema de nuestro enfoque mostrando sus aspectos principales¹⁴.

¹⁰ La perspectiva contractual tiene como presupuesto el individualismo metodológico, propio de la teoría de la elección racional, y también de la escuela del análisis económico y la teoría de los juegos. Este bagaje ha suministrado poderosas herramientas para la teoría contractual, pero ha mostrado sus limitaciones en el aspecto de la acción colectiva y en el marco institucional, precisamente porque no se ocuparon de ello. Actualmente hay un renovado interés por estos estudios en la medida en que, como veremos, tienen una enorme influencia como contexto de actuación del individuo.

¹¹ La teoría sistémica se ha difundido en el campo de las ciencias. Desde el enorme avance que produjeron en el campo de la biología al incorporar la noción de sistemas autopiéticos (Maturana, Humberto y Varela, Francisco, "Autopoietic Systems, Illinois), hasta la misma noción en la informática (Wiener), en la antropología (Levy Strauss, Claude, "Antropología estructural", Eudeba, 1977), la autorreferencia lingüística de los procesos cognitivos (Neurath), el orden fundado en la fluctuación de estructuras disipativas de los procesos no reversibles (Prigogine), la circularidad lógica de las estructuras matemáticas (Godel), la autorregulación homeostática de los sistemas (Bertalanffy), los procesos de autoorganización de los procesos sociales (Hayek). Es necesario actualizar la ciencia jurídica en relación a estas mutaciones epistemológicas. En este sentido, Canaris es un modelo de iusprivatista con formación iusfilosofica (CANARIS, Claus Wilhelm, "Pensamiento sistemático e conceito de sistema na ciencia do direito", Trad Nemezes Cordeiro, 2da de. Fund Calouste Gulbenkian, Lisboa 1996).

¹² TEUBNER, Gunther, "O direito como sistema autopiético", Fund Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, pag 236. - También CANARIS, Claus, "Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciencia do direito", Fund Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996.

¹³ Las reglas de un contrato tienen aspectos que sólo se explican por el sistema en que está inserto, y se adaptan permanentemente, como lo explicamos más adelante al ver el cambio de los contratos agrarios.- Muchas técnicas se crean, pero su desarrollo sólo se alcanza cuando hay reglas institucionales (ver securitización, más adelante). En un contrato hay obligaciones que se explican porque va unido a otros (por ejemplo las obligaciones de un concesionario de dar servicio postventa a un adquirente que compró el vehículo en otro concesionario) dando lugar a obligaciones sistémicas. Hay un fenómeno de "migraciones de sentido" y de "intertextualidad" entre los diferentes niveles (esos términos son utilizados en la musicología y la literatura para explicar fenómenos similares en el plano del lenguaje).

¹⁴ Utilizamos el esquema porque el desarrollo completo exigiría de un libro y no de un ensayo.

2)- Enfoque contractual, sistemático e institucional

La teoría contractual admite tres niveles de análisis y perspectivas dentro de ellos:

A- Contractual: su objeto es el contrato como acto jurídico bilateral.-

- La perspectiva interna estudia: a)- los elementos: el consentimiento, el objeto y la causa; los caracteres, la forma, la prueba, la interpretación, y calificación; b)- los efectos: las obligaciones, deberes colaterales, garantías, cargas, riesgos; c)- la responsabilidad por incumplimiento.

- La perspectiva temporal estudia el redimensionamiento de los elementos, efectos y responsabilidad en el periodo precontractual, poscontractual y los vínculos de larga duración.

- La perspectiva externa estudia al contrato como situación jurídica. No se lo mira como relación obligacional entre dos sujetos, sino desde la perspectiva de los terceros que deben respetarlo y sufrir sus efectos, lo cual da lugar a novedosos campos: la protección extracontractual del contrato¹⁵, el redimensionamiento del efecto relativo para apreciarlo como un supuesto de oponibilidad de diverso rango¹⁶. El objeto de estudio no es el acto jurídico bilateral, ni reglas institucionales, sino posiciones jurídicas¹⁷.

B- Sistemático: Su objeto es analizar los grupos de contratos y su configuración en sistemas con finalidades supracontractuales.

- La perspectiva interna estudia las relaciones entre las partes: el objeto como operación que involucra varios contratos; la causa sistemática; el nexo asociativo; las obligaciones sistémicas.

- La perspectiva externa analiza los efectos de las redes frente a terceros.

C- Institucional: su objeto de estudio son las reglas institucionales¹⁸, para proveer a su funcionalidad (incrementar la eficacia y la eficiencia de la contratación) sin deterioro de su entorno económico (derecho de la competencia) y social (impacto ambiental, urbanístico, social), bajo la regla de un desarrollo sustentable¹⁹

¹⁵ Conf DE LORENZO, Federico, "La protección extracontractual del contrato", LL.1998-E-921.

¹⁶ Este tema ha sido muy tratado sobre todo en el campo de la responsabilidad por productos, donde el principio del efecto relativo de los contratos ha caído para imputar a los contratantes por daños causados a terceros.

¹⁷ Hemos profundizado este distingo en "Las normas fundamentales de Derecho privado", cit. De Lorenzo cita el caso "Torello" (SCBA, E.D.173.328), en el que una empresa reclama contra el tercero que dañó a un empleado suyo; hay aquí una obligación jurídica extracontractual causada por un hecho ilícito (entre el dañador y el dañado-empleado) que lesiona una posición jurídica contractual (entre el dañado-empleado y el empleador).

¹⁸ Ampliamos este concepto en nuestra obra "Las normas fundamentales de derecho privado", Rubinzal y Culzoni 1995.

¹⁹ El "standard" normativo de "desarrollo sustentable" es muy útil para entender las relaciones de derecho-límite, aplicable no solo a la frontera que provee la cuestión ambiental, sino a los otros límites de la propiedad empresarial, como se señala en el texto.

El relacionamiento entre niveles presenta ventajas prácticas²⁰ y teóricas²¹ que no desarrollaremos en este trabajo, donde nos limitaremos a mostrar cada uno de estos niveles más de cerca, poniendo el acento en algunos de los aspectos más interesantes y novedosos.

II)-*Perspectiva contractual*

1)- El contrato como acto jurídico bilateral:

La perspectiva interna estudia: a) - los elementos: el consentimiento, el objeto y la causa; los caracteres, la forma, la prueba, la interpretación, y calificación; b) - los efectos: las obligaciones²², deberes colaterales, garantías, cargas, riesgos; c) - la responsabilidad por incumplimiento.

Hemos señalado que se advierte un ensanchamiento del contenido obligacional del contrato, lo que permite efectuar las siguientes distinciones:

2)- Las Obligaciones nucleares:

Las obligaciones nucleares del contrato son aquellas vinculadas directamente al cumplimiento del objeto. Canaris las ha denominado “deberes de prestación” porque están destinadas a la promoción de los intereses de prestación, distinguiéndola de los deberes de protección, que están vinculados a los demás bienes de las partes²³.

Las obligaciones nucleares expresan el interés cuya satisfacción se persigue por intermedio del contrato, y por ello son generalmente objeto de libre negociación, al punto que, aún en el derecho del consumo no son susceptibles de declaración de abusividad²⁴. Las obligaciones nucleares están vinculadas a la definición típica del negocio, y a sus caracteres principales: por ejemplo, en la Compraventa, las obligaciones nucleares de las partes son la de dar una cosa a cargo del vendedor (arts. 574 y ss CC) y la de dar suma de dinero (arts. 616 y ss CC) a cargo del comprador. Ambas obligaciones son recíprocas (art.

²⁰ El abogado practicante aprendió, antes que el teórico, a relacionar los tres niveles: un contrato de empresa se redacta teniendo en cuenta estrategias negociales que involucran muchos contratos y normas institucionales: impositivas, ambientales, responsabilidad, laborales.

²¹ Permite por ejemplo, profundizar temas como la “incoherencia” sistémica del ordenamiento y las ineficiencias económico-sociales que ello genera; muchas tipologías contractuales no se desarrollan o lo hacen a un alto costo justamente por esa razón.-

²² Sobre obligaciones: ALTERINI- AMEAL- LOPEZ CABANA, “Derecho de obligaciones”, Abeledo Perrot, Bs.As., CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, “Derecho de Obligaciones”, Lep ; COMPAGNUCCI DE CASO, “Derecho de obligaciones”, Astrea.- Sobre contratos ALTERINI, “Contratos”, Abeledo Perrot, MOSSET ITURRASPE, “Contratos”, Rubinzal; LOPEZ DE ZAVALIA, “Teoría de los contratos”, Zavallia.

²³ CANARIS, Claus, “Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione”, Rivista Critica del Diritto Privato, 1983, A.I, diciembre, pag 802.

²⁴ La exposición de motivos de la directiva comunitaria (13.93) dice que «la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad precio de la mercadería o la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad precio».

510 CC), lo que sustenta la excepción de incumplimiento contractual (art. 1201 CC), el pacto comisorio (art. 1204 CC), la excesiva onerosidad (art. 1198 CC).

Pueden existir numerosas obligaciones accesorias (art. 523 CC) y pactos que modifican los efectos normales del contrato (arts. 1363 y ss CC).

3)-Los deberes colaterales:

Las partes tienen deberes secundarios de conducta²⁵ de información, custodia, colaboración, todos derivados del deber de cumplir de buena fe (art. 1198 CC).

Los deberes colaterales nacen con la idea de ensanchar el plexo obligacional²⁶. En su primera formulación debida a Staub en 1902, se advertía que el incumplimiento del contrato no podía limitarse solamente a las hipótesis de mora e imposibilidad y que debía contemplarse la noción de cumplimiento defectuoso, incluyéndose las hipótesis de ejecución defectuosa y violación de los deberes laterales. También en la doctrina alemana se atribuye a Stoll la mención de los denominados deberes de protección, que son laterales, y que tienen en vista defender a las partes de todas aquellas intromisiones dañosas en su esfera de vida.

Los deberes colaterales no son obligaciones en sentido técnico, sino deberes derivados de la buena fe. Su existencia abarca el periodo precontractual, contractual y poscontractual. Se distingue entre: deberes de secundarios de finalidad negativa, cuya función es impedir las invasiones arbitrarias en la esfera íntima del sujeto (deber de seguridad), y deberes secundarios de finalidad positiva, cuyo propósito es posibilitar el cumplimiento de la prestación: colaboración, información.

El incumplimiento de estos deberes da lugar tanto a la tutela inhibitoria como resarcitoria, y en este último caso puede originar una responsabilidad con imputación objetiva o subjetiva, según los casos.

Son deberes colaterales, o secundarios, los de información, protección, custodia, consejo, colaboración, no concurrencia, lealtad.

Es importante señalar que los deberes colaterales cumplen una función en la asignación de un curso eficiente a la negociación contractual, favoreciendo los juegos de ganancia mutua. En la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, se introducen reglas de comportamientos cooperativos, que se imponen a quien está en mejor condición de llevarlos a cabo. Por ejemplo, la concesión de un plazo de gracia para el cumplimiento, que el comprador debe dar al vendedor; la adopción de medidas para recibir la mercadería, la de colaborar en el pago, etc. También es relevante la censura de

²⁵ Se utiliza el nombre de "deberes secundarios de conducta", o "deberes colaterales", o "deberes laterales", indistintamente.

²⁶ La bibliografía actual es innumerable.- Entre las formulaciones teóricas de mayor entidad conf: CANARIS, op cit, LARENZ, Karl, "Derecho de Obligaciones", Trad Santos Briz, Rev Der Priv, Madrid, 1958.- En la doctrina más actual: DE AGUILAR VIEIRA, "Deveres de protecao e contrato", Rev Dos Tribunais, Sao Paulo, año 1999, vol 761, pag 69; LIMA MARQUES, op cit; ALTERINI, op cit, STIGLITZ, contratos cit.

comportamientos autocontradictorios, que deviene de la prohibición genérica y específica de solicitar el cumplimiento y la resolución del contrato. Finalmente, hay una estructura de incentivos destinados a evitar comportamientos especulativos. Por ejemplo, la exigencia de un incumplimiento esencial para la resolución (Art 25) desmotiva a las partes para especular con incumplimientos menores.

4)- Las Garantías: evicción, vicios, de seguridad, funcionalidad, derecho del consumidor.

El surgimiento de las garantías contractuales y legales tanto en los vínculos entre empresas como en los contratos de consumo, ha significado una prolongación de la expectativa de cumplimiento.

La cuestión está tratada en las obras referidas a la teoría general del contrato²⁷ bajo el nombre general de garantía de saneamiento, que comprende tanto la evicción como los vicios ocultos²⁸, lo que permite dar un sentido no sólo a la ineficacia del contrato y las indemnizaciones, sino también a la obligación de sanear, procurando la conservación del vínculo y la obtención del fin perseguido. La garantía de saneamiento es un género conceptual que abarca: 1)- la garantía de evicción; 2)- los vicios redhibitorios, 3)- el saneamiento que permite que el adquirente ejerza la acción de cumplimiento, solicitando al garante que perfeccione el título o subsane los defectos (Art. 505 inc 1 CC) o que le indemnice de los daños sufridos (art. 505 inc.3). -Estas garantías son efectos naturales de los contratos onerosos, y por lo tanto existen aunque no hayan sido estipuladas (Art 2097 CC).

Las garantías tienden a ampliarse.

En el campo del derecho comercial, las garantías de fuente contractual se han extendido, como una forma de diferenciarse en un mercado de productos homogéneos como sucede con las garantías postventa. Se ha señalado en el Derecho Comercial que el vendedor asume una garantía de funcionalidad, consistente en que la cosa sea apta para para su destino, lo que significa que debe ser "funcional, útil, que cumple o sirve para lo que fue concebida (funcionamiento, trazado, desarrollo, estructura); «la funcionalidad se completa con los adicionales imprescindibles o legalmente obligatorios (v.gr., en automotores, la rueda de auxilio, cinturones de seguridad) que deben distinguirse de los

²⁷ Conf: MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", cit pag; ALTERINI, "Contratos civiles..." cit; STIGLITZ, Ruben, "Contratos..."cit; LOPEZ DE ZAVALIA, "Contratos..."cit".

²⁸ ALTERINI, "Contratos...", cit, pag 544.- Se trata de la tesis adoptada en los Códigos Chileno: "la obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los defectos ocultos de esta, llamados vicios redhibitorios" (Art. 1837), y Peruano: "hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso del bien (Art 1484 CC9, lo que obliga al transmitente a "responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor" (Art 1485). LOPEZ DE ZAVALIA, ("Contratos-Parte general", cit, pag 484, nota 1) señala que la obligación de saneamiento se hace efectiva en dos casos: evicción y vicios redhibitorios.

elementos adicionales contingentes o llamados «opcionales». El comprador tiene derecho a poder utilizar la cosa en plenitud dada la función para la cual ha sido creada»²⁹.

En el derecho del consumidor las garantías son muy frecuentes³⁰. Por ley 24999 se consagra garantía en la venta de cosas muebles no consumibles cuyo objeto son los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hallan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, que afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, y su correcto funcionamiento.

5)- Las Cargas:

La carga es una conducta que se impone a un sujeto en su propio beneficio, de modo tal que el incumplimiento acarrea la pérdida del mismo. A diferencia de la obligación, no es coercible, ya que no adjudica ninguna pretensión a la otra parte.- Solo el titular de la carga tiene ante sí una opción: o cumplirla obteniendo el beneficio o dejar de hacerlo, perdiéndolo.

Las cargas contractuales establecen conductas que tienen una finalidad informativa, o de mejora del funcionamiento de la relación jurídica; son incentivos que se imponen a las partes para un comportamiento que no alcanza carácter obligacional. El mayor uso que se le da actualmente está relacionado con la adjudicación eficiente de información.

²⁹ ETCHEVERRY, "Derecho comercial y económico", cit. T.I, pag. 47. En el derecho argentino las cosas deben ser aptas para el uso que ordinariamente tienen, puesto que de lo contrario hay un vicio redhibitorio, el que se presenta cuando hay un defecto que la hace "impropia para su destino" (Art.2164 CC). En el derecho anglosajón es tradicional la garantía implícita de que la cosa sirva para su propósito particular ("fitness for particular purpose") contemplada en el art. 2.315 Uniform Commercial Code. Conf. HONNOLD-REITZ, "Sales Transactions: domestic and international law", N.York. 1992, pag. 56. La aptitud para los usos a los que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo refleja lo que puede esperar un comprador razonable en las mismas circunstancias, y se aplica tanto a las ventas específicas como genéricas. En la venta internacional esta aptitud está vinculada a la "comercialidad" entendida como la susceptibilidad de reventa de las mercaderías adquiridas (Conf. MORALES MORENO, Antonio Manuel, "La compraventa Internacional de Mercaderías", Dir por Luis Díez Picazo, Civitas, 1998, pag.300). Se trata de un standard que puede ser muy impreciso si las partes no se han encargado de fijar reglas determinativas del uso de la cosa vendida. Hay que distinguir los usos normales de la cosa y los que en particular pensaba darles el comprador. Los criterios para fijar el contenido de los usos normales objetivos, deben atender a lo establecido por las partes, en las expectativas de confianza creadas, en los usos. Para establecer un uso subjetivo, será especialmente relevante el hecho de que el comprador haya hecho conocer al vendedor el destino que daría a la cosa (motivos causalizados).

³⁰ BERGEL-PAOLANTONIO, «Anotaciones sobre la ley de defensa del consumidor», ED.22.11.93. PICASSO, Sebastian, Wajtraub, Javier, "Las leyes 24.787 y 24999- Consolidando la protección del consumidor", JA. 14.11.98. En el derecho brasileño: LIMA MARQUES, Claudia, «Contratos no Código de Defesa do consumidor», 2da ed., Ed. Rev. Dos Tribunais, São Paulo, 1995, pag. 99 y ss; MUKAI, Toshio, en «Comentários ao código de proteção do consumidor», Saraiva, 1991, pag. 8; BARBOSA MOREIRA, José Carlos, «Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos», publ en Temas de direito processual», 8va serie, Rio de Janeiro, 1984, pag. 195; PELLEGRINI GRINOVER-BENJAMIN-FINK-BRITO FILOMENO-WATANABE-NERY JUNIOR-DENARI, «Código Brasileiro de Defesa do Consumidor», Forense, 4ta ed.1995, RODRIGUES, Silvio, «Direito Civil», Parte Geral, Vol 1, São Paulo, Ed. Max Limonad, 1964, pag. 119.

El caso más conocido es el contrato de seguro³¹, en el que las cargas se relacionan con la conservación de un derecho, el que se pierde por caducidad si no se cumple el comportamiento; la opción que tiene entonces el sujeto es mantener el derecho desarrollando el comportamiento exigido, o perderlo por la caducidad del mismo.

6)- La distribución de riesgos el contrato:

A)- La importancia actual de los riesgos de la contratación:

En la época de la codificación, al contratarse sobre cosas presentes, existía sólo el riesgo de su pérdida o deterioro; con el desarrollo económico transfronterizo, el problema se complicó por la pérdida de control sobre la cosa a raíz del transporte.

En la actualidad los riesgos en los contratos son muchísimo más complejos:

En los contratos financieros, hay riesgos derivados del incumplimiento, de los cambios de moneda, el riesgo país. Situaciones que antes no eran consideradas de riesgo, ahora lo son, porque existe tecnología para su mensurabilidad y cálculo previsible, como ocurre por ejemplo con el riesgo político, que da origen a las tasas de riesgo país. Las inversiones en países lejanos o en lugares distantes, donde la otra parte es anónima, requiere la medición del riesgo de insolvencia, lo que es facilitado por las auditorías y mediciones de riesgo, lo que da lugar a las calificaciones de bonos y una enorme cantidad de rangos que representan el nivel de riesgo existente.

En los proyectos de gran complejidad, donde se involucran muchas variables y contratos conexos, es necesario establecer mediciones de riesgo en todos ellos: riesgo del proyecto, riesgo del transporte, financiero, político.

Los riesgos están vinculados al emprendimiento y a la esfera de actividad de cada una de las partes, pero por la vía del contrato pueden ser trasladados. En la contratación en redes hay una profunda traslación del riesgo de las empresas organizadoras de la red hacia las integrantes; así ocurre en las redes médicas, en las franquicias, concesiones. En la contratación de consumo hay una notoria traslación de riesgos hacia el consumidor.- En la etapa precontractual hay una importante cuestión relativa al riesgo de la negociación³².

El estudio de los riesgos contractuales plantea numerosos aspectos:

En primer lugar está el problema de si es o no previsible en función del paquete de informaciones disponibles por los contratantes. Las partes hacen un cálculo jurídico³³ al

³¹ Las cargas de origen legal, que se imponen al tomador, son denunciar el siniestro y suministrar información relativa a su verificación (art. 46 ley 17418), denunciar el agravamiento del estado de riesgo (art.38 ídem), denunciar la pluralidad de seguros (art. 67 ídem), desarrollar una conducta razonable para no agravar el dano (art. 72) no haciendo abandono de los bienes afectados por el siniestro (art. 74 ídem), o haciendo gastos de salvamento (art. 73 ídem). El asegurador tiene como carga principal la de pronunciarse acerca del derecho del asegurado (art. 56 ídem). Conf STIGLITZ, Ruben, "Derecho de Se Seguros", Abeledo Perrot, Bs.As.

³² Sobre el problema de los riesgos en materia de responsabilidad precontractual hemos ampliado en: «La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación», Rev. La Ley, 5 de abril de 1993.

³³ Sobre la influencia de este cálculo en la teoría de la acción ver SOLER, Sebastian, "Las palabras de la ley", Abeledo Perrot, Bs.As.

iniciar la prestación en el que juega un papel fundamental el cómputo del riesgo y el beneficio que obtienen de la misma: si los contratos son ejecutables rápidamente o no, cuál es el régimen de las hipotecas, cuáles son los montos indemnizatorios reconocidos judicialmente, y también si podrán o no probar y qué costo tendrá ello. Ese cálculo integra la acción de cualquier persona física o jurídica que inicia una actividad³⁴, y forma parte de la conducta racionalmente orientada.

En segundo lugar, surge el tema de la legitimidad de lo acordado, principalmente en el derecho del consumo, porque la cláusula abusiva desbarata la distribución justa de los riesgos.

B)- Los principios de distribución del riesgo:

La doctrina ha distinguido entre:

1. El riesgo de la cosa como objeto del derecho de propiedad. Ella puede deteriorarse o perderse provocando una disminución patrimonial fortuita que soporta el propietario. Este tema es regulado por el derecho real de dominio y no ofrece duda alguna³⁵.

2. El riesgo de la cosa contenido de la prestación en una obligación de dar cosas ciertas. Este riesgo pesa en principio sobre el acreedor, si la cosa se pierde o deteriora sin culpa del deudor, conforme lo regulan los arts. 578 y ss del Código Civil. Este tópico es contemplado en el campo de las obligaciones, que pueden ser o no recíprocas³⁶.

3. El riesgo de la contraprestación: si la cosa, contenido de la prestación de la obligación de dar una cosa cierta que pesa sobre el vendedor, se deteriora o pierde sin su culpa, hay que determinar si el comprador, que no recibirá la cosa, debe pagar o no el precio. Este conflicto es una especie del anterior y surge frente a obligaciones contractuales de dar cosas ciertas (art. 578 y ss CC) recíprocas (art 510 CC) en las que existe un tiempo entre la celebración del contrato y la entrega de la cosa.

El riesgo queda configurado por la posibilidad de que durante ese lapso la cosa se deteriore o se pierda sin culpa del deudor-vendedor, en cuyo caso surge el interrogante: ¿subsiste la obligación de pago del precio a cargo del comprador? Si la respuesta es que el comprador debe pagar el precio total frente a la pérdida, o parcial frente al deterioro de la cosa, se dice que soporta el riesgo; si la respuesta es negativa, el riesgo lo soporta el vendedor.

El término "riesgo" alude a un hecho externo a la obligación y al contrato, no imputable a ninguna de las partes; si hubiera imputabilidad el riesgo es a cargo de quien incurre en culpa.

³⁴ En la contratación internacional se ha logrado mensurar, no siempre bien, este denominado "riesgo país", que se establece mediante una serie de variables, entre las que el componente jurídico es importantísimo. Sobre la seguridad jurídica como previsibilidad económica ver ALTERINI, Atilio, "La inseguridad jurídica", Abeledo Perrot, Bs.As. 1993.

³⁵ ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, "Derecho de obligaciones", 436: el obligado a dar para transferir derechos reales es dueño y como las cosas perecen para su dueño, debe soportar el riesgo (riesgo de la cosa) pero si está en un contrato puede incidir sobre el mismo provocando la disolución, o la indemnización.

³⁶ Por ejemplo en la obligación de entrega en la donación, o en la devolución de las cosas recibidas en un contrato real gratuito.

En esta situación lo esencial es decidir cuál es el hecho o acto que determina la transmisión del riesgo de la esfera del vendedor a la del comprador³⁷.

El derecho romano siguió la regla de que el riesgo es del comprador-acreedor de la obligación de entrega, desde el mismo momento de la conclusión del contrato³⁸. Con el paso del tiempo se consolidó la noción de interdependencia de las obligaciones y se deterioró esta regla que distribuía el riesgo en forma unilateral, la que resultaba incompatible con la justicia conmutativa³⁹.

En el derecho francés se vinculó el riesgo a la transmisión de la propiedad, admitiéndose la regla "*res perit domino*": la propiedad se transmite con la simple conclusión del contrato y determina la del riesgo (art. 1.138 y 1.583 C. Frances): las cosas se pierden para su dueño. En el derecho alemán, el § 446 BGB afirma que hasta la entrega de la cosa vendida el vendedor soporta los riesgos, salvo que ésta no se produzca a consecuencia de la mora del comprador. Ello implica el restablecimiento del sinalagma y el rechazo de la regla romana: si entre la perfección de la compraventa y la entrega de la cosa ésta se pierde o deteriora sin culpa del vendedor, el comprador puede resolver el contrato (§ 323 BGB). Se sigue por tanto el principio *periculum est venditoris*.

El derecho argentino utiliza dos principios: "los derechos reales se adquieren solamente por la tradición", y "las cosas perecen para su dueño". Hasta que no se cumpla con la tradición, el dueño de la cosa sigue siendo dueño de ella, aunque esté obligado a entregarla, y soporta los riesgos: "*res perit domino* (Arts 578 y ss CC)"⁴⁰. Si la obligación es para transferir derechos y la cosa se pierde, queda disuelta para ambas partes, por lo que no hay obligación de pagar el precio y la cosa se pierde para su dueño.

El tema de la transmisión del riesgo ha adquirido una importancia enorme en las compraventas internacionales y en todas aquellas que involucran transporte de mercaderías. La compraventa en estos casos es conexa a otros contratos como el de transporte, seguros, contratos bancarios, contratos de agencia, consultoría, gestión de permisos, licencias, transferencia de divisas, etc. El tiempo que va desde el consentimiento hasta la entrega final se extiende y los riesgos se incrementan. Se distingue entre la venta directa e indirecta, caracterizada esta última por la necesidad de un transporte. En éste último caso, que es el más común en el ámbito comercial, las partes pactan que la entrega al comprador, se

³⁷ ALCOVER GARAU, Guillermo, "La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional", Civitas, Madrid, 1991, pag 23.

³⁸ ALONSO PEREZ, El riesgo en el contrato de compraventa, Madrid, 1972; ARANGIO RUIZ, La compraventa in Diritto romano, volumen II, Nápoles, 1980, pp. 245 y ss. Esta regla admitía correcciones, puesto que el comprador no soportaba el riesgo cuando la autoridad expropiaba la cosa o la declaraba fuera del comercio. También se admitía el pacto en contrario. El fundamento de esta regla era que si los aumentos de la cosa eran para el acreedor, también lo debían ser los deterioros o la pérdida. Asimismo, se inclinaron por la independencia entre las prestaciones de las obligaciones bilaterales, de modo que la prestación podía subsistir con independencia de la contraprestación.

³⁹ En el Derecho canónico, se admite la exceptio non adimpleti contractus, y la resolución, por la que el incumplimiento definitivo de uno de los obligados, sea o no culpable, faculta al otro para romper el vínculo y quedar así liberado de la propia obligación.

⁴⁰ Conf. amplio desarrollo de este tema en CAZEUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las obligaciones", Lep, T. I, pag 659).

realice mediante la entrega al transportista, teniendo interés en liberarse de los riesgos que comporta la travesía; en la mayoría de los casos son soportados por el comprador desde que el vendedor entrega la cosa al transportista, salvo pacto en contrario⁴¹. Asimismo, en las compraventas internacionales no se puede tomar en cuenta el criterio de la propiedad (res perit dominio), sencillamente porque es diferente de un país a otro.

Frente a esta nueva temática, las legislaciones han tenido en cuenta que debe distribuirse el riesgo en función de la reducción de litigios sobre negligencia en la custodia de las mercaderías, adjudicándose al contratante que está en mejor posición para proteger las mercaderías contra eventos dañosos⁴². De allí que surge otra regla, que es la de la "pérdida del control" el riesgo lo soporta el vendedor mientras esté en una posición de mayor accesibilidad en relación a las cosas que el comprador⁴³.

C)- Los riesgos del contrato y su distribución justa conforme al modelo del negociador racional

La cuestión del riesgo contractual fue contemplada minuciosamente por Vélez al regular la locación. El riesgo económico en la locación está representado por la posibilidad de deterioro de la cosa por el uso normal y anormal, por el caso fortuito, por las mejoras que haya que hacerle o las partes deseen hacer, todo lo cual representa un costo económico que es adjudicado por el contrato.

El Código establece un modelo conforme a lo que haría un buen contratante en los aspectos relativos a los riesgos: los deterioros y las mejoras de la cosa, fijando reglas sobre quién debe soportarlas⁴⁴. Este es el acuerdo al que llegarían dos contratantes ideales en

⁴¹ ALCOVER GARAU, op cit pag 73.

⁴² ALCOVER GARAU, op cit, pag 81.

⁴³ Criterio que adopta el Uniform Commercial Code, aunque con una base muy casuística. Este enfoque lleva a desechar tanto la propiedad, como el momento de la entrega, concebidos como criterios apriorísticos para la distribución del riesgo. En la bibliografía más actual es relevante la atinente al "Uniform Commercial Code": EPTSTEIN-MARTIN-HENNING-NICKLES, "Basic Uniform Commercial Code- Leasing Materials", 3ra de. West, 1988; STONE, "Uniform Commercial Code in a nutshell", West. 1989; "Uniform Commercial Code, Oficial Text with comments", West.1987.- Específicamente dedicados a la compraventa: HONNOLD-REITZ, "Sales Transactions: Domestic and international law", Foundation Press, N.York, 1992; JORDAN.WARREN, "Sales", 3ra de 1992, N.York, Foundation Press; SCHWARTS-SCOTT, "Sales Law and the contracting process", 2da de 1992, Foundation Press, N.York.- En aspectos contractuales: FANSWORTH-YOUNG, "Contracts", 4ta de. 1988, Foundation Press, N.York, 1988.

⁴⁴ Las reglas básicas que constituyen la armadura del modelo, son las siguientes: El locador debe entregar la cosa en buen estado (art. 1514), conservarla (arts. 1515 y ss.), responder de los vicios o defectos graves de la cosa arrendada (art. 1525), pagar al locatario las mejoras que hubiere introducido para hacer posible el uso normal de la cosa (arts. 1533 y ss.), garantizar por la evicción (art. 1515) y la de pagar las contribuciones y cargas que gravan la cosa (art. 1553). El locatario debe conservar la cosa en buen estado (art. 1561) y a ese fin realizar las reparaciones ordinarias de aquellos deterioros menores (art. 1573), responder de todo daño o deterioro que se causare por su culpa o por el hecho de familiares, dependientes, huéspedes o subarrendatarios (arts. 1561), "restituir la misma cosa", es decir la cosa en buen estado (art. 1556). Los deterioros que sufre la cosa por el paso del tiempo, del uso normal, o el caso fortuito, deben ser soportados por el locador, ya que éste cobra una renta por ese uso; en cambio, es justo que los deterioros derivados de un uso anormal sean a cargo del locatario. Las mejoras aumentan el valor de la cosa, y por lo tanto es justo que sean soportadas por el propietario. De allí que la regla sea que las mejoras necesarias y útiles, deban ser realizadas por el propietario, y si las efectúa el inquilino, tenga derecho a una indemnización. En cambio, si se trata de aumentos por mero lujo o recreo, deben ser soportadas por el inquilino.

condiciones de libertad⁴⁵, y que por ello se considera justo. Por supuesto que pueden darse situaciones en las que existan motivos válidos para apartarse de este modelo de negociación⁴⁶, pero el régimen del Código no exige ninguna explicación, siendo suficiente pactar otro régimen.

De modo que los aciertos del codificador en esta materia, que consisten en el establecimiento de un modelo negocial, se pierden al ser derogados por las partes sin ninguna consecuencia, y por un excesivo casuismo que hace perder de vista los aspectos principales. No obstante, es bueno que el legislador diseñe el modelo negocial conforme a lo que harían dos contratantes de buena fe en condiciones de libertad de decisión, para poder juzgar luego en qué medida los apartamientos que exhibe un contrato real tienen una justificación económica o, por el contrario, importan una “desnaturalización” abusiva y por lo tanto susceptible de ser declarada ineficaz.

7)- La responsabilidad enfocada en el interés del acreedor

Un último tema sobre el que interesa mostrar un cambio importante está relacionado con la concepción de la responsabilidad contractual. En los países de tradición romanista, se analiza la responsabilidad del deudor en el incumplimiento de las obligaciones, poniendo el acento en la existencia de un hecho ilícito, generalmente culposo. Aunque actualmente han proliferado las situaciones de responsabilidad contractual objetiva, la historia ha sido otra, sustentada en un juicio de reprochabilidad de la conducta. En ésta línea de análisis, los deberes que se exigen al deudor no se extienden hasta la garantía del resultado, sino que se concentran en una exigencia de una conducta diligente; si el resultado no se alcanza, aunque el acreedor quede insatisfecho, el deudor cumple con su obligación porque no ha dado una garantía de esa satisfacción. El deudor se exime probando su falta de culpa, o la causa ajena⁴⁷.

En el derecho anglosajón, por el contrario, la tradición no es basar la responsabilidad en el análisis de la conducta del deudor, sino en la satisfacción del interés del acreedor. Por ello, predomina la responsabilidad objetiva ya que el deudor debe garantizar la satisfacción del interés, y si el mismo no se obtiene, hay responsabilidad.

Aunque ambas tradiciones se han acercado bastante en la práctica judicial, lo cierto es que parten de un presupuesto distinto. Puede verse con claridad que el riesgo

⁴⁵ Este tema puede ser analizado conforme al “contratante” de Rawls o a la teoría de los juegos o simplemente tomando en cuenta un standard del buen contratante.

⁴⁶ Con frecuencia ocurre que si el locador tiene que soportar los riesgos del deterioro y los costos de las mejoras necesarias y útiles, incrementará el monto del alquiler, ya que para él es un monto fijo. En cambio, el locatario se puede ver incentivado a pagar un alquiler menor, y asumir un costo que no es fijo, que puede producirse o no, y que está, en gran medida, bajo su control, si usa bien la cosa dada en locación.

⁴⁷ El origen de esta regla puede situarse en los deseos de la pandectística de mitigar los sacrificios exigibles al deudor, recurriendo a la noción de protección de la persona del deudor, y a la buena fe, dando lugar a la incorporación de los parámetros subjetivos.- Por ello no se le exigen sacrificios que pongan en peligro su salud, y no se le pide la superación de obstáculos anormales según el parámetro de la buena fe.

derivado de la insatisfacción del interés del acreedor es bien distinto en uno y otro sistema. En el primero, si el deudor desarrolla una diligencia razonable, aunque no se obtenga el resultado, cumple, quedando el acreedor insatisfecho por una causa ajena. En el segundo, es el deudor el que carga con el riesgo de la insatisfacción del interés del acreedor⁴⁸.

Otra cuestión que separa las fronteras, y derivada de la anterior, es la referida a las acciones. En el derecho de tradición europea, el incumplimiento es la contracara de la obligación del deudor. Por ello, cuando la insatisfacción del derecho del acreedor se debe a otras razones, hay otras acciones distintas de la responsabilidad contractual: la excesiva onerosidad sobreviniente, la lesión, el dolo, el error. En el derecho anglosajón, la responsabilidad contractual se construye sobre la base de la insatisfacción del interés del acreedor, siendo indiferente su causa. Por ello la acción por responsabilidad contractual es única y cubre numerosas situaciones como: ausencia de cumplimiento, cumplimiento defectuoso, retraso, la indemnización por daños, y las acciones por error, vicios, garantías.

La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías se ha inclinado decididamente por el sistema anglosajón, protegiendo la posición jurídica del acreedor y concediéndole la acción unificada de incumplimiento contractual. Los ejemplos son claros: la falta de conformidad de las mercaderías puede deberse a un error de formación en el contrato, o al dolo del vendedor, o a vicios ocultos, o a la entrega de una cosa distinta de la prometida; en todos los casos la acción es la del incumplimiento contractual⁴⁹.

Otra cuestión de interés son las acciones que se conceden frente al incumplimiento. Los sistemas de origen latino han privilegiado el cumplimiento del contrato; la secuencia es el reclamo de lo debido por parte del deudor, el reclamo del cumplimiento por parte de un tercero a cargo del deudor, la indemnización sustitutiva. En cambio, en el derecho anglosajón, la acción de cumplimiento es algo excepcional, ya que se considera ineficiente la obtención del cumplimiento específico mediante la entrega de la cosa debida. En realidad, la obtención del interés del acreedor se sustituye: en lugar de la entrega de la cosa, se le da una suma de dinero equivalente. Esta equivalencia no alcanza normalmente al valor de la cosa, sino al "coste de sustitución", es decir al que debe pagarse por la obtención de una cosa similar en el mercado⁵⁰.

⁴⁸ Sobre este distinto conf. MORALES MORENO, Antonio Manuel, "La compraventa Internacional de Mercaderías", *Dir por Luis Díez Picazo*, Civitas, 1998, pag. 290.

⁴⁹ MORALES MORENO, *op cit*, pag 294.

⁵⁰ Las ventajas del sistema anglosajón para el vendedor son evidentes: si no cumple, no es obligado a fabricar y entregar una mercadería que no quería fabricar ni entregar, porque, probablemente, era antieconómico hacerlo. En cambio, entregará una suma de dinero para que el comprador la adquiera a otro oferente en el mercado. De ese modo se asignan mejor los recursos, porque la mercadería será fabricada y entregada por quien la haga al menor costo. La bibliografía en este tema es abundante: conf. por todos TREITEL, "Remedies for breach of contract", Oxford, 1989.

III)- El contrato como proceso:

1)- Periodo precontractual- poscontractual y vínculos de larga duración.

La dimensión temporal⁵¹ estudia el redimensionamiento de los elementos, efectos y responsabilidad en el periodo precontractual, poscontractual y los vínculos de larga duración.

El contrato fue concebido con un comienzo a través del consentimiento y un fin, por efecto de alguna causa de extinción; su estudio se pareció entonces a una fotografía estática. 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 captar el dinamismo. La duración de las relaciones jurídicas es un fenómeno difundido en la actualidad⁵².

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 dinamica en los contratos de larga duracion

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 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 alteran las obligaciones de dar una suma de dinero, de dar una cosa o de hacer, de prestar un servicio, porque estas son definidas en el momento genético.

⁵¹ Ampliamos en “El objeto y las prestaciones en contratos de larga duración (a propósito de la medicina prepaga, servicios educativos, contratos de suministro y asistencia)”, LL.1997-E-1103.

⁵² 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.

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 servicio 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 inadaptableidad del contrato.

Es importante advertir que la relación mencionada no es estática sino dinámica; es típicamente relacional. 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)- La dematerialización del objeto: contratos relacionales

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.

En el derecho anglosajón se ha desarrollado la teoría de los contratos relacionales⁵³, que se refiere a dos fenómenos simultáneos: los vínculos de larga duración y las redes contractuales. La teoría contractual debe modificarse para captar las relaciones flexibles que unen a las empresas en la economía actual y tener en cuenta que estos vínculos se hacen con perspectiva de futuro. La teoría clásica contempla al contrato como algo aislado y discontinuo, con un objeto definido que hace "presente" lo que las partes harán en el futuro (por ejemplo, comprar y vender una cosa).

⁵³ Principalmente desarrollada por MACNEIL, Ian, "The new social contract. An inquiry into modern contractual relations", New haven, Yale Univ, 1980. Del mismo autor "The many futures of contracts", California law review, vol. 47, pag 691 y ss.

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

En el campo de las "networks" el contrato es una relación entre empresas basada en la cooperación. Se trata de vínculos múltiples basados en la confianza entre los agentes para lograr una metodología de producción flexible, que es lo que exige la economía actual. De modo que es esa confianza o cooperación el elemento que une a esas redes.

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

4)- La dimensión temporal en la teoría de la empresa y del consumo

La temporalidad impacta en la empresa, obligándola a una reformulación permanente, lo que para algunos teóricos ha significado la necesidad de abandonar la concepción "orgánica", o "institucional", que es demasiado estática, para pasar a concebirla como una serie de acuerdos contractuales de larga duración entre los propietarios de los factores de producción⁵⁴. La empresa va sustituyendo los precios por los salarios, el intercambio de mercado por relaciones jerárquicas, los acuerdos instantáneos en los que hay que establecer precios, por vínculos de larga duración en los que el recurso no se compra, sino que se gestiona; cuando logra la situación óptima, cambian las condiciones del mercado, porque se alteran los precios relativos, surge la necesidad de nuevos productos, y entonces se terciariza lo que se había internalizado, y se hacen nuevas alianzas.

Desde el punto de vista del consumidor, los acuerdos de larga duración disminuyen sus costes de información, porque sería muy caro el tener que contratar con muchas empresas individuales para comprar un producto compuesto. Todas las transacciones que tendrían que realizarse en este caso requerirían que un gran número de individuos tuvieran un gran conocimiento de los distintos componentes del producto y que se realizaran muchas medidas y valoraciones de la producción. Por tanto, el coste que supondría para un consumidor el determinar el precio de los distintos componentes es probable que fuera alto si la producción del mencionado producto se realizara dentro del sistema de precios. Como alternativa, la producción se puede organizar dentro de una empresa donde existe

⁵⁴ Véase, por ejemplo, Alchian, Armen A. (1965). "The Basis Of Some Recent Advances in the Theory of Management of the Firm". *Journal of Industrial Economics* 14: 30-41; ídem (1984). "Specificity, Specialization, and Coalitions". *Journal of Law and Theoretical Economics* 140. (núm. 1): 34-39; Klein, Benjamin; Crawford, Robert G.; and Alchian, Armen A. (1978). "Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process". *Journal of Law and Economics* 21 (núm. 2): 297-326. Alchian, Armen A., and Demsetz, Harold (1972). "Production, Information Costs, and Economic Organization". *American Economic Review* 62 (diciembre, núm. 5): 777-795. Williamson, Oliver E. (1975). *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. Nueva York: Free Press; ídem (1985). *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. Nueva York: Free Press.

un agente central que establece contratos bilaterales de larga duración con cada uno de los propietarios de los factores de producción y que vende el producto final a los compradores.

La elección de la forma contractual depende del coste relativo de contratación de cada un de los distintos acuerdos contractuales.

Formalmente, podemos decir que una empresa que ha podido comenzar siendo una empresa individual, crecerá hasta que los beneficios marginales derivados de la internalización de una actividad adicional (la reducción del coste de realizar transacciones en muchos mercados) sean iguales a los costes marginales de la internalización de una actividad adicional (el aumento de los costes de agencia internos). De allí la permanente oscilación entre internalización y terciarización de actividades, las que tienen una relación directa con los costos de los acuerdos contractuales y con los nuevos productos complejos que requieren acuerdos estratégicos de empresas muy diferentes.

Esta concepción nos permite pasar al punto siguiente.

IV)- *Perspectiva Sistemática:*

La teoría jurídica que permita explicar y establecer reglas para solucionar los conflictos que presentan las redes, no puede dejar de considerar la novedad que ellas presentan⁵⁵. El enfoque no puede basarse en el contrato, sino en la interacción de un grupo de contratos que actúan en forma relacionada, de modo que el contrato es un instrumento para la realización de negocios.

Este enfoque, permite establecer que hay una finalidad negocial supracontractual que justifica el nacimiento y funcionamiento de una red⁵⁶. El grupo que surge de esa manera, no es sólo una unión convencional de contratos, que puede ser analizada mediante el examen de los vínculos individuales.- Se requiere una comprensión del sistema y por ello, de una teoría sistémica.

Las redes contractuales deben ser captadas en dos planos, referidos a sus aspectos internos y externos.

1)- *Relaciones entre las partes: elementos y deberes sistémicos*

En las relaciones internas, las redes presentan un nexo que está vinculado a la colaboración entre las partes que la integran. El elemento unificador es la conexidad, que

⁵⁵Hemos tratado este tema ampliamente en "Redes contractuales: contratos conexos y responsabilidad", publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, De Rubinza y Culzoni, Num 17.

⁵⁶ En materia de tarjetas de créditos, la ley 25065 tiene dos normas importantes para este tema. La primera es el artículo primero que dice que "se entiende por sistema de tarjeta de crédito al conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales cuya finalidad es". Es decir, la ley regula el sistema de contratos vinculados a una finalidad y no cada vínculo aisladamente. La segunda disposición se refiere a las cláusulas abusivas, consagrando la nulidad de aquellas que establezcan adhesiones tácitas a sistemas anexos al sistema de tarjeta de crédito (Art 14 inc. j), relacionando la abusividad con la conexidad.

debemos diferenciar claramente de la integración total o parcial, de naturaleza societaria. La referida conexidad es un componente que fundamenta la existencia de elementos propios de la red como la causa sistemática, la finalidad supracontractual y la reciprocidad sistemática de las obligaciones. Asimismo, da origen a obligaciones sistemáticas, de modo que las partes tienen entre sí obligaciones principales, accesorias y deberes secundarios de conducta, y además, deberes referidos al sistema que integran.

2)- Relaciones de la red con los consumidores

Los consumidores se vinculan jurídicamente con un integrante de la red, pero los que realmente intervienen en el proceso de fabricación y distribución del producto o servicio son numerosos sujetos. Ello ha llevado a superar el obstáculo del principio relativo de los contratos, permitiendo demandar a quien no ha contratado, en supuestos específicos: 1)- responsabilidad por el hecho de dependientes: a través de una interpretación amplia de la garantía por el hecho de dependientes, se puede encontrar una “autorización” de un integrante de la red hacia otro.- Es el caso del fabricante que autoriza a un servicio único para sus productos, 2)- responsabilidad por control: una clase de control específico, sobre la prestación, puede provocar responsabilidad. 3)- responsabilidad por la apariencia: la apariencia jurídica creada, puede dar lugar a acciones contra el titular de la marca de un producto elaborado; 4)- responsabilidad en las relaciones de consumo basada en la imputación solidaria a todos los integrantes de la red conforme al artículo 40 de la ley 24240.

V)- La perspectiva institucional

1)- La relación entre las instituciones y el contrato

¿Es importante el marco institucional para los contratos?.- Veamos algunos ejemplos:

A)- La actividad agraria

La actividad agraria era conocida por su estabilidad y seguridad, pero hoy ha dejado de serlo: el hombre de campo ve con asombro que el precio de los productos que vende surge de cotizaciones propias de mercados financieros con grandes oscilaciones⁵⁷; los costos le son ajenos, ya que la mayoría de ellos escapan a su capacidad de decisión⁵⁸; la tecnología cambia aceleradamente lo que le obliga a depender de ella y adelantarse a los cambios; el gusto de los consumidores varía y está influenciado por el marketing⁵⁹; el clima también se altera por los cambios ecológicos.

Se ha alterado sustancialmente el contexto y se pregunta: ¿qué clase de contratos debe celebrar para ser precavido?.

⁵⁷ Los mercados de productos agrarios se transformaron en especulaciones sobre commodities, y están sometidos a una inestabilidad propia de las bolsas.

⁵⁸ Así sucede con los costos tributarios, de exportación, los precios de los combustibles, de los insumos.

⁵⁹ Son notorias las oscilaciones en el consumo de carne, de vino, de cereales en los últimos años.

B)- La actividad industrial y los servicios

La actividad industrial ha liderado los cambios. La empresa como centro imputativo desaparece por el proceso de subcontratación masiva⁶⁰. El proceso de compras y fusiones remodela las escalas de gestión, de producción, y de distribución, de un modo tan relevante que es un asunto completamente diferente. El producto se ha desmaterializado: debe ser modificado constantemente, empaquetado de modo presentable⁶¹, asociado con servicios y con una marca mantenida por una propaganda constante.

Los servicios conviven en un mar de cambios. El abogado ve cómo en los últimos veinte años vio desaparecer el ámbito tradicional de trabajo en el derecho laboral⁶², en el derecho administrativo⁶³, empresario, daños, de modo tan rápido y contundente que una gran cantidad de ellos no saben cuál puede ser su campo de actuación profesional.

C)- Securitización y presupuestos institucionales

La securitización deviene de "security" cuyo significado es "título valor", de allí que también se lo denomine "titulización"⁶⁴. La securitización es un proceso por el cual un conjunto de activos que presentan ciertas condiciones de homogeneidad se reúnen en una cartera para ser afectados al pago de títulos emitidos con respaldo en dicha cartera⁶⁵, es movilizar una cartera de activos relativamente ilíquidos a través de la emisión de títulos valores.

⁶⁰ Conf. FORBES, Annual Report, January 1999. Se analiza el fenómeno de la elaboración de automóviles, señalando que los sujetos conocidos como "fabricantes", se concentran en el diseño y mantenimiento de la marca, obligados por la necesidad de innovación constante. El resto de las partes se fabrica por otros sujetos subcontratados en distintas partes del mundo, donde es más barato producir, donde hay tecnología, recursos y mano de obra a menor precio. Se estima que al final de la década el 70% de un vehículo será fabricado por proveedores externos. Sobre la teoría económica de la empresa la bibliografía es abundante. Entre los principales están los clásicos trabajos de: COASE, Ronald, "The nature of the firm"; ALCHIAN, Armen- DEMSETZ, Harold, "Production, Information Cost, and Economic Organization", American Economic review, 1972; DEMSETZ, "The structure of ownership and the theory of the firm", Journal of law and economics, 1983, jun.- WILLAMSON, Oliver, "The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting", N.York free press.

⁶¹ El "packaging", es decir, el empaquetado, es una gran parte de la atracción.

⁶² Los juicios laborales por accidentes de trabajo desaparecieron al transferirse el sistema a la seguridad social, las causas por suspensiones y despidos han disminuido en su cantidad por la debilidad jurídica y económica del trabajador frente a la presión del desempleo y por la baja del salario real, que disminuye el valor económico de los pleitos.

⁶³ La acelerada privatización y la crisis económica del Estado, disminuyeron sensiblemente el campo profesional del abogado administrativista.

⁶⁴ La ley 24441 utiliza el término "titulización de activos", (Art 83).

⁶⁵ ANDORNO, Luis O., "La securitización de activos y las letras hipotecarias en la ley 24.441", JA, 17-9-97, N° 6055, Bs. As., p. 9. PAOLANTONIO, Martín, "Fondos comunes de inversión", Depalma, Bs.As. 1994; LISOPRAWSKI, Silvio, "La securitización. Necesidad de una regulación del fideicomiso financiero", LL.1994-B-1177. Orelle, en op cit, dice: "La securitización es el proceso a través del cual los bancos y otras entidades financieras podrán vender o financiar activos transformándolos en instrumentos de mercado de capital con mayor liquidez y menor riesgo". HIGHTON y otros (p cit, pag 61) dicen: "la titulización consiste en el proceso de convertir los flujos de fondos originados por activos ilíquidos en títulos valores -denominados por ello asset-backed securities, los que se colocan entre los inversores".

A ningún individuo se le ocurrió salir a la calle a “securitizar”, sino que ello es consecuencia de una serie de presupuestos institucionales⁶⁶ para que este proceso ocurra:

1)- En primer lugar debe existir, obviamente, un mercado organizado institucionalmente, lo cual importa la existencia de una acelerada dinámica de oferta y demanda, en este caso, de créditos. La entidad financiera puede ser acreedora o cesionaria del crédito causado por el contrato primario. Ubicada en tal posición jurídica, su expectativa de ganancia es de mediano plazo, ya que debe esperar que se cumpla el tiempo de cumplimiento de las cuotas pactadas en la compraventa o mutuo; sin embargo, observa que si tuviera ese dinero disponible, podría obtener mejores ganancias dándole otro destino. Surge entonces la necesidad de hacer líquida una acreencia cierta pero ilíquida.

2)- Creación de un mercado secundario: el mercado primario de créditos es el que se origina en la cesión de un crédito por parte de un acreedor a un tercero, y es el más conocido. El mercado secundario es el que surge a partir de esa cesión, y lo realiza ese tercero, mediante la comercialización a otros terceros. En el mercado primario, el inversor toma en cuenta el riesgo comercial de la empresa y la capacidad de pago; en el mercado secundario al invertirse sobre títulos valores, no se toma en cuenta el riesgo comercial, sino exclusivamente la capacidad de repago⁶⁷.

2)- En el mercado secundario, los inversores desconocen absolutamente quién es el deudor y el acreedor⁶⁸, y por ello, para que alguien sea incentivado a invertir en esas condiciones, se necesita dar seguridad; es preciso entonces una legislación adecuada sobre títulos valores.

3)- Quien invierte en el mercado secundario precisa de información, y como el costo de obtenerla por sí mismo es demasiado alto, es preciso que sea suministrado por el mercado a un costo inferior, disminuyendo los costos de transacción. De allí la necesidad de las calificadoras de riesgo y de las empresas auditoras.

4)- El inversor está atomizado, no tiene relación directa con el bien, porque no es una hipoteca donde rige el principio de especialidad respecto de un crédito y de un bien, sino que tiene un título valor representativo de una copropiedad de un fondo común de inversión, que a su vez, es propietario fiduciario de una masa global de créditos. Se precisa entonces disminuir los riesgos: de allí la técnica de “patrimonio separados”, inmunidad respecto del poder de agresión de los acreedores del fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario, y liquidación extrajudicial.

⁶⁶ El marco institucional es el que permite el desarrollo mayor o menor de una institución así como el grado de eficiencia que tiene la misma.

⁶⁷ Ello disminuye los costos del crédito al evitar la calificación del riesgo comercial, que se difunde y diversifica.

⁶⁸ Por ejemplo, desde Argentina se puede invertir en el mercado de hipotecas de Estados Unidos.

2)- El análisis neoinstitucional

La teoría de la elección racional ha suministrado buenas herramientas para la comprensión modélica de la conducta humana, en especial, luego de las complementaciones que le suministró la teoría de los juegos. Desde esta perspectiva⁶⁹, y una vez admitida la regla de la propiedad, el contrato sirve para adjudicar esa propiedad a quien la considera más valiosa, en el contexto de un mundo caracterizado por la escasez y conductas orientadas hacia el máximo beneficio individual. Modélicamente⁷⁰, puede ser considerado un juego voluntario cooperativo de ganancia mutua, que admite regulaciones institucionales a los fines de garantizar la libre entrada al mercado y la libertad de decisiones; por ello la doctrina liberal admite reglas limitativas del error, violencia, fraude, y más actualmente, las referidas a la presión económica y las basadas en la asimetría de informaciones.

Sin embargo, se ha observado una falta de coincidencia entre la conducta maximizadora de la riqueza y los resultados socialmente cooperadores que se esperaban de ella⁷¹. De ello surgieron nuevos enfoques y aportes, que no pretendemos desarrollar aquí, por su extensión y complejidad, pero que señalan la importancia del marco institucional como contexto de la acción humana. Es bueno señalar también que la teoría de la elección y de los juegos han demostrado dificultades al incorporar el elemento temporal, lo cual es una dificultad teórica de importancia, toda vez que el resultado cambia cuando el juego es sometido a una repetición temporalmente dilatada⁷².

Las instituciones tienen una importancia relevante en el desarrollo de los pueblos y en la contratación: el modo en que distribuyen la información, incrementan o disminuyen

⁶⁹ La literatura sobre la teoría liberal del contrato es muy numerosa, puesto que, explícita o implícitamente ha fundado el desarrollo de esta institución durante gran parte de la historia de la humanidad. En Argentina no es muy frecuente dado que, o se lo dá por presupuesto o se pretende ocultar el esquema económico y de principios que sustenta esta posición. En la doctrina internacional hay muy buenas obras que trabajan sobre la estructura de principios del contrato. Entre las mejores obras que desarrollan la teoría liberal ver: EPTIN, Richard, "Simple rules for a complex world", Harvard Univ Press, 1995; FRIED, Charles, "The contract as a promise", con traducción al castellano). En las jornadas nacionales de derecho civil realizadas en la Universidad Católica de Bs.As., hemos procurado desarrollar el tema en base a principios de libertad e igualdad, lo que fue receptado en el despacho.

⁷⁰ La construcción de un modelo permite el análisis de las conductas en el contexto de la teoría de los juegos, lo cual es posible en tanto, más allá de las características individuales de color, raza, sexo, todos los individuos tienen una característica: quieren más, buscan la maximización del beneficio. De ello se puede extraer una regla abstracta para la construcción del modelo.

⁷¹ El supuesto es que una multiplicidad de acciones racionalmente maximizadoras de la riqueza conduce a un resultando social también maximizador, ha sido fuente de muchos debates en los últimos años.

⁷² Conf. AXELROD, Robert, "The Evolucion of cooperation", N.York, Basic Books, 1984.- Por ejemplo, cuando el "dilema del 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.

los costos de negociación es decisivo en los contratos⁷³.

3)- La perspectiva institucional del derecho privado:

En el derecho privado, las herramientas jurídicas son concebidas como elaboración del sujeto: el testamento y el contrato son expresión de la voluntad, la responsabilidad civil es una sanción ante un acto voluntario ilícito; se concede poca atención a los bienes colectivos.

El derecho privado actual debe admitir una interrelación entre el marco institucional y los comportamientos individuales, superar la noción de «sujeto aislado» para arribar a una idea de «sujeto situado». Situar al sujeto importa establecer un modo de relación con los demás individuos y con los bienes públicos, lo cual nos lleva a las reglas institucionales que fijan los parámetros mínimos de esa organización.

La “progresiva referenciabilidad pública” del derecho privado es una verdadera necesidad⁷⁴.

En el campo contractual hay numerosos avances en este enfoque. Por ejemplo, se ha señalado que si en la época de la codificación el derecho mercantil era un derecho de contratos, ahora lo es de instituciones⁷⁵, en el sentido en que las regulaciones exceden en mucho el mero intercambio interpartes, para aprehender el fenómeno sistemático típico de cada sector, incluyendo aspectos relativos al control público, a la defensa del consumidor, a la previsibilidad económica, a la organización de la competencia, y lógicamente, a los contratos. En muchos casos esta institucionalización abarca cuestiones tan poco tradicionales como el impacto ambiental, social, y urbanístico, que es cada vez más característico, sobre todo en el caso de los grandes hipermercados de consumo.

Es necesario ampliar el campo de aplicación de la dogmática civilista tradicional, trascender la bilateralidad, para ensayar una dogmática sistemática, que tenga por objeto de análisis el sistema de normas fundamentales, dando cabida así a la contemplación del supuesto de hecho bilateral y estructural.

⁷³ En este sentido, la comunidad académica ha rendido tributo a North, Douglas, concediéndole el premio Nobel, fundamentalmente por sus aportes en este campo. North (“Institutions, Institutional Change and Economic Performance”, 1990, Cambridge Univ Press), señala que los costos de la información son la clave de los costos de la negociación, que se componen de los costos de medir los atributos valiosos de lo que está intercambiando y los costos de proteger y de hacer cumplir compulsivamente los acuerdos. Estas mediciones y esta compulsión tienen costos que son fuentes de instituciones sociales, políticas y económicas. Como curiosidad citamos una expresión del autor: “Wallis y North (1986), al medir el volumen de los costos de negociación que privan al mercado (como son los costos relacionados con la banca, los seguros, las fianzas, las ventas al mayoreo y el comercio al menudeo) o, en términos de ocupaciones (con abogados, contadores, etc.) en la economía de los Estados Unidos hallaron que más del 45% de ingreso nacional se dedicó a las negociaciones y, además, que este porcentaje se había incrementado en un 25% desde hace un siglo. Así, pues, los recursos de la economía consumidos en negociaciones son crecientes y de gran magnitud.”

⁷⁴ Ampliamos este tema en “las normas fundamentales”, cit.

⁷⁵ ECHEBARRIA SAENZ, Joseba, “El contrato de franquicia-Definición y conflictos en las relaciones internas”, Mc Graw-Hill, Madrid, 1995, pag. xxxvii.

4)-El desmontaje institucional: Todo lo sólido se desvanece en el aire

La necesidad señalada es más notoria frente al desmontaje institucional que se ha producido por efecto de la desregulación, del cambio de escala regulatoria desde el Estado Nacional a la globalización, y del deterioro de los programas normativos informales⁷⁶, todo lo cual produce esa sensación de vivir sin seguridad alguna.

Todo lo sólido se desvanece en el aire: el cambio es constante y "nos arroja a todos en una vorágine de perpetua desintegración y renovación, de lucha y contradicción, de ambigüedad y de angustia"⁷⁷. Aquella lógica económica del capitalismo que Schumpeter llamó "destrucción creativa" y cuyos efectos sociales fueran descriptos magistralmente por Rousseau: "estoy comenzando a sentir la embriaguez en que te sumerge esta vida agitada y tumultuosa. La multitud de objetos que pasan ante mis ojos, me causa vértigo. De todas las cosas que me impresionan, no hay ninguna que cautive mi corazón, aunque todas juntas perturben mis sentidos, haciéndome olvidar quien soy y a quien pertenezco"⁷⁸.

El temblor se siente a diario, la inseguridad nos rodea. Para combatirla, aumentamos los esfuerzos individuales⁷⁹, el stress prolifera, surge la polución en las relaciones sociales, se deteriora la calidad de vida; el itinerario se vuelve contingente⁸⁰.

El individuo se satura⁸¹.

Las empresas deben modificarse constantemente⁸²: las metas alcanzadas, rápidamente pierden interés; las invenciones se copian y deben renovarse; los productos nuevos, caducan aceleradamente, la presión aumenta.

Por el lado del consumidor, la situación no es distinta: la satisfacción que brindan los productos es escandalosamente breve⁸³, no satisfacen, sino que crean la necesidad de estar al día⁸⁴, el consumo es un trabajo absurdo, semejante al mito de Sísifo.⁸⁵

No hay descanso.

⁷⁶ Las conductas sociales concensuadas se han fracturado en una multiplicidad de normas "ad hoc", y multiculturales.

⁷⁷ Conf la excelente obra de BERMAN, Marshall, "Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad", Siglo XXI, 1989.

⁷⁸ ROUSSEAU, Jean Jaques, "Julie ou la nouvelle Héloïse", citada por Berman en op cit, pag 4.

⁷⁹ Se han extendido notablemente las horas de trabajo; las negociaciones se alargan;...

⁸⁰ La literatura aporta esta magnífica expresión: "Hay itinerarios hechos de contingencia. Claro que no son los más recomendables en la práctica. Si alguien le indica a otro un camino diciéndole: segui hasta donde veas una paloma parada en el cordón, dóblala para donde vaya un auto blanco, hasta la altura de un plátano al que se le cae una hoja, ahí tomá la dirección para donde pique la pelota de unos chicos que juegan en la calleConf AIRA, Cesar, "El sueño", Emece, Bs.As. 1998, pag 39.

⁸¹ El fenómeno está muy bien descripto en la obra del sicólogo GERGEN, Kenneth, "El yo saturado-Dilemas de identidad en el mundo contemporáneo", Paidós, 1992.

⁸² Así lo sugieren los futurólogos de la organización empresarial: conf FUNDACIÓN DRUKER, "La organización del futuro", Granica, Bs.As. 1998.

⁸³ Cada año hay nuevos modelos de automotores, de computadoras, de zapatillas, de vestidos, de modo que lo que compramos sólo sirve para incrementar las necesidades.

⁸⁴ La tarea de leer un prospecto es fatigosa, pero mantenerse actualizado cada vez que surge una nueva computadora, o sistema, o programa, o lenguaje, o teléfono, auto, etc, es abrumadora con sólo pensar el tiempo que nos demanda el estar al día aprender los voluminosos "manuales de instrucciones".

⁸⁵ En la interpretación que le diera Camus al mito de Sísifo, simboliza el trabajo absurdo. Conf CAMUS, Albert, "El mito de Sísifo", Losada, Bs.As. 1953.

