

El contrato: del individualismo liberal a la masificación de las relaciones económicas¹

The contract: from liberal individualism to the generalization of economic relations

JASSIR ÁLVAREZ ESTRADA

Abogado, Magister en Derecho Mercantil. Docente Investigador del área de derecho Privado de la Universidad de la Costa- CUC.

Jalvarez18@cuc.edu.co

Recibido: Abril 6 de 2013

Aceptado: Mayo 20 de 2013

RESUMEN

En este artículo se analiza el tránsito del contrato como institución jurídica, desde sus más remotos orígenes en el derecho romano, pasando por las transformaciones económicas que afectaron las relaciones de intercambio durante la edad media, la revolución francesa y sus postulados que determinaron la elaboración de una verdadera teoría del contrato en los códigos civiles del siglo XIX basados en el predominio del individuo, para finalmente aterrizar en el nacimiento de nuevas estructuras contractuales modernas caracterizadas por la gran influencia de la economía de masas y los procesos de producción en serie. Asimismo se estudian los aportes de las principales escuelas jurídicas que fueron dotando de elementos característicos a las relaciones contractuales, desde los cuasi contratos de la época romana, a los aportes del derecho canónico y la escuela del derecho natural, hasta el surgimiento del dogma de la autonomía de la voluntad y su posterior decaimiento ante el advenimiento de las relaciones contractuales masivas.

Palabras Clave: Contrato, autonomía privada, libre discusión, liberalismo, individualismo,

ABSTRACT

The following investigation studies the transit of the contract as a legal institution, from its earliest origins in Roman law, through economic changes that have affected the terms of trade during the middle age. Later, the French revolution and its principles determined the development of a true theory of contract in the civil codes of the nineteenth century based in the prevalence of the person; and finally, landing in the birth of new modern contractual structures characterized by the big influence of mass economics and mass production process. It also examines the contributions of major legal schools that provided principals elements to contractual relations, from the quasi-contracts, from the Roman times passing through the influence of the canonic and natural law until the emergence of the dogma of autonomy of the will and its subsequent decay to the advent of massive contractual relations.

Key Words Contract, private autonomy, free discussion, liberalism, individualism

¹ Este artículo es producto de la investigación denominada: Cambios Introducidos por la Ley 1480 de 2011 para la Protección de los Consumidores en Colombia, desarrollada en el marco de la línea de asuntos mercantiles del Grupo de Investigación En Derecho, Política y Sociedad, de la Facultad de Derecho de la Universidad de LA Costa-CUC.

Introducción

Desde el momento mismo de su creación el contrato ha reclamado para sí un lugar preponderante en la vida de las relaciones jurídicas de carácter privado. En efecto, el contrato se convirtió desde su visión más tradicional (acuerdo de voluntades) en el mecanismo por excelencia que hizo posible el tráfico e intercambio de bienes y servicios. Tanto ha sido el protagonismo del contrato que bien se puede decir, siguiendo a Ferdinand Tunnies, que mientras las sociedades arcaicas eran resultado del *status*, es decir, aquella situación en la que el sujeto de derecho se encontraba colocado sin haberla elegido; las sociedades modernas son resultado del contrato, identificadas por la voluntad del sujeto de derecho para obligarse por su propia autodeterminación (Tunnies, 1978).

No se puede negar, de ningún modo, que con el desarrollo de los postulados de la teoría de la autonomía de la voluntad los individuos dejaron atrás de algún modo las injusticias consecuencia de una condición tan frágil como la derivada del *status*. El contrato concebido bajo las premisas del individualismo liberal se convertía en el resultado final de un proceso de oferta y aceptación, que se iba moldeando a partir de múltiples tratativas que configuraban la expresión más poderosa de dos voluntades que convergen hasta materializar el acuerdo y convenir sus efectos vinculantes. Sin embargo, los procesos de la sociedad humana nunca han sido estáticos y a épocas de cambios y nuevas construcciones doctrinales como las de los siglos del liberalismo, siguieron unas nuevas caracterizadas por las transformaciones y los cambios de los modelos económicos y políticos cuyas consecuencias velozmente se fueron reflejando en las instituciones jurídicas.

Al siglo de los códigos le siguió entonces la época de los cambios en las instituciones jurídicas, las regulaciones individualistas de las relaciones humanas comenzaron a hacer agua y sus estructuras a debilitarse, y uno de los cambios más relevantes que se produjeron a finales del siglo XIX y principios del siglo XX fue, sin duda, el de los cambios en el ámbito contractual. El paso del sistema de producción artesanal al de producción en serie, el crecimiento imparable de la población mundial, el surgimiento de nuevas necesidades ávidas de ser satisfechas por los ciudadanos, la evolución de los recursos tecnológicos, la economía de mercado y acumulación de capitales, las desigualdades de todo tipo presentes entre los distintos individuos y la intervención del Estado en asuntos normalmente exclusivos de los particulares constituían una realidad que desbordaba por mucho cualquiera de las previsiones jurídicas de la época de la codificación liberal, originando el surgimiento de nuevas técnicas contractua-

les que ningún sistema jurídico de aquel entonces hubiera podido comprender.

Este trabajo de investigación estudia el contexto de la transición que se dio en el paso del contrato libremente negociado a los esquemas de contratación en serie, y la forma como se afectó la libertad contractual de los ciudadanos del común. Se trata de una investigación en la que se ha utilizado una metodología descriptiva con aplicación del método sintético deductivo, y en la que se han tenido en cuenta diferentes enfoques del problema jurídico sub lite, utilizando para tal efecto las herramientas del derecho comparado (Europeo, Anglosajón y Latinoamericano). Igualmente hemos tratado de analizar el problema desde el ángulo de las tensiones entre la economía y el derecho, cuyos perfiles se muestran cada vez más agudos, y que agrupamos bajo esquemas novedosos de estudio de cuestiones actuales del derecho privado siempre desde una perspectiva crítica y pluralista.

El contrato: del individualismo liberal a la masificación de las relaciones económicas

El contrato, prácticamente desde su aparición, se ha convertido en la herramienta jurídica por excelencia para la regulación del tráfico y el intercambio de bienes y servicios entre los diferentes sujetos de Derecho.

Sus múltiples aplicaciones han hecho del contrato un elemento indispensable para la vida en sociedad y la seguridad jurídica de los individuos particular o grupalmente considerados. Sin embargo, el devenir de la historia de la humanidad ha estado marcado por una continua sucesión de “saltos desordenados”, según la feliz expresión del papa Pio XII, que han constituido y marcado las crisis histórico sociales. El Derecho, como subsistema del sistema sociedad, no ha sido ajeno a esta situación y, al igual que los distintos períodos históricos del ser humano, ha ido alternando fases estables y etapas de cambio, ya que responde a la dinámica con la que se mueven los procesos económicos, políticos, sociales, etc.; lo que de forma invariable produce cambios en la realidad jurídica de las diversas épocas por las que hemos ido atravesando.

En este orden de ideas, el contrato también ha ido sufriendo cambios y modificaciones en su ya largo tránsito por los caminos de la civilización. El contrato ha evolucionado, no es lo mismo entonces hablar del contrato en el Derecho Romano, que hablar del contrato en los tiempos actuales, a cada uno de ellos le correspondió un período histórico distinto y unos contextos, circunstancias y problemas también distintos. Como bien lo anota Vallespinos: “la transformación del contrato en el curso de la historia de los pueblos ha sido consecuencia *directa*

de los cambios acaecidos en ellos, de manera que cuando estudiemos la transformación del contrato observaremos también la evolución del hombre en su vida de relación” (Vallespinos, 1984).

1. El contrato en Roma y en la Edad Media

Aristóteles parece haber sido el primero que abordó la cuestión sobre la naturaleza de las relaciones de cambio. En efecto, dentro de su concepto de Justicia Correctiva, en la que se estudian las transacciones, es donde aparece el derecho de las relaciones de cambio, es decir, de las conmutaciones de bienes - *en tais sinalagmasin*- (Soto Coaguila, 2.008). La concepción de contrato para los griegos estaba entonces íntimamente ligada a la idea de conmutatividad, de *synallagma*, de reciprocidad en el intercambio².

Esta noción de contrato fue la que imperó en las primeras etapas del Derecho Romano. Como sabemos los romanos no diseñaron una teoría general del contrato como tal, sino que más bien se desarrollaron toda una gama de expresiones y figuras acuñadas por los juristas romanos entre las que podemos señalar los conceptos de convención, contrato y pacto. A pesar de ser diferentes entre sí, existía un denominador común presente en cualquiera de los 3: el acuerdo entre las partes. Ahora bien, para los romanos, sobre todo en la primera etapa de su derecho- *ius quiritarium* – resultaba claro que ese acuerdo (elemento subjetivo común) solo iba a generar obligaciones si estaba acompañado del elemento causa en cualquiera de sus modalidades (Darcy Bessone, 1959).

De esta manera, solo podía hablarse de contrato cuando el acuerdo de voluntades iba acompañado de determinadas formulas rituales, o de la realización de una determinada conducta, de lo contrario no podía hablarse del nacimiento de la obligación. El mero acuerdo de voluntades solo constituía, por sí solo, un nudo pacto que no producía obligaciones y estaba desprovisto de acción (Petit, 1968). Los Romanistas señalan al *nexum* como uno de los primeros ejemplos de contrato *verbis*, aunque algunas autorizadas opiniones lo señalan como “un objeto jurídico híbrido, a mitad de camino entre el contrato y el derecho real” (Ourliac y Malafosse, 1960). Con posterioridad a este (*nexum*), la mayoría de las fuentes consultadas consideran a la *sponsio* y a la *stipulatio*, ambas consistentes en una especie de juramento donde se formulaba una

² Para los griegos la noción de sinalagma iba más allá del contrato, como lo explica el profesor SOTO COAGUILA. El sinalagma desborda al contrato, ya que se encuentra en todas las relaciones de cambio, sean voluntarias o no. En otras palabras solo importa la reciprocidad en las prestaciones, ya sea que esta provenga o no de un acuerdo de voluntades. El sinalagma estaría presente por igual ya sea tratándose de un contrato, un delito o un cuasidelito.

interrogación seguida de una respuesta, como las formas contractuales de tipo ritual más usadas por los antiguos romanos.

El contrato romano seguiría vigente con pocas modificaciones durante buena parte de la edad media, según el profesor Guido Astuti, hasta el siglo XV el sistema de contratos continuó siendo un sistema de causas o de figuras típicas reconocidas como fuente de obligaciones (Diez-Picazo, 1996). Luego se iniciaría el período de transición, que para la sociedad representó el tránsito de la Edad Media a la época moderna. Nuevos sucesos económicos, políticos y sociales aparecían y el derecho debía adaptarse para satisfacer las nuevas necesidades del género humano. El nacimiento de la burguesía, el crecimiento en auge de las relaciones comerciales y la instauración de un nuevo orden económico donde la banca y la industria jugaban roles protagónicos exigían un contrato que pudiera brindar seguridad y rapidez en las transacciones, y esto derivó en un contrato basado en los principios de equidad y buena fe que al mismo tiempo brindaba fuerza obligatoria al libre acuerdo de voluntades.

2. La aparición del Mercantilismo

Por aquellos días, los procesos de producción económica con los que contaba la humanidad eran más bien modestos. La economía giraba alrededor de la renta sobre la tierra, considerada como el símbolo de poder económico y político. La industria y el comercio eran bastante artesanales y los mercados estaban limitados por el conocimiento personal de quienes en ellos intervenían y por la naturaleza de los bienes que en ellos se ofertaban.

Sin embargo, a partir del siglo XV un importante proceso de cambio se inició con el descubrimiento de América por Cristóbal Colón en 1492. La constante afluencia de metales preciosos venidos del nuevo continente, impulsó el incremento del capital mobiliario y el crecimiento de nuevas industrias. Estos factores permitieron el desarrollo portuario de Europa, e introdujeron notables cambios en las estructuras sociales de la época donde la burguesía se había establecido desde hace mucho tiempo como la clase social dirigente. En efecto, pronto los comerciantes fueron mejorando su status y recibieron un fuerte respaldo con las famosas ordenanzas de Colbert, la terrestre (1673) y la marítima (1681), que promovían entre otros principios, el establecimiento del mercantilismo como política económica de la monarquía absolutista (Vallespinos, 1984).

El sistema económico mercantilista estaba basado en la protección del comerciante y del industrial, a la vez que procuraba el desarrollo externo a través de las exportaciones. Según sus doctrinantes un país debía fomentar las

exportaciones y a la vez restringir las importaciones por medio de altas cargas fiscales, con el objeto de lograr la llamada balanza comercial favorable (Landreth y Colander, 2006). De igual forma la producción debía estimularse por medio de la intervención estatal en la economía y de la regulación del comercio exterior, estableciendo gravámenes protectores cuando fuere el caso y fomentando la importación de materia prima barata para producir bienes manufacturados para la exportación (Landreth y Colander, 2006).

Este nuevo entramado obligo a los juristas a buscar la fundamentación de la fuerza obligatoria del contrato más allá de las primitivas construcciones del Derecho Romano. Entonces, surgió por vez primera la noción de contrato concebida como acuerdo de voluntades, que en palabras del maestro Díez-Picazo (1996), nace de la confluencia de tres corrientes del pensamiento jurídico.

La primera de ellas, el Derecho canónico, que a partir de unas razones de tipo religioso se propone imponer respeto a la palabra empeñada. Entonces, incumplir o faltar a una promesa, equivale a un engaño o mentira, y en consecuencia un pecado (*mendacium est quis non cumpleat quod promisit*). En segundo lugar estaría la corriente del voluntarismo jurídico, quienes consideran que el contrato a partir de las exigencias del creciente tráfico comercial de entonces, debía suavizar su formalismo y alejarse de los rituales, con la intención de liberar los obstáculos que impedían su aplicación extensiva. Los contratantes están en similares niveles de formación y conocimiento y si su pretensión es la de obligarse su sola voluntad debe ser suficiente para producir tal efecto.

Por último, aunque no menos importante, estarían los postulados de la Escuela del Derecho natural, donde Grocio primero y Puffendorf después, le darían forma definitiva al conocido aforismo *solus consensus obligat*, invirtiendo la formula conocida en el Derecho Romano *solus consensus non obligat*, en otras palabras, el consensualismo en las relaciones contractuales pasaba de ser la excepción a ser la regla general³.

³ Para el profesor Vallespinos (1984) es en el Derecho Natural y no en el canónico en donde se debe buscar el origen del consensualismo contractual, y al respecto afirma: "El pensamiento jurídico de ese período de la historia giró entonces en torno al valor del acuerdo de voluntades pues de él surgían obligaciones lícitas sin importar mayormente si eran justas. Se entendía que toda obligación no consentida, toda intervención de los poderes públicos para modificar las libres convenciones de los individuos no podían crear otra cosa que injusticia y una violación a la libertad y al Derecho Natural". Más adelante, apoyándose en la obra de Ourliac & Malafosse, prosigue: "Ahora será la posición filosófica-jurídica del Derecho Natural la más apropiada para justificar la voluntad contractual, ya que esta escuela consideró a los individuos libres e independientes, dueños absolutos de sus actividades y de sus bienes y que solamente se

Las medidas instauradas por el modelo mercantilista favorecieron el crecimiento de los procesos industriales, que se vieron beneficiados por una demanda en aumento de productos, la abundancia de capital circulante y el proteccionismo estatal. Todos estos elementos confluían para impulsar al hombre a un nuevo estadio de su desarrollo, un nuevo escenario mundial se avizoraba y este significaría el comienzo de un cambio vertiginoso en las estructuras socioeconómicas de la antigua sociedad europea.

1.3 La Revolución Industrial

El mercantilismo, como tendencia económica imperante, se mantuvo durante el período comprendido más o menos entre 1650 y 1750, hasta cuando la aparición de una serie de nuevos procesos aplicables a la agricultura, la manufactura, la minería y el transporte desembocó en el período que ha sido conocido por la historia como la revolución industrial. Con este término se identifica en la historia el proceso de cambios tecnológicos, socioeconómicos y políticos que se iniciaron en la Inglaterra de mediados del siglo XVIII y que pronto se extenderían por toda Europa hasta finalizado el siglo XIX.

Existe más o menos un consenso entre los autores sobre cuáles fueron los hechos que determinaron la Revolución Industrial:

- Las innovaciones tecnológicas, que de modo notable influyeron en los procesos productivos del sector agrícola, textil y minero.
- La transmisión del conocimiento y la información, con lo que mejoró la educación de los individuos y el entrenamiento de los trabajadores y profesionales.
- El mejoramiento de los medios y vías de comunicación, que permitió una movilidad sin precedentes conocidos hasta aquel momento.

Los cambios económicos se reflejaron en cambios sociales, y entre estos los más representativos fueron el constante aumento demográfico y sobre todo, el mejoramiento de las condiciones de vida de muchos de los ciudadanos europeos de aquel entonces (Lucas, 2002). El mejoramiento de los sistemas de producción originado a partir de la tecnología trajo consigo la aparición de grandes empresas con capacidad para producir bienes en serie, en forma masiva. Comenzaba de este modo el paso de la producción artesanal a la industrial, la máquina le sirvió al hom-

unen por negocios contractuales de cambio...esta doctrina consideró, por primera vez en la historia del contrato, al consentimiento como la base misma de la institución. Para estar en presencia del contrato bastaba la voluntad de obligarse y nada más".

bre para crear ante todo un modo organizado de producir (Wiesner, 1986).

El aumento en los niveles de producción se reflejó en una disminución de los precios de los productos manufacturados, debido al ensanchamiento de la oferta, lo que a su vez permitió que un mayor número de personas pudiera acceder a los mismos a través del mercado. El comercio iba ganando cada vez más terreno y el derecho comercial, surgido a partir de la actividad profesional de los gremios y corporaciones comenzaba a permear todas las esferas de la vida civil. Empezaba a gestarse el paso de la vieja economía de intercambio a una nueva economía de mercado.

2. Los viejos paradigmas: el contrato en la era del individualismo liberal

En forma paralela a todo el conjunto de factores que determinaron lo que hoy conocemos como la Revolución Industrial, otra revolución, está en materia económica empezaba a gestarse, el surgimiento del liberalismo clásico de la mano de las teorías del economista inglés Adam Smith (1723-1790). Con él comienza el principio del fin del mercantilismo como ideología económica dominante, así como un nuevo modo de análisis de la sociedad en un marco interdisciplinar.

Smith compartía varios de los argumentos mercantilistas sobre la naturaleza humana: los humanos somos racionales y calculadores y en las cuestiones económicas actuamos movidos casi siempre por nuestro interés personal, pero, a diferencia de la mayoría de sus predecesores, Smith consideraba que ningún mecanismo ideado por el ser humano serviría para resolver los conflictos económicos en forma más eficaz que la economía misma, es decir, los procesos naturales que se dan al interior de los mercados son la mejor manera de regular las cuestiones económicas. La teoría de Smith proponía además excluir al Estado de la intervención en la economía, es la famosa política del *laissez faire*, que en realidad Smith retomó de los fisiócratas franceses, los primeros que la esbozaron, quienes sostenían que debía existir un orden económico natural, y por tanto, pensaban que las relaciones económicas podían regularse por lo menos en parte por sí mismas (Landreth y Colander, 2006).

La defensa del *laissez faire* de Smith tiene sus orígenes en un enfoque metodológico nuevo que se pregunta si la experiencia sirve para demostrar que la intervención del Estado en los mercados produce mejores resultados que el funcionamiento incontrolado de los mismos. Smith reconocía que los mercados a menudo no generan resultados sociales ideales, pero, la realidad de su época lo conven-

ció de que los resultados de la intervención eran menos aceptables que los que ofrecía el libre mercado. Para que los mercados puedan ser competitivos, entonces, era necesario que hubiera una gran oferta de bienes y que a la vez los interesados en los mismos poseyeran la información relativa a los beneficios, rentas y demás asuntos relevantes para el consumidor; si la economía funcionaba en términos ideales (léase sin intervención estatal) los precios naturales finalmente alcanzarían las tasas de beneficio. De este modo se produciría una asignación óptima de los recursos, pues “los consumidores reciben los bienes que desean con el menor coste posible y se garantizan las máximas tasas de crecimiento” (Landreth y Colander, 2006).

Los planteamientos de Smith calaron profundamente en muchas de las corrientes del pensamiento político y filosófico del Siglo XVIII. Hasta aquel momento el absolutismo había unificado todos los poderes en la figura del Rey, a quien se le consideraba descendiente directo de Dios, de donde adquiría su potestad para gobernar a sus semejantes. Su gobierno siempre estaba enfocado hacia la nobleza y el clero, quienes ostentaban prerrogativas y privilegios (en materia de impuestos, en cuestiones agrarias, derechos feudales, etc.) y se constituían en la clase dirigente.

En la otra cara de la moneda se encontraban los campesinos, pequeños comerciantes y asalariados, agobiados por las cargas fiscales y las múltiples trabas para el desarrollo de sus actividades. En un punto intermedio entre estos dos se encontraba una burguesía enriquecida de la Edad Media, que continuaba incrementando sus negocios mercantiles y a la vez intentaba sentar sus voces de protesta contra los abusos de los privilegiados. Estas diferencias fueron calentándose y se convirtieron en el caldo de cultivo más conveniente para el estallido de la revuelta popular que se materializaría a mediados de 1789 y conduciría al derrumbamiento de las estructuras tradicionales, no sin una alta dosis de violencia.

Ahora bien, en materia jurídica, además del gran paso que para el hombre representaba la caída de estas estructuras, la Revolución Francesa tenía implicaciones mucho más profundas como describe Vallespinos (1984):

“amén de la supresión del absolutismo y de las desigualdades tributarias la revolución significó el triunfo de la concepción económica liberal junto al establecimiento de las libertades individuales de todos los ciudadanos ante la ley...En estas circunstancias el contrato se constituyó en una garantía contra la explotación de un contratante por otro, ante el cambio de fundamento en el contrato, los filósofos, economistas y juristas del Siglo XVIII dieron a la re-

gla canónica una extensión que no tenía en sus orígenes, la convención era ahora ley para las partes”.

En efecto, la sumatoria de factores ya mencionados permitió asentar las bases ideológicas que servirán como sustento a la filosofía del individualismo liberal y que determinaran el concepto de contrato concebido como el acuerdo de voluntades por medio del cual las personas se obligan jurídicamente.

La primera de ellas es de contenido económico, y estaba fundada en las teorías liberales de Adam Smith y sus continuadores, cuyos principales postulados hemos estudiado en páginas anteriores. La segunda, estaba constituida por la idea de la igualdad jurídica sustancial entre las partes intervinientes en un contrato (Soto Coaguila, 2.008); derivada de los principios consagrados en la Revolución Francesa. El contrato se convierte en el mejor medio de arreglo de los intereses privados, pues resulta de la voluntad común de las partes, que se encuentran “jurídicamente” en iguales condiciones para negociarlo, “la voluntad reina como soberana” (Colin y Capitant, 1984). Un buen resumen de esta idea es expresado por Ghestin (1984) en los siguientes términos:

...Además de libres, todos los hombres son iguales, por lo que sus relaciones deberán ser determinadas por acuerdos libremente aceptados entre ellos, sin que nadie pueda imponer a otro su voluntad; como nadie iría en contra de sus propios intereses, las obligaciones que asuman han de ser necesariamente justas (al menos desde una perspectiva subjetiva), de donde surge la máxima expresada por Fouille: *qui dit contractuel, dit juste*.

3. El Contrato en los Códigos Decimonónicos: el apogeo del dogma de la autonomía de la voluntad

Si la economía fluctúa de acuerdo con los intereses y la eficiencia individual de cada uno de los participantes en el mercado, sin intervención de ningún tipo ya que el mercado es capaz de autorregularse, entonces, en materia contractual la autonomía de la voluntad, entendida en el sentido más amplio posible, sería capaz de producir resultados similares. A partir de esta construcción filosófica jurídica, el contrato, como herramienta de regulación de los intercambios, originada en el libre ejercicio de la voluntad de los contrayentes quedaba elevado a la categoría de ley privada; más aún, como lo hace notar Kessler (1943), esta ley, originada en la intencionalidad de las partes está por encima de las normas jurídicas que deben permanecer *jus dispositivum*, es decir, su aplicación también debe depender de la voluntad de las partes, ya sea porque así lo decidieron, o por su negligencia u omisión para regularlo de forma distinta.

Se explica así el principio de la autonomía de la voluntad, no como simple expresión de la mera licitud o facultad, sino como manifestación de poder, del poder otorgado a los particulares para que todos los negocios jurídicos por ellos celebrados tengan plena validez y eficacia, obligando a las partes en ellos intervinientes a cumplir con lo establecido (Ferri, 1969).

Esta noción de la autonomía de la voluntad como eje de los efectos del contrato, sería perfeccionada por la filosofía utilitarista bajo la tesis del interés positivo.

Para Bentham y su escuela no es el contenido de la norma legal lo que determina el cumplimiento de los efectos del contrato, en realidad, la legislación no regula sobre los fines de las acciones individuales sino sobre los medios, en la medida en que aquella (la legislación) es una acción gubernamental que para su realización debe afectar en mayor o menor grado a los miembros de la comunidad. No obstante, según Bentham interesa más al hombre el cumplimiento de los acuerdos que llega a celebrar que su incumplimiento, ya que al producirse este último, decae la confianza que merece a sus semejantes y en definitiva es él mismo quien se perjudica. Unos cientos de años más tarde, Kessler, en su famoso ensayo clásico sobre la libertad contractual (1943), retomaría parte de este argumento cuando afirma que “el comportamiento racional en el contexto de nuestra cultura solo es posible si los acuerdos son respetados. Se requiere que las expectativas razonables creadas por las promesas reciban la protección del derecho o de lo contrario sufriremos el destino de los trogloditas de Montesquieu que perecían debido a que no cumplían sus promesas”.

Esta fuerza vinculante del contrato es la que le permite a la autonomía privada producir sus efectos en derecho, de otro modo esta no tendría razón de ser. Una vez celebrado un contrato en ejercicio de la facultad de autotérminación los efectos de este alcanzan a las partes y a sus causahabientes y les impide evadir sus compromisos. Para Suescún Melo (2.003) la fuerza obligatoria resulta del uso de la libertad, mediante la cual cada una de las partes se autoobliga y, además, este poder normativo vincula también a los jueces e incluso al legislador, pues los primeros deben aplicar y hacer cumplir las disposiciones contractuales que no contraríen norma imperativa y los segundos no pueden afectar con ordenamientos nuevos las relaciones jurídicas anteriores, que solo deben ser gobernadas (salvo casos excepcionales) por la legislación vigente al tiempo de la celebración del contrato.

Referirse a la “autonomía de la voluntad” o “autonomía privada” supone, necesariamente, indagar por los vínculos existenciales que son notorios, entre lo que para el ser humano representa la “libertad ontológica” y lo que

significa la relación de esta con la “voluntad” (Fernandez Sesarrego, 2001). Dicho principio constituye, sin lugar a dudas, uno de los grandes tópicos del derecho privado, ya que sin libertad y sin voluntad nuestras relaciones jurídicas resultan inconcebibles e inexplicables. No obstante, como lo advierte el profesor Federico De Castro y Bravo (2001) el término “autonomía de la voluntad” ha venido siendo criticado desde los tiempos de Savigny. El uso de la frase, en el sentido de autodeterminación de la persona individual, no corresponde a su sentido etimológico que proviene de *nomos* (*ley*) y *autos* (*propio, mismo*)⁴. Similar opinión ha sido expresada por Díez-Picazo y Gullón (1984) quienes con justeza, a nuestro parecer, también objetan la designación de “autonomía de la voluntad” al indicar que con esta expresión no deja de incurrirse en algún equívoco. Ello en virtud que no es la voluntad sino la persona la que goza de autonomía en cuanto a tal, es decir, que el sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino la persona como realidad unitaria.

Por tal razón, para efectos de nuestro estudio a partir de este punto en adelante, utilizaremos la expresión “autonomía privada”, pues nos parece que es más exacta para referirnos al tema en análisis que no es otro que la facultad de autorregulación de los seres humanos en ejercicio

⁴ En tal sentido prosigue De Castro y Bravo: “...la censura a tal expresión no es sólo de orden etimológico, sino que ordinariamente se le reserva para designar la potestad normativa de las corporaciones y demás cuerpos intermedios. La crítica se acrecienta frente al sentido amplio que se le otorga a la “autonomía privada”. No obstante, prosigue el mencionado autor, “a pesar de todo se sigue empleando esta expresión porque ha parecido ser su utilidad de más peso que tales consideraciones, para evocar el significado general de la cuestión principal del derecho privado: la del ámbito de independencia y libertad dejado a cada persona”. En similar sentido el Dr. Manuel De La Puente y Lavalle hace un estudio sobre ambas expresiones que consideramos importante transcribir: “...La expresión autonomía privada no siempre ha sido plenamente acogida, y la literatura jurídica ha preferido utilizar el término autonomía de la voluntad, por entender que la facultad de autorregularse, que es el contenido de la autonomía, se confiere a la voluntad humana”. Este planteamiento según el referido autor, “es comprensible por cuanto, siendo la autonomía concedida a los particulares el fundamento del acto jurídico, durante todo el período histórico en el que se consideró dicho acto como la expresión de la voluntad de sus otorgantes, resultaba consecuente que se atribuyera a la voluntad el principio rector de las relaciones humanas. Era el auge de la teoría de la voluntad”. Más adelante, refiriéndose al mismo tema afirma: “...pero, pronto se advirtió que la voluntad no era determinante en la formación de los actos jurídicos, ya que, por ejemplo, el acto jurídico podía ser válido aun cuando no representara la voluntad del otorgante (teoría de la declaración); la autonomía entonces debe recaer en el elemento que da lugar a la existencia del acto jurídico y que no es necesariamente la voluntad, sino el poderío privado de crear (regular, modificar o extinguir) relaciones jurídicas. En este sentido, resulta más apropiada la expresión autonomía privada en lugar de autonomía de la voluntad” (De La Puente, 1983) e igualmente (Fernández Sesarrego, 2001). En Colombia, tanto Arrubla Paucar (2007) como Narváez García (2002) son partidarios del término autonomía privada.

de su libertad individual. En efecto, existe una indudable interdependencia entre el principio de la autonomía privada y la libertad como elemento intrínseco del ser humano. Esta relación es de naturaleza tal que podemos decir que “sin lugar a dudas...el principio de la autonomía privada, aun cuando pueda ofrecer reparos, significa, en última instancia, desde el plano filosófico, el reconocimiento concreto de la libertad de la persona en el ámbito de sus relaciones negociales”⁵.

3.1 Autonomía privada, voluntad y libertad contractual

El premio nobel de economía hindú, Amartya Zen (2000), sostiene que la libertad individual es en esencia un producto social, y que existe una relación de doble vía entre:

a-) Los mecanismos sociales para expandir las libertades individuales y

b-) El uso de las libertades individuales no sólo para mejorar las vidas respectivas, sino también para conseguir que los mecanismos sociales sean mejores y más eficaces.

A partir de su íntima relación con el derecho a la libertad, la autonomía privada, es considerada un elemento de la libertad en general; es el poder del individuo de crear a partir de su voluntad una situación de derecho siempre y cuando dicho acto tenga un objeto lícito (Stiglitz y Stiglitz, 1985). Según las premisas de la autonomía privada, el hombre es libre por esencia y no puede obligarse más que por su propia voluntad, y es esta voluntad la que crea el contenido y los efectos del contrato; efectos estos que solo existen porque fueron “voluntariamente” queridos por los contratantes, quienes como no pueden obrar contra sus intereses, consienten obligaciones que solo pueden ser justas.

Nuestra honorable Corte Constitucional en la sentencia C-529 de 2000, con ponencia del Dr. Antonio Barrera Carbonell, quien retoma argumentos expresados por la misma corporación en la sentencia T-338 de 1993, se ha referido a la autonomía privada de la siguiente forma:

“El concepto de autonomía de la personalidad comprende toda decisión que incida en la evolución de la persona en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicio suficientes para tomarla. Su finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados

⁵ Por su parte, el profesor Christian Larroumet (1994) considera que el principio de la autonomía privada descansa esencialmente en 2 postulados: el liberalismo económico y un entorno filosófico individualista y voluntarista. Para ser más exactos, el citado autor francés califica la autonomía de la voluntad como el punto de confluencia jurídica de estos 2 elementos económico y filosófico.

en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida.

La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que éstos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo, deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad.

La mayor o menor amplitud en la consagración positiva del postulado de la autonomía de la voluntad privada o, lo que es lo mismo, en el señalamiento del campo de acción del acto o negocio jurídico que es su expresión normal, depende principalmente del grado de cultura y desarrollo de cada pueblo y de las concepciones filosófico-políticas en que se inspire cada legislador”.

El principio de la autonomía privada encontró gran respaldo a partir de las concepciones liberales que se plasmaron en la etapa de la codificación, elevando el postulado de la libertad personal a alturas insospechadas, del mismo modo que se sostenían de forma recíproca la libertad individual y la autonomía privada, ya que el reconocimiento de los derechos individuales implica la libertad para crear derechos por voluntad del hombre, reserva hecha que el Estado no debe desinteresarse por la observancia de las normas morales (Stiglitz y Stiglitz, 1985).

El contrato como instrumento de la libertad, de la libre voluntad, en un contexto que predicaba a los cuatro vientos la igualdad, se convirtió en una herramienta de la justicia en los cambios. Era la fórmula de Loysel: “A los bueyes se les une por los cuernos y a los hombres por las palabras”, el contrato era el reino en el que la libertad, la voluntad y la igualdad ejercían poderes soberanos; cuanto menos intervención del Estado y de cualquier otro factor ajeno a este triunvirato, mayor felicidad y progreso de los individuos (Vega Mere, 2001).

Diez Picazo y Gullón (1984), al hablarnos sobre la autonomía privada, también analizan la relación entre liber-

tad y voluntad. Para ellos la autonomía privada no es lo mismo que la libertad individual. Aceptar la existencia de la libertad, significa permitir “hacer”, otorgar al individuo una esfera de actuación. Reconocer su autonomía en cambio implica “reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica propia”. El individuo autónomo “no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en la esfera jurídica”. La libertad encierra un *poder hacer* que está delimitado dentro del ámbito de la licitud, pero “sin que el derecho reconozca por ello valor jurídico a tales actos”. En la autonomía, por consiguiente, hay además de este poder hacer un poder de gobierno sobre la esfera jurídica. Es decir, el acto además de libre es eficaz, vinculante y preceptivo.

Este poder de gobierno sobre la propia esfera jurídica tiene su más acabada expresión a través del ejercicio de dos tipos de libertades: la libertad de contratación y la libertad contractual. La primera, conocida también como libertad de conclusión, se refiere a la facultad entregada a los ciudadanos de celebrar o no un determinado contrato; y la segunda, denominada por algunos autores como libertad de configuración interna, está relacionada con la potestad de escoger la contraparte del contrato, el tipo contractual y el contenido del mismo.

La libertad contractual es, quizás, la expresión más amplia de libertad o autodeterminación que supone el principio de la autonomía privada; conforme a ella el contrato pactado es plenamente efectivo y vinculante para las partes solo porque así lo han deseado, porque es fruto de un acuerdo entre individuos, en que cada uno de ellos ha decidido en forma libre asumir una prestación, una conducta debida, a cambio de la correspondiente a la otra parte, sin que deba someterse a ningún otro criterio de validez y sin que el Estado pueda intervenir para revisar su juicio, pues ello entrañaría una intromisión al ámbito de libertad de las partes (Ballesteros Garrido, 2001).

No obstante, esa no intervención del Estado a la que nos hemos referido no es absoluta. Una vez celebrado el contrato, si es posible (y necesaria) la intervención estatal cuando se trata de hacer cumplir por la fuerza un contrato que una de las partes ha consentido y luego se niega a ejecutar. El poder coactivo del Estado es el que da fundamento a la figura de la libertad contractual.

Todo este entramado, con la autonomía privada y la libertad contractual como ejes fundamentales, se mantuvo sin grandes modificaciones durante la primera mitad del siglo XIX, de hecho en todos los códigos europeos de derecho continental expedidos durante este período, la estructura de la teoría sobre contratos descansaba sobre cuatro pilares básicos: el principio de la autonomía privada; el del consensualismo en las relaciones contrac-

tuales; el principio del *pacta sunt servanda* y, el principio de ejecución de buena fe de los contratos (Suescún Melo, 2003). No obstante lo anterior, pronto comenzaron a surgir diversas situaciones que fueron demostrando que la realidad de las cosas distaba mucho de los principios legalmente consagrados, sobre todo en lo que concierne a la libertad e igualdad entre partes, en otras palabras, se comenzaba a advertir que estos (principios) tenían una vigencia formal, más no efectiva (Stiglitz y Stiglitz, 1985).

Un nuevo orden mundial se aproximaba de la mano de nuevas doctrinas económicas, nuevos modelos de producción, nuevas necesidades que solventar y nuevos derechos que proteger.

3.2 La sociedad de masas y la masificación de las relaciones económicas

El primero de los grandes cambios que comenzaría a transformar la faz de nuestro planeta, tal y como la conocieron nuestros antepasados de los siglos liberales fue la explosión demográfica. Desde de los estertores del siglo XIX y hasta la fecha la población mundial ha incrementado de forma progresiva, continua y desbordada. El profesor Luis Roberto Wiesner (1986) explica, citando un texto de Jean Marie Domenech, como mientras en la edad media la población mundial sufrió una disminución (consecuencia de las grandes pestes), entre 1800 y 1900 se duplicó el número de habitantes de la tierra, y entre 1900 y 1932 la población del continente europeo ya se había incrementado nuevamente en un 65% más.

Las razones de este considerable aumento en la población son varias y de diversa índole, en su artículo el profesor Wiesner menciona entre otras: el crecimiento de las grandes ciudades originado a partir del constante flujo migratorio de población rural⁶, los avances médicos que

han permitido incrementar en forma notable la expectativa de vida de los seres humanos, el pensamiento político y la aparición del Estado-nación que originó que en algunos países no solo se tolerará, sino que se fomentará el aumento de la población mirado como elemento de poder e intimidación (Wiesner, 1986). Es innegable que todas estas afirmaciones son ciertas, pero, no menos cierto es también que el principal factor fue de tipo económico y fue sin duda el mejoramiento de los niveles de ingresos de los ciudadanos, que esta intrínsecamente relacionado con la aparición de los nuevos modelos de producción capitalista y al que ya nos referimos cuando hablamos sobre la revolución industrial. A partir de los cambios en la forma de producir bienes manufacturados el modelo de producción capitalista inicia su etapa de consolidación, y pasara de un capitalismo comercial (con base en el intercambio), como era hasta entonces, a un capitalismo industrial cuyo énfasis se encuentra centrado en la producción y en el ensanchamiento y expansión del mercado para satisfacer una demanda cada vez más grande. El corolario de todo lo anterior sería el desarrollo de los esquemas de producción en serie liderados por la línea de montaje de Ford en 1902.

Todos estas razones confluyen para la aparición de un nuevo tipo de sociedad, de la sociedad de personas hemos mutado a la llamada sociedad de masas. El concepto de "individuo" que tan alta estima había alcanzado en las épocas de la doctrina del individualismo liberal quedaba ahora relegado al de "masa", que en palabras de Philipp Lersch "es pura cantidad, una acumulación o conglomerado sin trabazón interna y sin forma externa; implica la homogeneidad de sus partes componentes o, cuando menos, la insignificancia de las diferencias que pudieran existir". El ser humano, si nos atenemos a las reflexiones de Erich Fromm (1980), ha sido influenciado por la trascendencia que sobre él ejerce la sociedad contemporánea, de forma tal que nos hemos refugiado en modelos de evasión a la libertad, evasión esta cuyo más visible síntoma se exterioriza a través de una creciente "estandarización" de los individuos. Es el hombre "masa" del que habla Ortega y Gasset, aquel que, como el protagonista del conocido cuento de Edgar Allan Poe, solo puede existir al abrigo de la multitud, pues, su alejamiento de ella significa su propia destrucción⁷.

⁶ El movimiento migratorio conocido como el éxodo rural europeo es uno de los temas claves de los estudiosos en economía, sociología y demografía. La mayoría coincide en que en el origen de dicho movimiento poblacional tuvo mucho que ver la creación del latifundio ganadero, donde grandes extensiones de tierra dedicadas a la explotación agrícola, fueron convertidas en tierras de forraje y pastoreo para ganado ovino y bovino, cuyos productos eran posteriormente explotados por fábricas manufactureras. Igualmente el desarrollo tecnológico que permitió ir sustituyendo mano de obra humana por procesos mecanizados. De manera que, los campesinos europeos que de improviso se vieron privados de sus fuentes de trabajo tuvieron que emprender la marcha hacia los centros urbanos en la búsqueda de ingresos para satisfacer sus necesidades. Otras causas pueden estar relacionadas con la escasez de servicios públicos (educación, salud, transporte, agua potable, etc.) de calidad en las áreas rurales, en contraste con el empuje que parece desprenderse de las ciudades. E. G. Ravenstein fue uno de los primeros que estudió estos movimientos en el siglo XIX y creó sus famosas leyes de la migración. Con posterioridad los estudiosos anglosajones han acuñado la frase "The Push-Pull Theory" o "Teoría de la Atracción

- Repulsión" para explicar en pocas palabras, los orígenes del éxodo campesino hacia los centros urbanos, como desplazamientos motivados por factores de rechazo en el medio rural y, contrario sensu, de atracción en el urbano (leer al respecto en Petersen, 1958).

⁷ El cuento de Allan Poe, se publicó por primera vez en 1840 bajo el título original en Inglés de "The Man of the Crowd". La narración comienza con una cita de Jean De La Bruyere traducida del francés: "Que gran desgracia la de no poder estar solo...".

Hoy en día estamos en presencia de una sociedad donde existe una imperiosa necesidad de agruparse, de cooperar en forma solidaria para que el crecimiento de la misma nos cobije, y beneficie a todos por igual, es la suma de nuestras individualidades la que nos ayudará a encontrar los fines y desarrollo de los sujetos (Vallespinos, 1984). Entonces, la masa humana se establece como un conjunto amorfo de personas, donde cada ser humano se integra armónica pero despersonalizadamente; la sociedad entonces está conformada por masas humanas, que no son más que una suma de personas no cualificadas (Ortega y Gasset, 1984). Nace así el concepto de la sociedad de masas, entendida no como un conjunto de personas, sino de masas, como lo anota el profesor Luis Díez-Picazo (1996):

...La figura de la sociedad de masas ha tratado de ser decantada por algunos escritores modernos. No basta el fenómeno externo de la aglomeración o de las multitudes para que se pueda hablar de “masas” y de “sociedades de masas”. De algún modo el hecho característico, aunque constituya una redundancia, es que la sociedad no es de personas, sino de masas. Las masas se piensan como conjuntos humanos en los cuales el hombre se integra como un ser anónimo y despersonalizado.

Esta sociedad masificada tiene como sus dos características principales la uniformidad y el anonimato. La uniformidad se refiere a una pretendida igualación de los individuos que conforman la masa, pues entendiendo que cada uno de ellos posee elementos distintivos que los identifican, existe un componente psicológico, el deseo de ser igual a los demás (Díez-Picazo, 1996), de estar de acuerdo con el estándar “normal”. De igual manera existe una creciente despersonalización de los individuos, quienes, una vez perdidos la mayoría de sus rasgos diferenciadores, se protegen a la sombra de lo anónimo, donde todos somos una incógnita más, una cifra más, un nombre más.

3.3 Sociedad de consumo, tráfico contractual masivo y nuevas formas contractuales

La masificación de la producción produjo a su vez un mayor crecimiento económico en términos absolutos, y en forma paralela aumento el poder adquisitivo de los habitantes de las ciudades, quienes, tenían más posibilidades de acceder al mercado, para adquirir mayor cantidad de bienes y servicios; de una oferta que también se mostraba en constante aumento debido a la producción en serie y a la reducción de costos que ella implicaba. Los ciudadanos podían entonces comprar más, consumir más. Según Díez-Picazo es este precisamente uno de los grandes incentivos para llegar a las grandes urbes: entrar en contacto con la denominada “sociedad de consumo”.

Para el reconocido autor español, el aumento en la cantidad de población favorece su concentración en las ciudades. Asimismo, hay mayores posibilidades para la gente de acceder a la participación en el mercado en su búsqueda por todo tipo de bienes (materiales, de subsistencia, de consumo, de ocio, etc.). Esto no puede ser efecto únicamente del aumento de habitantes, sino de un superior desarrollo económico, es más, aún sin tener en cuenta la mayor o menor efectividad en el acceso a los mercados de bienes y/o servicios, la aspiración igualitaria entre los miembros de la sociedad continúa avanzando de forma incontenible. Así, la modernidad se caracterizó desde sus inicios por el fenómeno del consumo, lo que generó un nuevo tipo de sociedad, la sociedad de consumo, pues claramente desde el comienzo se entendió este fenómeno como un modo activo de relacionarse (no sólo con los objetos, sino con la comunidad y con el mundo), un modo de actividad sistemática y de respuesta global en el cual se funda todo nuestro sistema cultural.

En este punto es necesario aclarar, siguiendo a Ghersi (2,005), que el consumo, ha existido desde el comienzo de los tiempos al igual que el verbo consumir, pero que con la modernidad nos estamos refiriendo a una concepción de *consumo* que va más allá del significado tradicionalmente aceptado; pues, como nos lo explica el distinguido tratadista argentino: “para nosotros, *consumo* es una *estructura*- como ubicación de un actor o agente social-, en relación con los recursos y las restricciones socioeconómica y jurídica, propia del sistema de economía capitalista, imprescindible para su existencia y reproducción, que ejerce sobre el individuo y su vida una presión que lo convierte a él y a la comunidad, en una forma muy especial, que ha dado en llamarse “sociedad de consumo”. Al referirnos entonces a esta, no debemos quedarnos solo en el mero aspecto del consumo (en sí mismo considerado) como actividad económica del ser humano, sino que debemos abarcar toda una organización, un *modus vivendi*, una cultura que ha privilegiado sus hábitos con base en los intereses privados de otros que producen.

El Derecho debía entonces enfrentarse a una nueva dinámica socio-económica, y esta vez, la metamorfosis del contexto era de naturaleza tal, que muchas de sus instituciones necesitaban de un nuevo marco jurídico para regular las nascentes cuestiones del nuevo sistema social. El ordenamiento jurídico de corte liberal se mostraba insuficiente para esta función, lo que provocó la esterilidad de muchos de sus principios, y “el desborde de varias de sus principales instituciones, entre ellas el contrato” (Vallespinos, 1984). Por un lado, el acelerado tráfico comercial masivo de bienes y servicios necesitaba de herramientas mucho más ágiles, rápidas y prácticas que el tradicional contrato liberal de contenido negociado (*gre a gre*); y por

el otro, la realidad económica se encargó de superar los tan mentados principios de libertad, igualdad y fraternidad, demostrando la fragilidad de los mismos y su ineficiencia en un mundo sesgado en gran medida por la desigualdad.

Las consecuencias de una legislación que abogaba por la igualdad jurídica, en un mundo que se movía bajo la premisa de la desigualdad económica, pronto se hicieron sentir. El famoso “orden espontáneo” del mercado rápidamente reveló efectos impensados: “el capital en su forma monopólica que se adueña del mercado e impone sus condiciones” (Wiesner, 1986), el ser humano, que confirmando los temores de Hobbes, manifiesta su verdadera naturaleza, su exagerado egoísmo y su desmedido afán de riqueza se muestran superiores a sus sentimientos de justicia, lo que nos conviene es para nosotros (por lo menos para la gran mayoría) más importante que lo que es justo. El acceso al mercado quedaba condicionado por las circunstancias económicas donde unos obtenían pingües beneficios, mientras otros a duras penas podían solventar sus necesidades más básicas. Además, la cadena de producción en serie favoreció el robustecimiento de la empresa como unidad funcional de explotación económica, y más tarde su entronización, si se nos permite la expresión, como centro del derecho mercantil, sustituyendo así la vieja teoría del acto de comercio.

De esta manera los esquemas de contratación tradicional fueron rápidamente sustituidos por las nuevas necesidades del mercado, surgiendo así nuevas formas de contratación, acordes a los modelos de producción en serie y que pudieran responder a sus exigencias. Era imperativo, para los empresarios, la creación de formulaciones contractuales que aceleraran el tráfico masivo de bienes y servicios que circulaba en el mercado y como respuesta a este problema surgieron los contratos de contenido predispuesto y su ejemplo propiamente dicho: el contrato por adhesión. El contrato tradicional tal vez podía servir para aquellos casos en los que se contrata esporádicamente, como cuando se trata de aquellos bienes o servicios que se comercializan sobre pedido, o como cuando estamos en presencia de prestaciones *intuitu personae*, como por ejemplo: cuando se contrata la elaboración de un inmueble bajo unas características singulares y personalizadas. Pero este contrato resulta insuficiente cuando hablamos de la contratación de aquellas prestaciones que hoy día se producen en forma masiva e indiscriminada.

Parece ser que el origen de los contratos por adhesión se dio en la actividad aseguradora y de transporte (Kessler, 1943), luego su uso comenzó a hacerse extensivo a otros sectores de la industria y el comercio, tales como los servicios públicos (energía, agua potable, telefonía, gas, etc.),

los bancos y entidades financieras, el comercio e incluso en las relaciones laborales. En su obra *Contratos con Cláusulas Predispuestas* (1987), el tratadista argentino Juan Carlos Rezzonico afirma que entre los principales factores que determinaron la aparición y el predominio de los contratos por adhesión y las condiciones generales de la contratación tenemos:

a-) Razones Económicas, debido a las consecuencias que el auge de los procesos de industrialización introdujo, a las que ya hemos hecho alusión en las líneas anteriores de este capítulo. La estandarización de los procesos de producción demandaba una solución jurídica del mismo tenor.

b-) Elementos Tecnológicos, a través de la automatización de la gestión empresarial.

c-) Factores Jurídicos, los Códigos, dice el jurista argentino, no contemplaban toda la realidad del proceso de producción, ya que su elaboración fue anterior a la generalización del maquinismo, por lo que se dio un aprovechamiento mediante la creación de cláusulas que adaptan el derecho dispositivo a las necesidades de la empresa.

d-) Antecedentes Sociológicos, que crearon un caldo propio para el desarrollo de las condiciones predispuestas ya que la vida masificada genera también respuestas masificadas.

Además de los contratos por adhesión, existe una nueva gama de relaciones contractuales cuyo nacimiento data de las últimas décadas del siglo XX pero que han alcanzado su madurez en estos primeros años del siglo XXI de la mano de un auge sin precedentes en su utilización. Dentro de este nuevo grupo de contratos destacan los Contratos Electrónicos, los Contratos de Consumo y los Contratos Conexos o Redes Contractuales (Lorenzetti, 2005).

La revolución informática generada a partir de la popularización del Internet y el cada vez más importante impacto de las nuevas tecnologías también produjo cambios en la forma tradicional de hacer negocios en lo que ha sido calificado por algunos como el advenimiento de una nueva era, la llamada posmodernidad o era tecnológica. Los contratos electrónicos se hacen notar debido principalmente a que con su aparición se plantearon problemas jurídicos inéditos hasta entonces para el derecho (Vattier Fuenzalida, 1999), y también por la relación indudable que surge entre esta figura y los efectos económicos de los procesos de integración de mercados que se advierten con las tendencias de libre comercio que siguen la mayoría de Estados a nivel mundial. No menos importante es el hecho que, como dice la Dra. Ana Piaggi, exrepre-

sentante de la Argentina ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI/ UNCITRAL), en términos políticos “el más importante impacto de las nuevas tecnologías no se apoya sólo en las recientes habilidades para intercambiar o manipular información; lo verdaderamente sustancial es que, potencialmente, otorgan poder a cualquiera que esté suficientemente interesado en cualquier tema, como para comunicarlo e interactuar eficazmente.

Las transacciones comerciales por medios electrónicos crecen a pasos agigantados, bastante populares en los países desarrollados desde hace más o menos 10 años, representan un gran ahorro para muchas empresas en términos de comunicación, entrega y logística y en estudios publicados en años anteriores por UNCITRAL se calcula que el crecimiento de este tipo de negocios crece aproximadamente a un ritmo de 45% anualmente (ONU, 2004).

La contratación por medios electrónicos suelen denominarse genéricamente con el nombre de e-commerce, y este término puede entenderse tanto desde una perspectiva amplia como desde una más restringida. En la primera de estas interpretaciones son todos aquellos contratos que se celebran por medios electrónicos o telemáticos. Mientras que en un sentido más estricto serían solo “aquellos contratos que se celebran mediante EDI, esto es, la transmisión electrónica de datos de ordenador a ordenador” (Brizzio, 2002). La Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de 1996 define al EDI como: “La transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al respecto. Los formatos EDI incluyen entonces varios tipos de comunicación electrónica entre los que se encuentran: video-textos, compras por teléfono, e-mails, compras on-line, transferencias electrónicas de fondos, etc.

La imparable popularidad del e-commerce originó preguntas sobre la fundamentación jurídica de esta clase de contratación, en particular las relacionadas con la adecuada identificación de las partes contratantes (firma) y la expresión de su voluntad al celebrar el contrato. Con respecto a la firma es innegable que el concepto hoy día exhibe una amplitud muchísimo mayor a la que tenía unos 100 años atrás, la Ley Modelo de Uncitral sobre Contratación Electrónica dice por ejemplo sobre el sustantivo firma: “Cabe observar que, junto con la firma tradicional, existen varios tipos de procedimientos (estampillado, perforado, firma digital) que caben dentro del mismo (ONU, 2004).

En realidad con relación al tema que nos ocupa, el punto crítico ya no tiene que ver con aceptación o no de los procesos tecnológicos utilizados, está claro hoy día que

su uso es cada vez más generalizado y que a largo plazo son irremplazables; el quid de la cuestión tiene mucho que ver con la confiabilidad con la que se realizan dichos procesos. En las acertadas palabras del profesor mexicano Guerra Balic (2009): “el problema de la identificación, o de la imputación de una declaración al sujeto adecuado, puede considerarse en la actualidad como algo superado. En efecto, las modernas técnicas informáticas permiten la utilización de un gran número de controles. Por ejemplo, las tarjetas magnéticas, los códigos secretos, las firmas digitales e inclusive la identificación dactilar”.

Es interesante anotar que en la práctica cotidiana del e-commerce lo que se está viendo es la generalización de contratos de contenidos predispuesto o contratos por adhesión a los que los clientes tienen que suscribirse, con la diferencia de que dichos formularios se ofrecen en formato on-line, por lo que el interesado debe expresar su consentimiento (take it or leave it) por medios electrónicos. Tanto es así que hoy día muchas de las relaciones contractuales que se hacen por Internet se perfeccionan por medio de un click, y en los Estados Unidos la Corte de California se pronunció sobre los alcances jurídicos de los denominados *click-wrap agreements* o *point-and-click agreements*, verdaderos contratos de contenido predispuesto en los que el usuario manifiesta su aceptación adhesiva mediante la pulsación de un botón (Brizzio, 2002). En la discusión del caso planteado en la demanda Hotmail Corporation Vs. Van Money Pie Inc., et al de 1998, los apoderados de la empresa de correos electrónicos argumentaron que la demandada violó las condiciones generales de la contratación pues utilizó indebidamente su servicio de correo electrónico mediante el envío masivo de correo basura (spam), y sostuvo que aquella se había obligado a respetarlas (las condiciones) al aceptar on-line durante la creación de su cuenta. El tribunal entendió que el usuario queda vinculado por las condiciones generales resultantes de los Terms Of Service (Condiciones de Uso) al pulsar el botón *i agree* (Aceptar), luego de haber tenido la oportunidad de leerlos.

Conclusiones

1- La aparición del contrato introdujo notables modificaciones a la forma como se realizaban las relaciones de intercambio entre los sujetos. Hasta antes de su aparición estas relaciones estaban basadas en cuestiones derivadas del estatus de los individuos. Aristóteles al parecer fue el primero en referirse a las relaciones conmutativas (sinalagma) y este concepto prevalecería durante todo el período pre románico y hasta incluso buena parte de la evolución del derecho romano.

2- Roma no tuvo una verdadera teoría del contrato, el estudio de la figura en el derecho de la península se limi-

tó a una serie de acercamientos elaborados por los juriconsultos romanos (principalmente los de la era del *jus quiritarium*) entre los que destacan nociones más bien primitivas de contrato, pacto y convención; estos conceptos no estaban lo suficientemente bien diferenciados unos y otros lo que al estudiarlos puede generar equívocos. Lo que si proviene de Roma, en cambio, es la cuestión del acuerdo de voluntades como primer paso necesario para la formación de un contrato, si bien el excesivo ritualismo de los romanos no permitía que el solo acuerdo produjera obligaciones jurídicas por sí mismo. Fue a partir de las aportaciones del derecho canónico y de la escuela del derecho natural que el obligatorio cumplimiento de lo acordado se convirtió en obligación, conllevando a una inversión de la regla tradicional romana donde lo consensual era la excepción para pasar a convertirse en la regla general.

3-. Los cambios económicos que se iniciaron con la llegada de la máquina de vapor y la revolución industrial, al igual que el aumento de los ingresos de gran parte de la población europea debido al flujo de capitales provenientes de la explotación económica de las colonias americanas, originaron un nuevo modelo de economía basado ya no en la subsistencia sino en la acumulación de capitales y la producción a mayor escala. Los movimientos económicos del mercantilismo y la fisiocracia abonaron el terreno para lo que será el nuevo paradigma en materia económica: las teorías liberales que tienen en Adam Smith a su principal adalid y que partiendo de la libre interacción de las fuerzas del mercado y la exclusión de la intervención estatal en los asuntos económicos garantizaban el escenario ideal en el cual los hombres actuando egoístamente en la búsqueda de su propio bienestar ayudaban en forma proporcional a generar bienestar colectivo.

4-. Las innovaciones teóricas de Smith influenciaron gran parte de la filosofía y la política europea en los siglos XVIII y XIX permitiendo que a su sombra germinaran las ideas del individualismo liberal, una concepción filosófica que consideraba al ser humano como el centro del universo alrededor del cual debían girar todas las relaciones económicas, se instauró así el reinado del consentimiento y la voluntad privada como principales factores generadores de las obligaciones. El estallido de la revolución francesa terminaría finalmente por imponer los esquemas individualistas sobre la base de la igualdad de las relaciones jurídicas entre los individuos y el contrato alcanzaba así la cúspide de los intercambios económicos, pues nada más justo que entre iguales se establecieran las obligaciones partiendo de la mutua aceptación de lo estipulado en el documento contractual. El dogma de la autonomía de la

voluntad adquiriría un lugar preponderante en las relaciones jurídicas y así quedaría estipulado en la era del afán codificador que impone la idea del contrato libremente negociado, un contrato que en cuanto tiene su origen en la autodeterminación de las partes no puede producir resultados diferentes a lo que ha sido “querido” por dicha voluntad.

5-. El decaimiento de las teorías que defienden la autonomía de la voluntad fue notorio cuando se hizo ostensible que los fundamentos que inspiraron su adopción en los códigos de derecho privado alrededor del mundo eran en realidad incompatibles con la realidad socioeconómica que en la que se vivía. Las diferencias de toda índole entre los individuos, pero, muy especialmente las del ámbito económico impedían que el idealismo sobre el que había sido consagrado el postulado de “quien dice contractual dice justo” pudiera verse revalidado en la práctica. Muy por el contrario, pronto se patentizó la dominación de un contratante quien se beneficiaba de su mayor poderío económico para imponer a su contraparte condiciones contractuales que redundaban únicamente en beneficio del primero, ante las cuales resultaba claro que la tan defendida igualdad no pasaba de ser un discurso ideológico incoherente con lo que mostraba el mercado.

6-. Como corolario de lo anterior el nacimiento de la economía de masas y la sociedad de consumo finalmente exigió la evolución de las formas contractuales tradicionales hacia nuevos horizontes que a partir de una flexibilización de los principios tradicionales del derecho de contratos permitieran el nacimiento de nuevos formatos de contratación, caracterizados por la respuesta a una creciente demanda masiva que requería también de soluciones jurídicas masivas. Se impusieron así los contratos de contenido predispuesto que nacieron de la mano de negocios tales como los seguros y el transporte y que pronto extendieron su influjo a casi todas las áreas de la actividad económica. Estos contratos a partir de un proceso de estandarización de sus contenidos, de la rigidez de sus clausulados y de la eliminación de las tratativas negociales, permitían un predominio de la posición de la empresa como sujeto principal de las relaciones de consumo y de manera análoga respondían con rapidez a las necesidades del comercio moderno, incapaz de detenerse a regular en forma individual los caracteres identificadores de cada relación contractual. Ahora bien la generalización de este tipo de contratos implica en la realidad social una seria disminución de la esfera de autonomía individual para el contratante débil que por lo general se encuentra ante la necesidad de adquirir los bienes o servicios comercializados por los empresarios.



Referencias

- Atiyah, P.S., *An Introduction to the Law of Contract y Essays on Contract*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1988.
- Borda, G. *Manual de Contratos*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Brizzio, C. (2002) *Contratos Informáticos y Contratos por Medios Informáticos*, En *Instituciones de Derecho Privado: Contratación Contemporánea*, Ed. Temis, Bogotá.
- Colin, A. & Capitant, H. (1965) *Curso Elemental de Derecho Civil*, Ed. Reus, Madrid, 1965, Tomo III.
- Darcy Bessone, A. (1959). *Aspectos de la Evolución de la Teoría del Contrato*, Ed. Saraiva, Sao Paulo.
- Demogue, R. (1923) *Tratado General de las Obligaciones*, Librería A. Rousseau, París.
- Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 1 Introducción-Teoría del Contrato, 5ta Ed. Civitas, Madrid.
- Diez-Picazo, L. & Gullón, A. (1984) *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 1, Ed. Tecnos, Madrid.
- Fernández Sessarego, C. (2001) *El Supuesto de la Denominada "Autonomía de la Voluntad" en Instituciones de Derecho Privado -Contratación Contemporánea-*, Tomo I, Ed. Temis, Bogotá.
- Fromm, E. (1980) *El Miedo a la Libertad*. Plaza y Janes, Barcelona.
- Ghersi, C. (2005) *Contratos de Consumo*, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- Ghestin, J. (1988) *Traite de Droit Civil*, Tomo II, Les Obligations. Le Contract, 2da. Ed. LJDJ, Paris.
- Hill, C. (1980) *De la Reforma a la Revolución Industrial*, Ed. Ariel, Barcelona, 1980.
- Landreth, H. y Colander, D. (2006) *Historia del Pensamiento Económico*. Ed. McGraw-Hill, Madrid.
- Lorenzetti, R. *Contratos*, (2001) Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- Lucas, R. (2002) *Lectures on Economic Growth*. Harvard University Press.
- Mosset Iturraspe, J. (1994) *Interpretación Económica de los Contratos*. Justicia Contractual, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires.
- Ourliac, P. & Malafosse, J. (1960) *Derecho Romano y Francés Histórico*, Trad. Manuel Fairén, Ed. Bosch, Barcelona, Tomo I.
- Petit, E. (1968). *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ed. Albatros, Buenos Aires.
- Rezzonico, J. (1987) *Contratos con Cláusulas Predispuestas*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987.
- Santos Briz, J. (1963) *Derecho Económico y Derecho Civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- Silva Ruiz, P. (2001) *Contratos de Adhesión y Condiciones Contractuales Generales*, en *Instituciones de Derecho Privado -Contratación Contemporánea*, Comp. Atilio Alterini, Ed. Temis, Bogotá.
- Smith, A. (1991) *La Riqueza de las Naciones*. Tomo II, Ed. Biblioteca Orbis de Economía Política, Madrid.
- Stiglitz, R. & Stiglitz, G., (1985) *Contratos de Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*, Ed. Depalma, Bs. As.
- Soto Coaguila, C. (2005). *Transformación Del Derecho de Contratos*, Ed. Jurídica Grijley, Lima.
- Suescun Melo, J. (2003) *Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, Ed. Legis, Bogotá, 2da. Edición.
- Tunnies, F., Citado por Puig Brutau, J. (1978). *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, 2da. Edición, Bosch, Barcelona.
- Vallespinos, C. (1984) *El Contrato Por Adhesión a Condiciones Generales*, Ed. Universidad, Buenos Aires.
- Vallet De Goytisolo, J. (1969) *Sociedad de Masas y Derecho*, Ed. Taurus S.A., Madrid.