

## El contrato como cosa\*

Arthur Allen Leff\*\*

En una gran cantidad de transacciones de consumo existe el intercambio de papeles.<sup>1</sup> El contenido y alcance de estos papeles varía enormemente, desde la mera identificación de bienes y precios hasta los complejÍsimos contratos de venta al por menor, en cuotas. Muchos de estos papeles contienen informaci3n extremadamente importante, particularmente en lo que respecta a la calidad de los bienes, los deberes y los recursos disponibles para las partes.<sup>2</sup> Por lo que esos papeles ser3n el objeto de este escrito.

Mi objetivo, aunque poco modesto, es bastante restringido. Si bien la respuesta jurÍdica actual frente a estos papeles es confusa, no pretendo sugerir ninguna soluci3n. Al contrario, intentaré demostrar que esta confusi3n actual surge de la manera en que concebimos a estos “contratos”, y propondré una nueva forma de concebirlos, un nuevo marco metaf3rico para concebir a los “contratos” de transacciones de consumo.

---

\* TÍtulo original “*Contract as things*” publicado en *The American University Law Review*, Vol. 2, Marzo 1970, pp. 131-157. Traducido al espa3ol por Paula M. Arturo, Abogada (Universidad de Palermo).

\*\* Profesor de Derecho, Universidad de Yale.

<sup>1</sup> Seguramente, no en base a todos, pero en base al menos a un criterio, las transacciones individuales son la transacci3n de consumo m3s corriente que se genera en situaciones de venta libre o de g3ndola, al contado y sin intercambio de papel. Pero las transacciones con intercambio de papel definitivamente forman una parte material del mercado de consumo, especialmente si se incluyen las transacciones con recibo de ventas.

<sup>2</sup> Es raro encontrar encuestas de los contenidos “tÍpicos” de estos formularios con un an3lisis del tipo de cl3usulas que se suelen encontrar. Tengo en mi poder un estudio realizado en mayo de 1969 sobre las 50 respuestas recibidas a 200 formularios enviados -en forma m3s o menos aleatoria- a 200 comerciantes, en tres ciudades. Este ensayo, elaborado por John Sibley de la promoci3n de 1969 de Yale Law School incluye un an3lisis y tabulaci3n de este tipo y, con todo gusto, enviaré una copia a cualquiera que la solicite.

## I. Clasificación y metáfora

Para arribar a esta nueva concepción (y explicar la importancia crítica de aquellas comillas en la frase precedente), será necesario describir cómo arribamos a nuestra concepción actual. A su vez, para arribar allí, primero deberemos hacer una excursión por las tierras áridas de la clasificación jurídica, un viaje que –al igual que un recorrido de 14 días por Europa– puede resultar superficial y tedioso al mismo tiempo. El punto de partida es, en realidad, una pregunta: ¿por qué una persona (aún protegida por los baluartes de las comillas) clasificaría a esos papeles que son intercambiados por las partes como “contratos”? Referirse a una cosa como contrato implica su clasificación jurídica. Consta de dar un primer paso hacia lo que suele denominarse razonamiento jurídico (que a su vez, muchas veces se confunde con lógica jurídica).<sup>3</sup> Es hacer una movida en la jugada mental que, para esclarecer un ápice de distinciones, se puede resumir así: como no puedo tratar a esta cosa eficientemente como algo *sui generis*, la asocio con otra cosa o conjunto de cosas para tratarla de forma no tan individual.

Como debería señalar la crudeza y falta de especificidad de la frase anterior, la clasificación, sea o no jurídica, es un tanto engorrosa. Como dijo alguna vez G.E. Moore: “Todo es lo que es y no es otra cosa”.<sup>4</sup> Dicho de otra manera, no se puede simplificar la labor de clasificar aunando cosas idénticas. Las cosas nunca son idénticas. La identidad (aquella hija mimada de los lógicos) no es más que una construcción intelectual: una cosa idéntica a otra es algo que podría ser otra cosa pero no lo es. Todo esto es muy claro. Todo esto es, de hecho, sumamente trivial.

Lo que no siempre es tan claro, ni trivial desde un punto de vista práctico, es el efecto que esta irrealidad de la identidad ha tenido sobre las clases creadas por el proceso. Lo que esto significa, en realidad, es que no existe una clase exhaustivamente homogénea. Decir que X es miembro de la especie Y es lo mismo que decir que existe una forma de concebir y discutir X en la que se acentúa su cualidad de Y. Existe, para decirlo en términos más elegantes, un “parecido de familia” entre X y las características que ya se encuentran “en” Y.<sup>5</sup> Esto *no* significa que X sea idéntico a algún miembro

---

<sup>3</sup> Véase, O.C. Jensen, *The Nature Of Legal Argument*, 1957, pp. 9-16. Para una notable discusión de estos procesos que es mucho más ilustre que mi versión truncada.

<sup>4</sup> G.E. Moore, *Principia Ethica*, 1a edición de bolsillo, 1960. El comentario figura en la página opuesta a la del título y se atribuye a Bishop Butler.

<sup>5</sup> Véase, L. Wittgenstein. *Philosophical Investigation*, pp. 65-67, Trad. G. Anscombe, 1967.

en particular de la clase Y, porque  $Y_1$  no es idéntico a  $Y_2$  ni a  $Y_3$  ni a ningún otro miembro individual de la clase Y. Toda decisión en la clasificación es, en lo que respecta a la clase en su totalidad, una elección entre diferentes metáforas. X es *similar* a  $Y_1, Y_2, Y_3 \dots Y_n$ <sup>6</sup> de la misma forma en que  $Y_1$  es similar a  $Y_2, Y_3, Y_4 \dots Y_n$ . Entonces, aún si existiera una similitud aunque sea mínima, es decir, un parecido de familia discernible sobre el cual basarse al decidir sobre una clasificación, ni siquiera estas familias felices se parecen. En cuanto dejamos de concentrarnos en el elemento común sobre el cual hemos basado nuestra clasificación y ponemos nuestra atención sobre otro elemento que previamente habíamos ignorado, nuestra clasificación se desmorona. Al menos, debería desmoronarse.

Por supuesto, dentro de las clasificaciones jurídicas, es muy raro clasificar en base a una única similitud, especialmente cuando la clasificación se realiza con el nivel de generalidad que implica la decisión *contrato - no contrato*. Pero el número de criterios clasificatorios que podemos utilizar tiene límites muy definidos. Imaginemos que estamos clasificando insectos. El criterio de clasificación puede basarse en la cantidad de patas; p.ej., los insectos con más de seis patas por un lado y los de menos de seis patas por el otro. Tendremos, entonces, solo dos clases. Si agregamos otro criterio al proceso, insectos negros por un lado e insectos de colores por el otro, obtendremos cuatro clases: (1) negros con 6 patas o menos, (2) negros con más de 6 patas, (3) no negros con 6 patas o menos, (4) no negros con más de 6 patas. Si elegimos tres criterios obtendremos ocho subclases,<sup>7</sup> con cuatro obtendremos 16, con cinco obtendremos 32 y con diez obtendremos 1024.<sup>8</sup> En resumidas cuentas, las cosas se nos pueden escapar rápidamente de las manos cuando intentamos hilar demasiado fino con la clasificación. Por lo tanto, la lógica práctica dicta clasificar los fenómenos en categorías relativamente amplias, es decir, crear grupos en base a parecidos de familia relativamente reducidos.<sup>9</sup>

De esto se desprende que la mayoría de las familias clasificatorias más comunes tienen muchas características que varían de un miembro a otro. Uno

<sup>6</sup> Esto no *necesariamente* es cierto en otros contextos. Aquél que ha dicho sobre su amada que es "Roja como un rosa", no tiene que preocuparse por las espinas ni acordarse de darle agua o cuidar de ella regularmente (excepto, tal vez, en lo que respecta a otras posibles metáforas).

<sup>7</sup> ABC, ABC, ABC, ABC, ABC, ABC, ABC, ABC.

<sup>8</sup> La fórmula es bastante simple: clasificar a los sujetos con respecto a n criterios en pares mutuamente exclusivos y excluyentes que resultarán en  $2^n$  clases.

<sup>9</sup> Aquí debo agregar, sin entrar en ningún tipo de complicación respecto de cómo "realmente funciona" la mente, que las personas suelen clasificar mucho más rápido de lo que ellas o yo podemos explicar.

puede clasificar correctamente en base a la nariz y las orejas, y hasta en base a la forma de los ojos o el alto de las cejas, pero puede variar la estructura de los pómulos y la forma de los dientes. En muchos casos, esto no cambia nada. Las clasificaciones muy toscas suelen alcanzar para fines igual de toscos; si deseamos tener una colección de arañas y otra de insectos y deseamos separar los ejemplares que juntamos por día, alcanza con contar la cantidad de patas.<sup>10</sup>

Pero, ¿con qué fin haríamos esto? ¿Por qué tanta molestia? ¿Para qué clasificar? Para promover la eficiencia intelectual y operativa.<sup>11</sup> Imagínese un montón de bultos extraídos de una mina de carbón. ¿Cómo separamos los bultos? Bueno, si lo que nos interesa es obtener calor, separamos el carbón (es decir, aquello que es combustible) de las piedras (que no lo son). Si nos interesa su aptitud para diferentes tipos de hornos, separaremos los bultos en base al tamaño. Si el producto combustible final resulta esencial para nuestros fines, podemos separar el carbón en base a su contenido de azufre. Si lo que queremos es tomar una fotografía artística, separaremos los bultos en base al color y el tamaño. Finalmente, si simplemente estamos reuniendo lastre para un buque, probablemente los bultos nos resulten “iguales”. Esto es suponiendo que no existen dos cosas idénticas, algunas cosas *son* (según determinados criterios) *similares* a otras cosas. Suponiendo además que las cosas similares deben tratarse de forma similar,<sup>12</sup> al identificar esas similitudes se hace posible la generación de normas, es decir, de enunciados sobre el comportamiento (intelectual o práctico) con respecto a conjuntos con más de un elemento. Una vez que hay –se enuncia, percibe o siente– una finalidad intencional y uno o más criterios clasificatorios asociables (donde la causación empírica suele ser la asociación más comúnmente utilizada), la clasificación se torna “útil” para *ese fin*.

---

<sup>10</sup> Si tenemos que recoger del aeropuerto a Morris, el hijo de Fanny Schwartz, a quien nunca hemos visto, alcanzaría con una descripción de sus ojos, orejas, nariz y pelo para reconocerlo. De hecho, podría alcanzar con la mera descripción de su nariz, según qué nariz y en qué aeropuerto estamos. Cf. L Wittgenstein, *supra* nota 5, p. 71.

<sup>11</sup> En realidad, esta respuesta utilitaria cuenta solo una parte de la historia. Sospecho que la mayoría de las personas clasifican por el mismo motivo que los tigres cazan y que la mayoría de los animales copulan, es decir, *no* solo con el fin de comer y procrear, respectivamente. Al evaluar el poder de la finalidad, es terriblemente incorrecto ignorar la forma en la que se arriba a ella.

<sup>12</sup> A nivel operativo, esta suposición puede ser sometida a una prueba empírica: si se trata de forma similar a A y B y se obtiene así el mismo resultado X tanto para A como para B, entonces (en ese sentido) A es similar a B; es decir, se habrá alcanzado una clasificación “correcta”. No obstante, el vocablo “deben” en el texto no debería entenderse como una “obligación” ética. Como tal, no es más que una mera presunción, muy difícil de sostener.

Ahora este proceso, que parece muy simple (especialmente cuando se utilizan ejemplos sumamente fáciles para ilustrarlo), muchas veces es tan complejo que se termina tornando casi misterioso. Ni los propósitos ni las materias primas son tan simples; pensemos en todas las personas o en todas las mujeres que hemos conocido en nuestras vidas. El gran poder del proceso clasificatorio radica en el hecho de que los criterios identificativos para la pertenencia a una clase suelen diferenciarse de aquella finalidad intencional a la cual responde la clasificación, al mismo tiempo que resultan más simples de utilizar. En el ejemplo del carbón, la finalidad intencional podría ser la combustión, pero el criterio de reconocimiento sería, en principio (y en la mayoría de los casos), predominantemente sensorial. Es decir, sabemos qué *aspecto* físico tiene el carbón, entonces para saber si ese bulto servirá de combustible simplemente tenemos que mirarlo, sin necesidad de encenderlo.

Además, cuando se agrupa a los individuos en clases muchas veces obtenemos un bono adicional. A partir de esta segregación (ya sea física o conceptual), se van percibiendo, por primera vez, similitudes, cuya clasificación es aún más eficaz que la de los criterios sobre los cuales originalmente se había basado la clase. Volvamos a los bultos de carbón. Digamos que la finalidad de su clasificación era separar el carbón con alto contenido de azufre del que tiene bajo contenido. Supongamos también que existe un químico reactivo que, al ser frotado contra la superficie de cualquier elemento que contenga azufre, se torna efervescente. Esta prueba es cara, pero sus resultados son exactos. Entonces frotamos, escuchamos, separamos y terminamos con dos pilones. Al hacerlo, notamos que el pilón con más azufre tiene un color más claro que el otro.

Luego de hacer varias pruebas para corroborar que no se trate de un error, nos damos cuenta que hemos descubierto una forma de agrupación nueva e inesperada para futuras clasificaciones, basada en el color y contenido de contaminantes de óxido de azufre, que, de hecho, se presta para técnicas de clasificación superiores (por ejemplo, mediante colorímetro automático) a la del reactivo efervescente. La clasificación misma ha desembocado en un criterio clasificatorio diferente (y superior). Al mismo tiempo que ha eliminado la necesidad de usar el criterio original (reactivo efervescente). Dicho de otro modo, muchas veces uno descubre, sin conocer ni comprender, necesariamente, los mecanismos asociativos comprometidos, que los objetos con una característica en común suelen tener también otras características en común, y esas otras características

resultan más prácticas que la primera para la identificación de criterios.<sup>13</sup>

Así, la clasificación es un mecanismo intelectual potente para la identificación eficaz de cosas no idénticas y conceptos que pueden tratarse, para ciertos fines, como si fueran idénticos. Asimismo, al igual que la mayoría de los mecanismos intelectuales, es también altamente peligrosa. Debido, en primer lugar, a que la relación entre los criterios identificativos y la finalidad de la clasificación puede ser, lisa y llanamente, incorrecta. Después de todo, esa relación suele ser meramente empírica, lo que implica (en lo que respecta a las clases) que también es estadística, y las observaciones empíricas y generalizaciones estadísticas muchas veces resultan ser erróneas. Esto, por supuesto, es aplicable tanto al criterio identificativo original como a las correlaciones posteriores que se tornan evidentes entre los miembros de una misma clase una vez realizada la clasificación.

En segundo lugar, aún si nuestras observaciones empíricas son más o menos correctas, el correlato entre el criterio identificativo y la finalidad puede ser menos preciso que otros pasados o posibles. En el ejemplo del carbón, el color puede servir para identificar el contenido de azufre con una precisión del 90%; mientras que el reactivo efervescente puede hacerlo con una precisión del 99%.

En tercer lugar, en estrecha relación con el error correlativo, está el problema de la homogenización de la clase artificial. Nótese que esta homogenización es uno de los principales fines de la clasificación como mecanismo intelectual. Uno trata de ignorar las diferencias. Pero, una vez identificadas, parece haber una tendencia a ignorarlas aún cuando resultan relevantes para nuestros fines. Se trata de una clasificación simplemente torpe, pero no deja de ser un desliz muy tentador. Una vez que hemos identificado, y principalmente, nombrado a un miembro de una clase, es fácil tratar a ese miembro individual no como si fuera un miembro perteneciente a una clase, sino como a una suerte de compuesto promedio de las características de los miembros de esa clase; es decir, para todos los efectos, como si no fuera un miembro individual. Si, por ejemplo, uno clasificara los automóviles como exentos de embargo (sobre la base de que es positivo que los deudores retengan su medio de transporte) uno también podría clasificar un automóvil antiguo no funcional como exento. Al haber utilizado un criterio identificativo estructural y visual para una

---

<sup>13</sup> Puede ser útil, por supuesto, realizar un modelo del mecanismo por el cual surgió el correlato estadístico a fin de evaluar su validez. Saber qué gira en torno a qué y desde qué dirección sirve para aumentar nuestra seguridad acerca de la dirección desde la cual "saldrá" el sol mañana.

identificación aproximada del propósito cinético, resulta fácil perder de vista su fin último.<sup>14</sup>

Por último, nos enfrentamos al hecho discernible de que algunos criterios identificativos tienden a abrumar a los demás en la determinación de los criterios de inclusión y exclusión, aún cuando no sean los únicos criterios para esa clasificación en particular. Dicho de otro modo, el fin último de una clasificación A en particular puede correlacionarse muy bien con la confluencia de un criterio identificativo “x”, “y” y “z”. De hecho, también puede haber alguna correlación entre “x”, “y” y “z”, p.ej., si tanto “x”, “y” o “z” estuvieran presentes, las otras dos seguramente no lo estarían. Pero la correlación entre el fin último de la clase A y “x”, “y” y “z” de forma aislada puede ser menor, y hasta arbitraria, y seguramente menor que la correlación entre el fin último de A y “x”, “y” y “z” juntas. Esta situación está colmada por la amenaza de un aborto intelectual. Pareciera ser que cuando se realiza una clasificación con arreglo a fines en base a la confluencia de varios criterios identificativos, hay una tendencia a no basarse en la totalidad para la toma de decisiones clasificatorias, aunque la sensación de seguridad (es decir, la sensación de precisión correlativa) esté basada en la totalidad de ellos. Además, un criterio identificativo único al cual se recurre menos que a los demás, no necesariamente es aquél que singularmente se correlaciona mejor con el propósito de la clasificación.

No podré, por supuesto, probar estas tendencias ya que, después de todo, son solo generalizaciones empíricas (esta vez sobre los patrones del pensamiento) y demandan evidencia empírica con la que, sinceramente, no cuento. Pero ofreceré al menos un tosco pilón de pruebas: la historia del intercambiado de roles entre las partes en una interacción de consumo, como es el “contrato” de transacción de consumo.

## II. El contrato como contrato

¿Qué pertenece a la clasificación de “contrato”? La definición “oficial” nos da alguna pauta de lo difícil que es responder a esa pregunta con impresionante circularidad. Un contrato es “una promesa, o un conjunto de promesas, cuyo

---

<sup>14</sup> Esta decisión podría, por supuesto, realizarse de forma racional. Se podría, p.ej., dejar pasar algunos bultos de carbón sin azufre si la prueba alternativa y más precisa generara un aumento en el precio del carbón igual al doble del precio actual. El punto aquí no es que cada desliz es un error, sino que solo algunos lo son.

incumplimiento es compensado por ley...”.<sup>15</sup> Al formularse generalmente de esta manera, la pregunta desafía las respuestas menos humildes.

Muchas cosas son contratos o al menos, muchas cosas han, circunstancial y actualmente, sido sujetas a los principios que rige el derecho contractual. Pero como toda clasificación, la de “contrato” tiene un elemento intencional. Es poco probable que a uno se le pueda ocurrir una intención; pero, un grupo compacto tampoco es mucho pedir. Siguiendo al Profesor Kessler en lo que respecta a este tema (y para agregar a su resumen admirable e increíblemente compacto), en el derecho anglosajón, la categoría de “contrato” fue desarrollada con el fin de segregar –y tratar de forma particular y predecible– las transacciones entre personas de voluntad autónoma, en emprendimientos autónomos y dentro de un sistema económico autónomo.<sup>16</sup> Debido a este “fin” relativamente turbio, fueron surgiendo criterios de identificación de clases que, cuando contaban con suficiente confluencia, hacían que las cosas se vieran más contractuosas\*.

Estos criterios de identificación constituyen, por supuesto, grandes distinciones entre posibilidades alternativas.<sup>17</sup> Primero, porque los contratos parecen ser especies de comportamientos interpersonales (en vez de interacciones entre las personas y las cosas).<sup>18</sup> Segundo, porque el comportamiento interpersonal necesario para el contrato es más o menos comunicativo<sup>19</sup> (en vez de ser directamente efectivo, como lo sería un golpe a la cara).<sup>20</sup> Además, para tornarse contractuosa, la comunicación debe

<sup>15</sup> *Restatement Of Contracts* 1932, § 1.; *Restatement (Second) Of Contracts*, 1964, § 1, Tent. Draft No. 1.

<sup>16</sup> Véase, Kessler, “Contracts of Adhesion - Some Thoughts About Freedom of Contract”, en *Colum. L. Rev.*, 43, 1943, p. 629-31.

\* [N. del T.] Si bien somos conscientes de que la palabra “contractuosa” no existe en español, hemos querido respetar el juego de palabras original del autor en su versión en inglés donde utiliza el término, también inexistente, “contracty”.

<sup>17</sup> Pueden establecerse como distinciones del tipo A-A, pero en realidad cada una constituye una disminución incremental, más sutil sobre el original; así son más bien del tipo A<sub>1</sub>, A<sub>2</sub>, A<sub>3</sub>... A<sub>3</sub>, A<sub>2</sub>, A<sub>1</sub>, que del tipo A-A en casi todos los contextos cotidianos.

<sup>18</sup> Nótese, igualmente la posibilidad de inferir una auténtica promesa a partir de ciertas actividades hacia las no-personas, p.ej., mediante la aceptación de bienes con pleno conocimiento de que no se trata de un regalo. Véase, los casos ejemplares *Day v. Caton*, 119 Mass. 513 (1876), *Austin v. Burge*. 156 Mo. App. 286. 137 S.W. 618 (1911) y *Louisville Tin & Stove Co. v. Lay*, 251 Ky. 584, 65 S.W.2d 1002 (1933) en L. Fuller & R. Braucher. *Basic Contract Law* 1964, pp. 365-68.

<sup>19</sup> Pero consideremos toda la controversia objetiva-subjetiva relativa al contrato. Véase, A. Corbin, *Corbin on Contracts*, I, 1963 § 9.

<sup>20</sup> Por supuesto, como toda “acción”, también es, en parte, comunicativa. Podemos imaginar incontables situaciones en las que esto significaría, entre otras cosas, “Rechazo su oferta”.

expresarse en el futuro, teniendo en cuenta, hasta cierto punto, la función del orador en ese futuro.<sup>21</sup> Así, la negociación y el comercio comienzan a tener más forma de contrato y menos de favor, a medida que continúa la presión de distinguir entre transacciones comerciales y regalos.<sup>22</sup> Luego sigue la naturaleza limitada del contrato. Las relaciones ilimitadas a largo plazo, que bordean lo contractual, como aquella entre cónyuges y padres e hijos, parecen contener un significado similar al del contrato, al de “transacción”.<sup>23</sup> Por último (debiéndose mantener una mirada atenta y crítica sobre este punto, ya que será un argumento muy importante más abajo), el halo del proceso contractual se encuentra íntimamente ligado a la idea de negociación y comercio. La idea de contrato parece presuponer no solo la de transacción, sino también la de tranza. Es el producto de un esfuerzo creativo conjunto. Al menos desde un punto de vista clásico, la idea es que las partes combinan sus impulsos y deseos para generar un producto que resulta de la armonización de sus posturas iniciales.<sup>24</sup> El resultado no surge de la voluntad de ninguno de los dos, es una especie de combinación de los deseos de ambos; el producto de un diagrama vectorial *ad hoc* cuya flecha resultante es “el contrato”.<sup>25</sup>

Existe, por supuesto, otro criterio identificativo de “contrato” que no puede ser dejado de lado. Este criterio se relaciona con el contrato como proceso. Pero este proceso suele generar un producto, un contrato, una hoja de papel con palabras escritas. Todos sabemos que no todo contrato es escrito, pero algunos lo son, y para los fines de la clasificación, que sea escrito es un factor de inclusión y no de exclusión.

Nótese que he elegido unos pocos criterios identificativos para la categoría de “contrato”. Por supuesto, defendería la postura de que lo escrito como producto de un proceso de comunicación entre dos personas respecto de las actividades futuras de, al menos, una de ellas a cambio de algo de la otra persona, probablemente tenga más posibilidades de ser clasificado como “contrato” que el resultado de la negación de *todos* esos factores. También defendería la postura de que mientras ninguno de estos

<sup>21</sup> Éste probablemente es el único mensaje claro en *Restatements*. Véase, *supra* nota 15.

<sup>22</sup> Véase, A. Corbin, *Corbin on Contracts*, I, 1963, § 4 . Ver también § 131. Para los resultados indiferentes de un intento de separación por consideración doctrinal.

<sup>23</sup> Lo que intento es, por supuesto, evitar caerme por la borda al pantano del estado-contrato, pero cabe mencionarse que me encuentro suspendido por un hilo delgado.

<sup>24</sup> Para un análisis de este aspecto, exagerado al límite de la expresión pretenciosa, véase, G. Hegel, *Philosophy Of Right*, 1963, pp.57-58 y 72-75 (traducido por T. Knox, 1942).

<sup>25</sup> La negociación (Yo le doy... si usted me da... o yo renuncio a... si usted renuncia a...) es *uno* de estos métodos de armonización.

factores es necesario para tal clasificación, todos, por más sospechosos que sean, son importantes.<sup>26</sup> Sin embargo, jamás afirmaré que he aislado todos los criterios clasificatorios relevantes (es decir, que ni siquiera todos mis criterios juntos resultan necesariamente suficientes) ni que he descripto con suma eficacia aquellos que sugerí o enuncié. No obstante, me parece que se podría predecir la clasificación jurídica de ciertas transacciones con bastante precisión si nos basamos en estos criterios relativamente limitados y no tanto si ignoramos alguno de ellos.

Sin embargo, sería un error pensar que la clasificación “contrato” se ha mantenido siempre estática, con un único conjunto de criterios identificativos, o que jamás se filtraron transacciones con características relevantes en aquel momento. Más allá del propósito de una clasificación particular como “contrato”, el propósito de la clasificación misma es promover la eficiencia intelectual y práctica. En algunas instancias, ciertos tipos de acontecimientos se asemejaban tanto más entre sí y se alejaban tanto del contrato “promedio”, que hubo que tratarlos de forma especial y clasificarlos dentro de un grupo más reducido de problemas recurrentes.<sup>27</sup> Es probable que eso sea lo que sucedió con los contratos laborales,<sup>28</sup> de seguros<sup>29</sup> y, principalmente, con las transacciones de ventas.<sup>30</sup> Lo que parece haber sucedido una y otra vez es que algún tipo de transacción<sup>31</sup> se alejó demasiado<sup>32</sup> del estándar en cuanto a uno o más criterios identificativos, y desarrolló una o más correlaciones

<sup>26</sup> Me resulta particularmente llamativo que, en lo que respecta a este grupo en particular de  $A_1, A_2, A_3, \dots, A_3, A_2, A_1$ , las distinciones entre regalos y transacciones pasadas y futuras (que crean y han creado estados y transacciones pasadas y futuras) hayan generado tantos problemas relativos al derecho contractual. La mayoría de los grandes conflictos en este entorno, al igual que la mayoría de las concesiones mutuas, consideraciones pasadas, variaciones en las transacciones actuales, consideraciones y demás, se tornan en viajes a una tierra desconocida, guiados únicamente por los puntos de arriba. Véase, también *supra* nota 17.

<sup>27</sup> Véase, L. Friedman, *Contract Law in America*, 1965, pp. 15-26.

<sup>28</sup> Véase, Summers, *Collective Agreements and the Law of Contracts*, 78 YALE L.J. 525 (1969). De hecho, la carga principal de este artículo es cuestionar si esta “emancipación” del “contrato laboral” al “contrato” común, no es exagerada.

<sup>29</sup> Véase, *N.Y. INS L. especialmente §140-74*.

<sup>30</sup> Véase, *Uniform Commercial Code*, 1962 (Official Text) Art. 2, [en adelante, “U.C.C.”]; *Uniform Sales Act*, 1906; I y IA *Uniform Laws Annotated*, 1958. Nótese también que aún los generalistas más entusiastas, como Samuel Williston de Harvard, se vieron obligados a escribir dos tratados, uno sobre contratos y otro sobre ventas.

<sup>31</sup> Sobre la importancia de los tipos de transacciones, es decir, situaciones dramáticas repetitivas a un nivel fáctico más preciso que el de “contrato” o “transacción”, véase, Llewellyn, “The First Struggle to Unhorse Sales”. en *Harv. L. Rev.* 52, 1939, p. 873; Llewellyn, “Through Title to Contract and a Bit Beyond”, en *N.Y.U.L. Rev.* 15, No. 2, 1938, pp. 159-160.

<sup>32</sup> Véase, *supra* notas 17 y 26.

internas de alta frecuencia, de modo de tener que reconocer que había surgido algo nuevo.<sup>33</sup> Aún así, lo que más importa a nuestros fines es que, muchos años atrás, tuvo lugar un movimiento reclasificadorio centrado justamente en las transacciones de consumo.

### III. El contrato como contrato de adhesión

La corriente doctrinaria sobre las transacciones de consumo parece haber surgido por la presión empírica ejercida sobre un criterio particular en lo relativo a la formulación del contrato (el proceso creativo conjunto). Así, fue aumentando la incidencia de la situación fáctica que se describe a continuación: A y B se reunieron para realizar una transacción. Conversaron sobre el precio y la identidad de los bienes, entre otras cosas. Así se generaron los términos entre ellos. Más tarde, una de las partes le brinda a la otra una hoja con varios y diferentes términos importantes, o potencialmente importantes, para la transacción. Entonces, se agregan a la hoja los términos discutidos y consensuados, convirtiéndola en “los términos de la transacción”.

Nótese que este tipo de transacción no se diferencia del antiguo modelo de negociación, en el sentido de que en el primero se discutían todos los términos, mientras que en el segundo solo se discuten algunos. En ambos tipos de transacciones, solo se discuten algunos términos. Pero lo que quedaba afuera con el antiguo modelo de negociación era compensado por la ley, la costumbre o la norma; mientras que en el modelo nuevo, lo que no se discute es proferido en el documento. Esto no significa que en el modelo pre-moderno todos los términos eran necesariamente menos onerosos para el comprador. Al contrario, algunos eran bestiales.<sup>34</sup> Pero el proceso de incluir o excluir términos de una transacción no por voluntad de una de las partes, sino por el proceso jurídico y político, tendía a disminuir la posibilidad de unilateralidad monolítica. Así, los compradores constituían muchas veces

---

<sup>33</sup> Considérese también, p.ej., el cuasi-contrato, que es al menos en parte una herramienta para negociar transacciones no donativas, no coercitivas, pero donde no hay consenso; es decir, es un mecanismo para corregir el enriquecimiento que no surge a partir de un regalo, de la coacción, del fraude o del regateo.

<sup>34</sup> Véase, p.ej., la regla del derecho anglosajón que pone el riesgo de la destrucción “inocente” de un bien sobre el titular del mismo. S. Williston, *Sales*, 2, 1948, § 301 a pesar de la enorme carga que esto le genera al comprador que no está en posesión del bien respecto de la pérdida del mismo por causas que no son claras. UCC, § 2-509 es más realista y particularista, aunque raramente difiere en los resultados.

una clase poderosa (p. ej., los compradores de *comodities* agropecuarios) y lo que lograban para sí mismos se vertía hacia otras transacciones, para proteger, por ejemplo., a los productores agropecuarios cuando compraban al por menor. Lo que generaba la institución de compra al por menor-talonario-recibo era la posibilidad de generar normas especiales para gobernar los tipo de transacciones. Las reglas, más que consuetudinarias eran personalizadas.

Así, en cualquier sector comercial donde, en esas circunstancias, una parte podía imponer la mayoría de los términos y crear de forma unilateral la mayoría de las reglas de *ese* juego, no había forma de prevenir la creación de “contratos” altamente dispares. Por supuesto, se trataba de circunstancias que disminuían el poder de mercado de una transacción-única, de forma más o menos radical y permanente, para una de las clases de partes más comunes. No analizaremos aquí las circunstancias específicas que generaban el poder de imponer términos, ya sea por monopolio sancionado, oligopolio legítimo o ilegítimo, falta de movilidad e información, falta de interés (ya que cada transacción era demasiado trivial para tener importancia o los términos que se imponían versaban sobre contingencias demasiado hipotéticas como para llamar la atención). Pero sí partiré de la premisa de que durante este siglo incrementaron los tipos de transacción en los que la mayoría de los términos eran impuestos por una de las partes, en vez de ser creados por ambas o librados a la costumbre.<sup>35</sup>

Entonces, naturalmente, se fueron generando diferentes respuestas a esta situación. Sería en error atroz suponer que esos procesos unilaterales de generación de contratos, y otros contratos unilaterales que de ellos resultaron, pudieran seguir siendo ignorados y no paliados por el derecho. La regulación

---

<sup>35</sup> En realidad, no tengo evidencia empírica de que la frecuencia de estos tipos de transacciones haya incrementado a lo largo de los últimos cincuenta años, por ejemplo. Pero la mayoría de las personas parecen asumir que esto ha sido así, véase, p. ej., L. Vold Sales, 2a ed. 1959, p. 447, y resulta razonable creerlo (dado el aumento en la concentración de comerciantes). Aún más importante es que no existe evidencia de que este avance hacia los contratos estandarizados ha disminuido el bienestar social neto, al menos en el sentido razonablemente materialista del término. Primero, muchas veces las hojas del talonario, por más unilaterales que sean, no contienen términos tan terribles como los que podría aceptar una persona de carácter débil al hacer uso de la autonomía de la voluntad en una negociación. Además, se puede argüir sin ningún tipo de reparo que la producción masiva ha incrementado el bienestar (tal como aquí se define) de todos y que la producción masiva requiere de distribución masiva. Véase, Llewellyn, “Book Review”, en *Harv. L. Rev.*, 52, 1939, pp. 700-702. Pero aun asumiendo que esto realmente es así y que este nuevo patrón de mercadeo es, en definitiva, “mejor” que la distribución basada en la negociación, lo es solo “en neto” y no “en bruto”. Pueden surgir (y, de hecho, surgen) malestares individuales de este bien estadístico, y si esto puede ser mitigado sin ningún intento fallido de volver al pasado irre recuperable (y parcialmente exagerado) con un costo tolerable sería (y es) una labor legal respetable.

textual restrictiva de las pólizas de seguros, junto con una interpretación *contra proferentem*, fue (y sigue siendo) una respuesta en vías de desarrollo.<sup>36</sup> Se extendió el fraude y la coacción, mientras se fue mutilando la doctrina.<sup>37</sup> Pero existía (y existe) una dificultad conceptual enorme para enfrentar de forma exhaustiva y sistemática al problema: ya que todos los contratos, *hasta cierto punto*, contienen términos creados por una sola de las partes, ¿cómo enfrentamos los contratos unilaterales sin destruir la regla básica de que cada parte está sujeta a los términos de *su* contrato?<sup>38</sup>

El avance conceptual consistía en la creación de una categoría nueva, otra vez por medio de la explotación de diferencias vinculables a una clase necesariamente no homogénea. En una serie de discusiones realmente deslumbrante,<sup>39</sup> partiendo de la categoría residual de “contratos”, los académicos crearon una nueva subcategoría, “contratos de adhesión”. Su postulado central era simple y elegante: existe una diferencia crítica entre el proceso de regateo y un interruptor de luz. En las transacciones de consumo típicas, por ejemplo, el consumidor debe aceptar la totalidad (o una gran parte) de la oferta, o rechazarla también en su totalidad. Si el vendedor no tiene un monopolio real o efectivo, y si los bienes o servicios no son esenciales para la vida, el consumidor tiene, en teoría, otra alternativa: *puede* prender o apagar el interruptor. Pero no se le presenta ninguna alternativa reostática que le permita introducir cambios en cuanto a la calidad de la transacción entre los polos de encendido y apagado. Sin dudas, sostenían los comentaristas, existe una diferencia lo suficientemente importante entre una transacción negociada y una de adhesión para justificar una nueva categoría –contratos de adhesión– que debe ser tratada por la justicia de forma diferente a la categoría residual de contrato común.

<sup>36</sup> Véase, *p. ej.*, *Lachs v. Fidelity and Casualty Co. of New York*, 306 N.Y. 357, 118 N.E. 2d. 555 (1954) acerca de lo que no se “sabe” aunque esté escrito “ahí”. Véase, *Wyatt v. Northwestern Mut. Ins. Co. of Seattle*, 304 F. Supp. 781 (D. Minn. 1969) para un ejemplo variado y reciente.

<sup>37</sup> Véase, UCC § 2-302, Comentario I.

<sup>38</sup> *Restatement Of Contracts*, 1932, § 70.

<sup>39</sup> Véase, Isaacs, “The Standardization of Contracts”, en *Yale L.J.*, 27, 1917, p. 34; L. Prausnitz, “The Standardization Of Commercial Contracts In English And Continental Law”, 1937, revisado por Llewellyn, en *Harv. L. Rev.*, 52, 1939, p. 700; Kessler, *supra* nota 16; Ehrenzweig, “Adhesion Contracts in the Conflict of Laws”, en *Colum L. Rev.*, 53, 1953, p. 1072; Sales, “Standard Form Contracts”, en *Modern L. Rev.*, 16, 1953, p. 318; Lenhoff, “Contracts of Adhesion and Freedom of Contract: A Comparative Study in the Light of American and Foreign Law”, en *Tul. L. Rev.*, 36, 1962, p. 481; Meyer, “Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach”, en *Va. L. Rev.*, 50, 1964, p. 1178; Wilson, “Freedom of Contract and Adhesion Contracts”, en *Int'l & Comp. L.Q.*, 14, 1965, p. 172.

Como herramienta analítica, esta categoría fue una genialidad. Pero a nivel pragmático, creo que ha sido un desastre. Luego de cincuenta años de desarrollo doctrinario sobre los contratos de adhesión,<sup>40</sup> y veinticinco años después de su debate más elegante y poderoso,<sup>41</sup> la transacción de compra-consumo sigue dando vueltas (como aquél diagnosticado con una enfermedad en búsqueda de su panacea). Se siguen aplicando remedios patentados como curitas sobre la herida (políticas públicas<sup>42</sup>), incumplimiento fundamental,<sup>43</sup> abuso de derecho<sup>44</sup> (que naturalmente, cubren la herida pero no la curan). No existe en la actualidad una teoría jurídica sólida en lo que respecta a las transacciones unilaterales de consumo.<sup>45</sup>

¿Por qué? Entre otros motivos, porque la expresión “contrato de adhesión” no captura la atención de los reformadores (y jueces) respecto al fondo de la cuestión. Analizada en detalle, la frase “contrato de adhesión” es uno de esos productos lingüísticos que se ven en los juegos mágicos, como “oscuridad visible” o “cuerpo incorpóreo”, en donde un término “describe” el no estado de las cosas (cuyo principal uso histórico ha sido, interesantemente, describir aquello que es teóricamente inefable).

El proceso intelectual que desembocó en “contratos de adhesión” es, al menos en retrospectiva y en los términos de la discusión anterior acerca de la clasificación, algo relativamente fácil de describir. Antes de la creación de la categoría de contrato de adhesión, el derecho usaba una técnica clasificatoria errónea. Al ver que las transacciones de consumo eran comunicativas (y no, p.ej., físicamente coercitivas), onerosas (y no caritativas o dadivosas) y vinculantes (y no basadas en la relación o el estatus), etc.,<sup>46</sup> el derecho las seguía clasificando de contractuales. Así, se ignoraba que *estos* “contratos” no eran el producto de un proceso colaborativo, sino una creación (esencialmente) de una de las partes. En otras palabras, el derecho clasificaba a las transacciones de consumo como contratos en base a que cumplían solo algunos de los criterios que daban forma a

---

<sup>40</sup> Isaacs, *supra* nota 39.

<sup>41</sup> Kessler, *supra* nota 16.

<sup>42</sup> Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc. 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960).

<sup>43</sup> Véase, Meyer, *supra* nota 39.

<sup>44</sup> Véase, Williams v. Walker-Thomas Furniture Company. 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).

<sup>45</sup> Hay quienes sostienen que la doctrina del abuso de derecho, UCC § 2-302, es una teoría de este tipo. Véase, p. ej., Spanogle, “Analyzing Unconscionability Problems”, en *U. Pa. L. Rev.*, 117, 1969, p. 931; Ellinghaus, “In Defense of Unconscionability”, en *Yale L.J.*, 78, 1969, p. 757. Véase, Murray, “Unconscionability: Unconscionability”, en *U. Pitt. L. Rev.*, 31, 1970, para un argumento particularmente evangélico. (Al momento de escribir esto, el artículo anterior todavía no había sido publicado, pero el Profesor Murray tuvo la gentileza de permitirme ver una copia final del manuscrito.)

<sup>46</sup> Véase, “El contrato como contrato”, *supra*, notas 15 - 33.

dicha clase. Los doctrinarios de los contratos de adhesión corrigieron este error. Detectaron la naturaleza no procedimental de algunos contratos (lo que incluía a las transacciones de consumo) y crearon, o creyeron crear, una nueva categoría que era, en términos generales, la de “aquello que sería un contrato, pero que no fue sujeto a un proceso de negociación”. La frase “contrato de adhesión” no es tan mala para describir a esta bestia. Su imagen no es la de un proceso colaborativo o de negociación, sino la de una mosca y un matamoscas.<sup>47</sup> Así, la frase se concentra en el hecho de que cualquier protección que supuestamente puede brindar el proceso de colaboración contra los abusos o la injusticia, sería inexistente en un documento de adhesión. Si suponemos que el derecho contractual está íntimamente ligado a la creencia en los poderes positivos de maximización del mercado –que a su vez se basa en la creencia de que las personas saben mejor que el Estado u otro tutor qué tiene valor para ellas– las transacciones no negociables son radicalmente diferentes a las negociadas.

Pero esto solo arribó a los doctrinarios a la mitad del camino. Una vez que habían tomado conciencia de que las transacciones de adhesión carecían de procesos de protección contractual se les agotaba la metáfora. Este nuevo descubrimiento jurídico no era un animal de granja ordinario, sino que seguía siendo un “contrato” de *algún* tipo, es decir, que no dejaba de ser una obligación asumida que podía hacerse cumplir desde el derecho. Podía ser un animal exótico, pero igual necesitaba comida, agua y un trato similar al que se le da a una vaca. ¿Pero *cuándo* se hacían cumplir los contratos de adhesión? Es poco probable que la frase “contrato de adhesión” desemboque en la respuesta “jamás”. Sin perjuicio de que la economía de distribución de bienes de consumo tildaría tal respuesta de absurda desde un punto de vista comercial.<sup>48</sup> La respuesta tampoco sería “siempre”, ya que el objetivo del término “de adhesión” es justamente descartar tal posibilidad (y reservarla para el “contrato” tradicional e inmodificado). Pero, si la respuesta no es ni “jamás” ni “siempre”, entonces, ¿cuándo se hacen cumplir los contratos de adhesión? La nueva metáfora no brindaba (ni brinda) respuesta alguna a esta pregunta. La nueva categoría metafórica, creada desde ese momento a partir de la tradicional categoría de “contrato” con un ápice de exigibilidad por libertad contractual, carecía de cualquier criterio sustantivo para evaluar el problema central: ¿qué es un contrato “malo”?

<sup>47</sup> Véase, Leff, “Unconscionability and the Code-The Emperor’s New Clause”, en *U. Pa. L. Rev.*, 115, 1967, pp. 485-504 n. 67. Para la etiología probable del término “contrato de adhesión”.

<sup>48</sup> Véase, *supra* nota, 35.

#### IV. El contrato como cosa

Sin embargo, hubo (y sigue habiendo) una categoría previa para las transacciones de adhesión (que incluye las transacciones de bienes de consumo) que fue dejada de lado, a pesar de ser más adecuada que la categoría de “contrato de adhesión”, y que contiene el criterio identificativo de esta nueva clase de transacciones. Analicemos el siguiente paradigma histórico falso.<sup>49</sup> Imaginemos que érase una vez posible que todos los bienes fueran personalizados en presencia –y muchas veces con la asistencia– del comprador, quien supervisaba cada detalle. Cuando los bienes no resultaban satisfactorios y el comprador se quejaba ante las autoridades, se le solía responder que si no le gustaba cómo se estaban haciendo las cosas debía haber dicho algo en ese momento. A veces, cuando el rey le cedía el derecho de monopolio sobre una patente a un artesano, o cuando este obtenía el monopolio de forma “natural”, se flexibilizaba esta regla. Pero, en términos generales, el comprador se veía obligado por aquello que ayudó a crear o a lo cual accedió de forma consciente. Luego, surgió un nuevo método de producción. Los hombres comenzaron a producir bienes en fábricas privadas y los llevaban al mercado. Los subproductos y la construcción se finalizaban cuando el comprador los obtenía. Los bienes proliferaban y no era posible para ningún hombre ser experto en todos ellos. En este marco, la vieja “regla” se tornaría tonta y se podría prever (luego de una discusión sobre los niveles de divulgación y la variedad de fraudes y cuasi-fraudes) la creación de dos categorías jurídicas, la de bienes lisos y llanos (que podría denominarse “bienes hechos a medida”) y la de “bienes de adhesión”. El foco de atención jurídica seguiría siendo la naturaleza y calidad de los bienes y se adoptarían casi naturalmente ciertas reglas: “nada que no sirva” o “calidad promedio razonable” o “sin vicios redhibitorios”. El criterio de “bueno” no podría ser rígido, pero se podría indagar acerca de su calidad y naturaleza.<sup>50</sup>

Analicemos ahora una transacción de consumo moderna en particular, la compra de aquél bien ubicuo por excelencia (o, tal vez, “bueno” o “mejor” para el consumidor, si tenemos en cuenta el entorno publicitario): el automóvil.<sup>51</sup> Veamos primero el siguiente escenario y luego pasaremos a los detalles.

---

<sup>49</sup> El mito de la horda primitiva de Freud. Freud S., “Totem and Taboo”, *The Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud*, 13, J. Strachy trad., 1955, pp. 141-46. Es mi fuente estilística de expresión mediante parábolas históricas no históricas.

<sup>50</sup> Véase, B. Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, 1962, pp. 181-82. Para una instancia histórica de este foco.

<sup>51</sup> Dado que la compra de un automóvil es atípica por implicar un bien caro al cual los consumidores suelen dar algún cuidado, contradice las premisas que estoy tratando demostrar. Por eso lo elegí.

*Sube la cortina y vemos una sala de exposición de automóviles típica, en este caso, la de productos de Motores Tiranosaurio. Vemos los típicos mostradores baratos contra la pared trasera, los típicos carteles en las paredes (“El Tiranosaurio es Rex”, “Tenga un carnívoro en su jardín”) y los folletos ubicuos y coloridos en todas las superficies planas. A la izquierda del escenario vemos un hombre de unos cuarenta años (llamémoslo “Marcos”) dando vueltas alrededor de un auto enorme, cada tanto lo toca o frota con una delicadeza que revela el resplandor tenso de un hombre que no conoce el límite entre el coqueteo inocente y un avance indecente. Al centro del escenario vemos un hombre de muy buena presencia y de la misma edad que el anterior, con un bigote muy prolijo. Intenta, pero no demasiado, parecer que está mirando a la nada, pero sabe, y Marcos y nosotros también sabemos, que observa la escena con los ojos de un padre con siete hijas mujeres y un rifle, que vigila el sofá desde la entrada al living. Marcos vuelve a abrir y cerrar la puerta del automóvil, patea la llanta delantera izquierda y suspira con tristeza. El otro hombre enseguida se le acerca:*

Vendedor: ¿Lo puedo ayudar?

Marcos: Me gusta este automóvil.

V: Es una belleza.

M: ¿Fuerza?

V: 385 caballos. Caballos grandes.

M: ¿Caro?

V: No para lo que se está llevando. *(Así fluye esta conversación, como un baile, una descripción más o menos detallada, en términos que harían sonrojar hasta a un psicoanalista, sobre el placer de la posesión y el uso. Todo esto culmina así...)*

M: ¿Cuánto?

V: *(cortado)* \$4.782,37. *(En ese momento, la conversación toma el tono de un canto, con un aire ceremonioso, investido de ritualismo, entre correligionarios.)*

M: Concesionaria Enrique me lo deja a \$4,600, más \$300 a cambio de mi Pterodáctilo modelo 62.

V: ¿\$4,300 neto? ¿Al contado?

M: No, en veinticuatro cuotas.

V: *(Mientras reprime lo que puede ser una sonrisa o el bostezo de un predador y apunta hacia la “oficina” de arriba.) Subamos y hablemos. (Se sientan, a lo bajo se oye un murmullo y cada tanto se descifra una palabra o frase suelta como “doble escape”, “sobrealimentadores”, “neumáticos”, “cuero genuino” y “techo corredizo”. Por último...)*

V: Bien, el precio final es \$4,782.37 más intereses. ¿Lo lleva? (*O en Latín, spondesne.*)

M: Sí. ¿Cuándo lo retiro? (*Es decir, spondeo.*)

V: Para el pardo rojizo va a tener que esperar hasta el viernes que viene. Ahora, si puede ir firmando estos papeles...

M: (*Firma*)

Nótese que ha habido mucha negociación, generalmente hay mucha más negociación que la descrita arriba. Pero esta negociación ha versado sobre dos aspectos, el precio y variaciones típicas del producto. De hecho, hay un único elemento de la transacción que no ha quedado supeditada al proceso contractual: el contrato. ¿Qué aspecto tiene? El de un contrato. Pero cuando uno se aleja lo suficiente de la transacción, del proceso entero de compra de bienes, ve que existe un manojito de cosas unitarias y compradas, dentro de las cuales el producto, por ejemplo, un automóvil, es el elemento más tangible (e irónicamente, el *más* mutable). Lo que uno compra es el “conjunto” entero, que es “el negocio en la compra del automóvil”, y subconjuntos intercambiables (objeto, adicionales, contrato); así, se podría argumentar que el contrato es *más* una “cosa” que los bienes a los que subsume.

¿Por qué, entonces, las personas insisten en referirse a una cosa como contrato y no como cosa? Lo que nos lleva a clasificar una cosa X dentro de la categoría preexistente de “contrato” subyace, particularmente, en los parecidos de familia entre los contratos que se centran en la fisonomía de la transacción, del acuerdo, de la negociación, del proceso, de la mutabilidad, del aspecto.<sup>52</sup> Pero si esto fuera así, ¿por qué si sabemos que los contratos de consumo no nacen a partir de una negociación igual seguimos usando el término contrato? Después de todo, la esencia del “contrato de adhesión” era que trataba sobre *commodities* no negociados y confeccionados de forma unilateral.<sup>53</sup> Como cosa, como objeto, parece ser el referente del sustantivo “contrato”; tiene el aspecto típico del producto de un proceso de negociación. Por lo que creo que lo que ha sucedido es que de todos los indicios para determinar si una cosa es o no un contrato, se le dio mayor importancia al aspecto más irrelevante: la apariencia física de la cosa como cosa. Esta cosa, el contrato de consumo, solo parece ser el resultado de algo que no

<sup>52</sup> Véase, “El contrato como contrato”, *supra*, notas 15-33.

<sup>53</sup> Para ser más precisos, el contrato es a la adherencia lo que un traje a medida de J. Press es a un traje común. Ninguno de los dos se pueden ajustar, ni alterar a la perfección, pero la diferencia es clara y se hace aún más clara en función del precio.

sucede en el contexto de los contratos de consumo, es decir,<sup>54</sup> del proceso contractual del consumo.<sup>55</sup>

## V. Aspectos prácticos

De existir, ¿cuál sería la consecuencia práctica de cambiar el marco metafórico dentro del cual el derecho de las transacciones de consumo transforma el “contrato” (de adhesión) en una “cosa” (“producto”)? Por el momento, supongamos que estoy en lo cierto en cuanto a la distinción crítica de las clases “contrato” y “cosa”: las cosas se presentan como lo que son, algo que se toma o se deja, mientras que el término contrato conlleva implícita la noción de una fase final del proceso. Si esto es así, entonces no sería sorprendente la idea de que las estrategias reguladoras y recursivas podrían variar según si uno está regulando el proceso o el producto. Parecen existir, en mi opinión, solo tres estrategias generales para regular las transacciones de consumo: uno puede focalizarse en las partes, la negociación o el producto. Para nuestros fines actuales,<sup>56</sup> la decisión estratégica crítica parece girar en torno al control de la negociación y los bienes (permítame hacer una injerencia, para no quedar como un loco; estoy consciente de que no hay nada que nos prohíba usar diferentes técnicas al mismo tiempo). Ahora, teniendo en cuenta la naturaleza, fáctica y jurídica, de las transacciones de bienes de consumo (o servicios) usuales, el control de la negociación es una opción tonta; es iluso querer enmarcar y controlar los contornos de un proceso inexistente. Esto no significa que el fraude, la coacción (tanto clásica como “comercial”<sup>57</sup>) o el

---

<sup>54</sup> Lo que resulta aún más irónico es que aunque *haya* un acontecimiento que desemboque en contrato de consumo, éste queda resguardado del escrutinio judicial efectivo por la regla residual, respecto a la prueba de testimonios.

<sup>55</sup> Véase, texto que sigue a *supra* nota 14. Por lo tanto, aunque todos sabemos que no todos los contratos son escritos, no llegamos a darnos cuenta de la importancia del contexto para reconocer que lo escrito no necesariamente es un contrato, sea comercial, vinculante, regulante, etc. Dicho de otra forma, no todos los criterios identificativos necesariamente se relacionan los unos a los otros con amplia correlatividad, aunque cada uno por separado sea altamente correlativo con la clasificación misma.

<sup>56</sup> Es posible regular las transacciones de consumo mediante la “regulación” de las partes, p.ej., supeditando a los consumidores a algún tipo de deshabilitación titular o proceso de autorización de licencias para los mercantes basado en su honestidad y competencias. Pero, debido a una cantidad de motivos sobre los que no quiero detenerme aquí, creo que no es viable la regulación de una persona para regular el contrato de consumo.

<sup>57</sup> Véase, Dawson, “Economic Duress-An Essay in Perspective”, en Mich. L. Rev., 45, 1947, p. 253.

“abuso procedimental”<sup>58</sup> son totalmente irrelevantes en el área de los bienes de consumo. En la mayoría de los casos, estos abordajes son secundarios; es como tratar de enmendar una pierna rota con una gasa. La venta de consumo normal, no patológica<sup>59</sup> es aquella en la que se propone un formulario por un oferente no monopolista que vende bienes no esenciales para la vida sin una gran cantidad de mentiras, donde el formulario no se firma porque uno esté particularmente interesado en el subconjunto entero del paquete que constituye al contrato. En este contexto, ¿cómo regulamos al contrato como proceso? ¿Facilitando una mayor negociación? Eso sería absurdo (1) porque, tal como previó Llewellyn antes que cualquier otra persona,<sup>60</sup> el contrato de producción masiva es complementario al producto de fabricación masiva, y tiene la misma utilidad económica que este; (2) la mayoría de las cláusulas “objektas” de un contrato de consumo tienen una importancia secundaria, muchas veces muy secundaria, y ningún comprador sin la representación de un abogado (que se dedica casi exclusivamente a pensar sobre cosas que probablemente nunca sucedan) se detendrá demasiado en ellos;<sup>61</sup> y (3) aun si el consumidor sin representación estuviera interesado es poco probable que tenga suficiente sofisticación para un análisis semejante. (No debemos olvidar que aun cuando un contrato fue impuesto *mit sturm und drang* por estudios jurídicos importantes que representan gigantes industriales y financieros, ambos principios se “adhieren” a la mayor parte del documento resultante.) Considero que siempre que uno se vea confundido por la palabra “contrato”, aun cuando ésta está siendo estratégicamente modificada por el calificativo “de adhesión”, es probable que uno busque ejercer su control sobre un proceso inexistente. Estos esfuerzos mal dirigidos ya son comunes. Se pueden ver, p.ej., en § 2-302 del UCC<sup>62</sup> y en el volumen § 5.107 del UCCC,<sup>63</sup> sobre abuso del derecho; en

---

<sup>58</sup> Véase, Leff, *supra* nota 47, pp. 489-508.

<sup>59</sup> No hay dudas de que ya tenemos suficientes leyes para lidiar con la mentira y la coacción. Pero a menos que expandamos el concepto de mentira para incluir “inculcación de un deseo que se logra apelando a los peores instintos de una persona mediante la publicidad” y subsumimos a la generación de formularios bajo coacción, casi ninguna transacción sería, en ese sentido, patológica.

<sup>60</sup> Llewellyn, *supra* nota 35, pp. 701-02.

<sup>61</sup> Contrastamos la realidad jurídica de las penas con las políticas que las regulan para ignorar la idoneidad de esta premisa. Parte del motivo de ese trato dispar es que la premisa es lo que va a suceder; la pena es vista por las partes de forma mucho más leve, como algo poco probable (o al menos así lo desean). Véase, A. Corbin, Corbin on Contracts, 5, 1964, § 1057.

<sup>62</sup> UCC, § 2-302.

<sup>63</sup> *Uniform Consumer Credit Code*, 1969 (Versión final revisada) § 5.108. [en adelante, “UCCC”].

UCC § 2-207<sup>64</sup> (sobre la batalla de las formas); y siguiendo la misma línea de que, dentro del mundo de la negociación, para el sujeto de la negociación alcanza con un escrito largo o conspicuo (más allá del significado).<sup>65</sup>

¿Pero qué sucedería si uno llevara el significado del término “contrato de adhesión” en otra dirección e hiciera un salto hacia otro objeto de regulación, el de control del producto? ¿Qué sucedería si uno viera a los contratos de consumo como cosas?

Primero, se abriría la larga tradición jurídica, cada vez más exhaustiva, de ejercer un control gubernamental directo y explícito sobre la calidad y seguridad o sobre los productos. Los automóviles ahora vienen con cinturón de seguridad obligatorio,<sup>66</sup> la leche es despojada de sus tubérculos<sup>67</sup> y directamente se prohíben las sustancias venenosas en el mercado.<sup>68</sup> *Al verlas como productos*, aún las “cosas” más reificadas han sido, durante mucho tiempo, sujetas a controles de calidad. Los contratos de seguro de vida,<sup>69</sup> p.ej., han sido redactados, durante años, por comisionados de seguros adjuntos.<sup>70</sup> Al mismo tiempo, este mecanismo de control de calidad tampoco ha requerido de acción legislativa. El peculiar trato inicial que se le da a las comidas selladas en injuriosos paquetes<sup>71</sup> ha generado la regla “peligrosamente instrumental” del *Restatement (Second) of Torts*.<sup>72</sup> Ni el derecho, ni la tradición, contractual se ven enteramente limitados como mecanismo para el pensamiento cosificado. Existe un marco de referencia de “ilegalidad” y su pariente, “contrario a la política pública”, como base para decisiones que algunas cláusulas contractuales no logran imponer,

<sup>64</sup> Véase, Macaulay, *Contract Law and Contract Research (Parte II)*, 20, J. LEG., 1968, pp. 460, 465.

<sup>65</sup> Véase, p. ej. cómo el *Uniform Commercial Code* [Código Comercial Uniforme] define el término “conspicuo” como “escrito de forma tal que una persona razonable... debería haberlo *notado*. ... El lenguaje... es ‘conspicuo’ si se encuentra en un color más fuerte u contrastante”. UCC, § 1-201.

<sup>66</sup> Véase, U.S.C., 15, §§ 1381-1425 para los estándares de automóviles y llantas.

<sup>67</sup> Véase, *State of New York. Official Compilation of Codes. Rules and Regulations*, Título 10, Capítulo I, Parte 3 (N.Y.S. Dep’t. of Health, Sanitary Code, Milk and Milk Products).

<sup>68</sup> De hecho, es posible prohibir un fármaco que, aunque no lo mate a uno, tampoco lo ayude demasiado. Véase, U.S.C., 21, § 55.

<sup>69</sup> Mi intención no es concentrarme demasiado en este punto, pero me parece muy probable que, junto con las fuerzas económicas y sociales que dan forma a los acuerdos predominantes de seguros, también influye el hecho de que el contrato de seguro es una “póliza”, expresión que *no* hace referencia alguna al engañoso término mágico “contrato”.

<sup>70</sup> Véase, *N.Y. Ins. L.*, § 154 (aprobación de contratos por vida, accidente, salud y renta vitalicia); véase también, § 155 con sus cinco páginas de disposiciones estándar.

<sup>71</sup> Véase, S. WILLISTON, *Sales*, I, 1984, §§ 241-42.

<sup>72</sup> *Restatement (Second) of Torts*, 1965, § 402A.

más allá de cómo fueron incorporadas al contrato.<sup>73</sup> Cuando disminuye la estática de *Henningsen*<sup>74</sup>, uno puede oír, p.ej., el claro relincho de un caballo indomable.<sup>75</sup> Pero la “política pública” es una cura tan poderosa que los médicos sabios la descartan. Al mismo tiempo, la ilegalidad marca una línea delgada, principalmente por las restricciones históricas a la que se la ha sometido. Salvo algunas excepciones, se puede decir que el “daño” causado por una disposición debe ser mayor que el generado por una mala negociación y esto lo debe determinar una tercera persona, ajena a las partes, y, tal vez, hasta el público general.<sup>76</sup> No obstante, el bagaje que se acarrea con el término “ilegalidad” es demasiado pesado en la actualidad como para ser compatible con la forma de viajar moderna—y, de todos modos, se trata de una técnica que no da forma a la negociación, sino que la destruye.

De ninguna manera estoy sugiriendo que uno *debe* ver al contrato como cosa para poder regular sus contenidos. Esto se hace de forma abierta en algunas partes del UCC,<sup>77</sup> y con más frecuencia en el UCCC, que dedica dos partes enteras a las disposiciones “ilegales”<sup>78</sup> y hasta algunas secciones a la precisión y obligatoriedad lingüística.<sup>79</sup> Pero sí estoy dispuesto a sostener que al ver el contrato como un producto se facilita una estrategia de este tipo y, lo más importante, se genera la necesidad de que aquél que lo redacta reflexione acerca de lo que está tratando de lograr.<sup>80</sup>

Pero, al hablar de los contratos como si fueran cosas, como “parte de” los bienes que se están vendiendo, abrimos otra puerta hacia la regulación. El arma dominante del derecho anglosajón para el control de la calidad de los bienes no ha servido de regulación legal o especificación, sino de garantía, al menos en la medida en que brinda una compensación cuando los bienes son riesgosos o de mala calidad. Según la ley, si al momento de la venta se guarda silencio, la calidad de los bienes debe ser al menos promedio para el mercado (asumo que en la mayoría de los casos resulta ser una “calidad mínimamente tolerable”). Nótese las deliciosas involuciones de lo anterior.

<sup>73</sup> Véase, A. Corbin, *Corbin on Contracts*, 6A, 1962, § 1375.

<sup>74</sup> *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J.358, 161 A.2d 69 (1960).

<sup>75</sup> Véase, N.J., 32 pp. 403-08, 161 A.2d en 94-97.

<sup>76</sup> A. Corbin, *Corbin on Contracts*, 6A, 1962. Dedicado en su integridad a los pros y contras de este concepto poderoso, arcano y peculiarmente limitado.

<sup>77</sup> Véase, UCC, §§ 2-318, 2-725(1), 9-318(4).

<sup>78</sup> UCCC Art. 2. inc. 4. y Art. 3, inc. 4, §§ 2.401-2.416, y 3.401-3.409 (respectivamente).

<sup>79</sup> *Ver, p. ej.*, UCCC § 2.503(2).

<sup>80</sup> A diferencia de la situación en torno al § 2-302 del UCC, como se describe arriba. Véase, Leff, *supra* nota 47, especialmente en pp. 557-59. Véase, “Conclusión”, *infra*, notas 103-04 para los límites impuestos a esta técnica de control de calidad.

El derecho de garantías es, al menos en principio, derecho *contractual*; una gran parte de su sórdida historia, p.ej. en la teoría de la connivencia y del descargo de responsabilidad, surge a raíz del desplazamiento de esa misma metáfora.<sup>81</sup> Pero de ese parto nació la palabra (y la rama) “garantías”. Si se decía algo acerca de la calidad de los bienes, lo que regía era ese “contrato”. ¿Pero qué implicaba el silencio? Que no habría ninguna sorpresa esperando a aquél que comprara ese miembro en particular de la clase general de bienes. En otras palabras, los bienes eran, más o menos, lo que aparentaban ser.<sup>82</sup>

Es respecto de esta misteriosa “apariencia” que pueden, aparentemente, detentar las cosas, que dan cabida, en mi opinión, a cambios sustanciales en la forma en la que vemos al documento de venta para el consumo como *qua* cosa y no *qua* contrato. La transformación es bastante sutil, tanto así que tal vez hasta sea inexistente. Pero imagino lo siguiente: hay una fantasía profundamente arraigada en los ritos del uso lingüístico (que es una rama de la interpretación contractual) de que las palabras transmiten la información que conlleva su “significado”.<sup>83</sup> Si uno puede ver y leer una oración, posee el mensaje. Esto no significa que el derecho no tenga disposiciones para el descifrado de la comunicación. En cada etapa del proceso de comunicación -envío, medio, recepción-, se han identificado averías. Existen casos de letra chica,<sup>84</sup> reverso del formulario,<sup>85</sup> idiomas extranjeros,<sup>86</sup> analfabetismo,<sup>87</sup> incapacidad mental,<sup>88</sup> ebriedad<sup>89</sup> y demás. Pero todos estos casos son vistos y vividos como algo

<sup>81</sup> Por supuesto, esto depende de dónde insertamos las palabras “en principio”. Si uno coloca “en principio” muy adelante, hablamos primero de daño y luego de contrato, seguido, tal vez, de otro daño. Véase, S. Williston, *Sales*, I, 1948, §§ 195-96.

<sup>82</sup> El actual cuerpo legal o garantía comprende UCC, §§ 2-312-2-318. La historia legal allí contenida es más compleja, pero no contradictoria, a la de mi resumen.

<sup>83</sup> Digo esto a la luz de los grandes, conocidos y extensos esfuerzos que se han hecho para corregir esta noción simplista. Véase, p. ej., A. Corbin, *Corbin on Contracts*, 3, 1960, §§ 532-60; Farnsworth, “*Meaning*” in the *Law of Contracts*, 76 YALE L.J. 939 (1967).

<sup>84</sup> Véase, Vogel & Berstein, “*Fine Print*”, en *Bus. LAW*, 21, 1966, p. 544; Nota, 63 en *Harv. L. Rev.*, 1950, p. 494.

<sup>85</sup> Véase, p. ej., *Siegelman v. Cunard White Star Ltd.*, 221 F.2d 189 (2d Cir. 1955).

<sup>86</sup> Véase, p. ej., *Fricke v. Isbrandtson Co.* 151 F. Supp. 465 (S.D.N.Y. 1957). Ver también *Frostifresh Corp. v. Reynoso*. 52 Misc. 2d 26, 274 N.Y.S. 2d 757 (Dist. Ct., Nassau County. 1966), revisado por otros motivos, 54 Misc. 2d 119, 281 N.Y.S. 2d 964 (Sup. Ct. 1967) (Consumidor y vendedor de habla hispana, contrato en inglés).

<sup>87</sup> Véase, p. ej., *Dysarz v. Janczarek*, 238 Mich. 529, 213 N.W. 694 (1927); *Caton v. Wellershause*, 77 Pa. Super. 331 (1921).

<sup>88</sup> Véase, *Restatement (Second) of Contracts* (Tent. Versión No.I) 1964, § ISC, y casos citados en los Comentarios b-f.

<sup>89</sup> Véase, *Íd.*, § 18D y comentarios citados en b y c. Para un visión un poco más amplia, véase también, UCC, § 6.111 (J)(e), que describe uno de los factores a tenerse en cuenta al decidir si interponer o no una medida precautoria contra la actividad de un

excepcional que debe contrastarse con la regla de fondo: si las palabras se ponen a disposición de una conciencia capaz de recibirlas como palabras, entonces se presume que el significado de estas palabras es entendido. En una formulación de este tipo, la palabra “significado” se refiere a lo que las palabras expresan sin ambigüedad.<sup>90</sup> Ésta, por supuesto, es una forma muy natural de concebir las palabras, tanto es así, que resulta difícil concebirlas de cualquier otra forma.

Sin embargo, cuando las cosas “aparentan” algo, el proceso de comunicación se “ve” de una forma muy distinta. Las cosas no son vistas como transmisoras de mensajes (de la misma forma en la que la hemoglobina “transmite” compuestos de oxígeno), sino como mensajes en sí mismas. Son susceptibles a los sentidos, y transmiten a los sentidos *lo que* son. Así, p.ej., al evaluar una garantía, los jueces no siempre asumen que solo porque un producto esté “ahí”, revela sobre sí mismo todo lo que a uno le gustaría saber.<sup>91</sup> Algunas partes *de* las cosas no son susceptibles a los sentidos, de la misma forma que algunos aspectos de las cosas que están “a la vista” no son susceptibles al tacto, el olfato, el oído y el sentido del gusto. De hecho, hay aspectos de las cosas que no son susceptibles a los sentidos bajo determinadas circunstancias. Del mismo modo que hay aspectos de las cosas que solo son susceptibles bajo circunstancias especiales que aumentan los sentidos.<sup>92</sup> Pero, principalmente, lo que los jueces descubrieron fue que las circunstancias bajo las cuales se realiza la examinación, lo que incluye el contexto de la compra, la experiencia y el conocimiento del comprador, eran determinantes a la hora de entender lo que el objeto, el producto, estaba “diciendo” sobre sí mismo. Cuando el sujeto era una cosa, y no un contrato, la pregunta comenzó a girar en torno a qué sabía o debía saber un (¿este?) comprador, dentro de lo razonable, en las circunstancias actuales. No se pretendía que por el simple hecho de ser “visibles” los objetos fueran omnireveladores. Este concepto, muchas veces cautelosamente circunscrito por

---

vendedor por resultar “abusiva” y si “el demandado se ha aprovechado dolosamente del deudor razonable, a fin de proteger sus intereses por discapacidad física o mental, ignorancia, analfabetismo o inhabilidad de comprender el idioma en el que se redactó el contrato, entre otros factores similares.

<sup>90</sup> Véase, *supra* nota 83.

<sup>91</sup> Véase, p. ej., *Rinaldi v. Mohican Co.*, 225 N.Y. 70, 121 N.E. 471 (1918) (citado en 2 F. Harper & F. James, *The Law of Torts*, 1956, § 28.20, p. 1581, n. 13) para un análisis sobre cómo, aun cuando, se mira con detenimiento no siempre se “revelan” aspectos importantes relativos a las cosas.

<sup>92</sup> P.ej., fatiga mental, necesidad de examinación radiológica exploratoria.

el defecto latente-patente de la terminología,<sup>93</sup> parece haber habilitado a los jueces a concentrarse más precisamente en la verdadera posición en la que se encuentra el “receptor” del mensaje, en vez de limitarse a descartar crudos calificativos de la capacidad como “demente”, “analfabeto” y “borracho”.<sup>94</sup>

No obstante, los distintos impulsos de los jueces cuando abordan el “contrato”, parecen haber desembocado en una “regla” implícita diferente: sujeta a (a) graves defectos en la transmisión de las palabras como tales (letra chica, reverso del formulario, idioma extranjero) y (b) defectos graves en el “receptor” descrito arriba (demencia, minoridad, a veces, analfabetismo), el contrato significa aquello que es significado sin ambigüedad al momento de evaluarlo. Pero esa visión sobre la transmisión de significado, de palabras como eventos afectivos, cobra sentido, si es que lo hace, únicamente cuando las palabras se conciben como el resultado, o al menos como la base, de un proceso emergente. Sin embargo, si un contrato en particular es una cosa inalterable producida en masa, entonces las palabras que lo componen son simples elementos de la cosa, como las ruedas o el carburador. Carecen, al menos respecto de las partes, de historia o futuro.

Tal vez se puede expresar esta distinción incierta de otro modo, diciendo que la propuesta o producto de una discusión es distinta de su clasificación. Si una etiqueta no transmite un mensaje en el acto, habiéndose dadas las condiciones necesarias para su función, entonces es absolutamente inútil. Ciertamente, si el estado de derecho requiriese la incorporación de una advertencia en los productos, al juez le preocuparía ver que una botella dijera “Depresor Respiratorio” en vez de “Veneno”<sup>95</sup> o tuviera la imagen del Omega Cristiano en vez de una calavera con dos tibias cruzadas. Tampoco lo aliviaría la prominencia o el tamaño de las letras. Del mismo modo, en casos por garantías, si la defensa del fabricante frente al reclamo de un comprador electrocutado consistiera en decir que en el adverso del producto había un diagrama del cableado que mostraba “claramente” una entrada de alimentación no aislada contra el marco de una puerta de metal, uno le apostaría en contra al argumento del fabricante.<sup>96</sup> Sus chances de ganar la

<sup>93</sup> Véase, 77 C.J.S. *Sales*, 1952, § 315, pp. 1158-59.

<sup>94</sup> Véase, *Restatement (Second) of Contracts*, (Tent. Draft No.1) 1964, §§ 18-18D. Véase también, *supra* nota 56.

<sup>95</sup> Para ver un caso muy reciente de negligencia en el cual una etiqueta de advertencia, que efectivamente advertía verbalmente, acerca del peligro de muerte que acarrearía el uso de un producto fue (con justa causa) considerado insuficiente bajo las circunstancias del caso véase, *Griffin v. Planters Chemical Corp.* 302 F. Supp. 937 (D.S.C. 1969).

<sup>96</sup> *Cfr.* Holmes, “The Path of the Law”, en *Harv. L. Rev.*, 10, 1897, pp. 457,461: “Por derecho me refiero a las profecías acerca de lo que realmente decidirán los jueces, y

apuesta hubieran sido casi iguales si hubiese pegado un cartel en la puerta con las palabras: “Voltaje atravesando puerta: 220”. Solo apostaríamos a favor del fabricante si la etiqueta dijese “PELIGRO - Falla de cableado - No enchufar hasta que no sea resuelto por un electricista”.

Si realmente existe tal distinción en el abordaje jurídico que se le da a los mensajes que transmiten los “contratos” y los que transmiten las “cosas”,<sup>97</sup> ello explicaría, al menos en parte, la existencia de aquellas decisiones reguladoras que de otro modo serían extraordinarias y que permiten que las palabras “expresen” una advertencia sin tener en cuenta la realidad comercial, siempre que la transmisión de las *palabras* sea suficiente. Así se viene a la mente una sección del UCC sobre garantías-descargos de responsabilidad,<sup>98</sup> en donde la frase “No hay garantía más allá de la descripción contenida en el adverso” descarga de responsabilidad por cualquier garantía respectiva al estado de las cosas, y la frase “No hay ninguna garantía de comerciabilidad” reemplaza a la anterior, siempre y cuando la frase esté por escrito y sea conspicua (a saber, “en letras grandes o de forma o color contrastantes”).<sup>99</sup> Fíjese en el efecto del olor subliminal del proceso contractual en el ejemplar más reciente del proyecto de protección al consumidor, el UCCC. En la parte material, una sección dispone<sup>100</sup> que:

(I) Además de *formalizar mediante contrato* la prenda de cualquier bien vendido, el vendedor de los bienes en una venta de créditos de consumo puede garantizar la deuda generada por la venta por medio de (a) la *formalización mediante contrato* de una prenda sobre los bienes vendidos con anterioridad al comprador por el vendedor si ya se han prendado los bienes que se encuentran en poder del vendedor....  
(sin itálica en el original)

Esta es la disposición que, aparentemente, fue diseñada para responder al problema del tipo de *Williams v. Wafker-Thomas*:<sup>101</sup> ¿De qué forma lo hace? Parece presumir la existencia de una mínima negociación entre dos

---

nada más pretencioso que eso”.

<sup>97</sup> Para tratar de *probar* que tal distinción existe, uno debe haber examinado y descrito con magnífica perspicacia y precisión el amplio cuerpo de jurisprudencia de casos sobre el tema latente-patente, la interpretación contractual, las letras chicas y demás. No lo he hecho.

<sup>98</sup> UCC, § 2-316.

<sup>99</sup> UCC, § 1-201(10).

<sup>100</sup> UCC, § 2.408.

<sup>101</sup> *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).

partes abiertas, como son los representantes de Walker-Thomas y una joven sofisticada como la Sra. Williams, en lo que respecta a –prepárese para lo que va a leer– disposiciones contractuales en forma permisible y, por lo tanto, presumible:

A partir de la presente fecha, el Vendedor gozará de una garantía de prenda sobre todos los bienes aquí vendidos al comprador, a fin de asegurar el pago de dichos bienes y aquellos bienes vendidos al comprador en virtud del presente.

Mundo de fantasías.<sup>102</sup>

Por otro lado, si uno no está pensando “contrato” o “acuerdo”, parece más probable que demandaría algo semejante a una etiqueta de advertencia. Si se van a permitir las cláusulas prendarias transversales, deberían tratarse como un peligro latente y etiquetarse como tales. Con eso en mente, mientras uno le puede seguir exigiendo “conspicuidad” a las palabras, podría exigirle lo mismo al significado, por ejemplo:

*Precaución. Si no paga a tiempo lo que acaba de comprar, podremos embargarle todo lo que le vendimos en algún momento.*

## VI. Conclusión

El abordaje que estoy promocionando consta de concebir la hoja-conpalabras que acompaña la venta de un producto como una parte de ese producto. Este cambio clasificatorio tiene, tal vez, dos efectos. Primero, brindará un marco conceptual mejor para los controles gubernamentales de calidad. Cuando las cosas son demasiado peligrosas o poco valiosas, el gobierno interviene directamente. No hay motivos para que esa intervención no suceda de forma igual de directa con respecto a las cosas contractuosas.

Pero los límites de cualquier abordaje basado en el control de calidad deben ser analizados, aunque sea brevemente. Aún si uno aborda el contrato como una cosa, no es tan fácil determinar cuándo las cosas deben ser reguladas. Uno no resuelve el problema de definir el mal abordándolo como si fuera una

---

<sup>102</sup> Para ser justos con los redactores o con el UCC, cabe destacarse que han eliminado, en § 2.409, los aspectos más atroces o las cláusulas prendarias transversales. Pero, nótese que esto ha sido logrado mediante el control de calidad directo o el contrato, y no jugando con el proceso de “formalización del contrato”.

simple especie de control de calidad de bienes. Hablando francamente, ¿qué tipos de cláusulas deberían ser ilegales? Seguramente la respuesta no es “las severas”. Casi cualquier desglose de una negociación tendrá efectos severos sobre alguna de las partes, y no queda claro que la carga de la severidad tenga que caer sobre la parte que tuvo la posibilidad de afectar a todos los compradores. No resulta irrefutablemente claro que aquellos que redactan contratos con regularidad *necesariamente* deben responder por aquellos cuyos contratos se disuelven. Ya que, entre otros, el abordaje del control de calidad tiene costos económicos (y, por lo tanto, sociales) muy altos. De llevarse adelante con cualquier grado de vigor, ningún contrato legal podría descender por debajo de un mínimo cualitativo de “justicia” y “seguridad”. En algunas circunstancias, esto tendría el mismo efecto que algunos códigos de construcción: lo más barato posible es más caro de lo que uno puede costear.<sup>103</sup> Uno es menos propenso a sacrificar calidad o arriesgarse por el precio, aunque desee hacerlo y fuera consciente de lo que hace. En resumidas cuentas, la técnica del control de calidad gubernamental reemplaza las combinaciones de calidad establecidas por el mercado y los niveles de precios. Aunque la economía de mercado fundamental postula que las personas suelen tener una mejor comprensión que los gobiernos acerca de lo que quieren, hay pruebas de que, aunque no se les reconoce, los gobiernos tienden a fusionar dos conceptos muy diferentes: “lo que quieren” y “lo que les conviene” con varios efectos represivos.<sup>104</sup> Después de todo, el control de calidad estricto es un abordaje regulador basado en la premisa: “No me importa que lo quiera, no lo puede tener”. Esto está más que justificado cuando lo que uno quiere es veneno, cuando un error en la elección de lo que “le hace bien” puede ser fatal. Puede justificarse para riesgos menores en los casos en los que el mercado es, de hecho, altamente imperfecto. Cuando el precio del error se mide en términos cada vez más económicos (en vez de orgánicos), y el mercado está cada vez más sujeto a correcciones competitivas normales, esta intrusión se torna cada vez más nociva. Si bien esta nueva metáfora parece proponer un marco aplicable de referencia (bienes gubernamentales-control de calidad) no toma, sin más, ninguna de las decisiones difíciles acerca de cuándo y cómo usarlo.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Nótese también, como otras instancias, las propuestas para prohibir terminantemente, cualquier embargo de salarios, p. ej., Kerr, “Wage Garnishment Should Be Prohibited” en *Prospectus*, 2, 1969, p. 371. *Es decir*, convertir todas las garantías prendarias en fideicomisos.

<sup>104</sup> Véase, p. ej., U.S.C., 26, §§ 4742(a) y 7238 sobre marihuana.

<sup>105</sup> Aún después de identificada la “injusticia”, queda la dificultad de describir y producir la justicia, y este problema general ciertamente no se limita al ámbito de protección del consumidor. Véase, H. Wellington, *Labor And The Legal Process*, edición de bolsillo, 1968, p. 27-35. Para una discusión sobre el contexto y las políticas laborales.

Por lo tanto, intenta no regular la calidad de forma directa, sino incrementar la disponibilidad y calidad de la información sobre la cual las decisiones comerciales (de mercado) se basan, y que sabiamente se dejan atrás. He intentado indicar que el cambio metafórico propuesto aquí tiene también un efecto sutil pero importante sobre el funcionamiento de *ese* aparato regulador. En resumidas cuentas, he argumentado que la concepción del contrato de consumo como cosa podría llevar a la percepción de la divulgación diferente de la de contrato-interpretación terminológica en un contexto más real, y más acorde a lo que sucede en la venta al por menor, hasta una producción final de descargos de responsabilidad más realistas. Tal cambio de visión tampoco resolvería todos los problemas. Muchas personas no se toman el trabajo de leer los contratos, por lo que aún un contrato claro tampoco los ayudaría. Al mismo tiempo, algunas personas firmarían un contrato aunque éste dijera “ESTO ES UNA ESTAFA” en letras fluorescentes en el encabezado de la hoja. Pero suponiendo que la nueva metáfora produjera *mensajes* divulgativos más robustos, con un costo informativo relativamente bajo, se podría incrementar el poder del mercado mismo para controlar la combinación precio-calidad.

Hay un límite más a la utilidad de esta transformación metafórica que estoy sugiriendo. Si bien mi sugerencia es realmente seria, soy consciente de la fragilidad de un esfuerzo de este tipo. El lenguaje nunca ha sido un gran rival de las percepciones, excepto en lo analítico, y lo analítico suele ser rápidamente absorbido por el renaciente mundo real de lo sintético. Una de las mayores contribuciones de Hohfeld al análisis jurídico, por ejemplo, fue la idea de que algunas cosas, como la “propiedad”, no eran realmente

---

Algunas experiencias con un verdadero control de calidad de bienes resultan sugestivas. Cuando el gobierno regula la calidad o los bienes, la práctica resulta más efectiva y menos objetable cuando la amenaza es de un daño serio o irreversible, como la muerte o la discapacidad por el uso indebido de una droga. Véase, *supra* notas 66-68. En el ámbito del contrato de consumo, los daños nunca son tan dramáticos, generalmente se limitan a un valor mayor al de la negociación, pero puede ser útil focalizar nuestros esfuerzos reguladores en este contexto sobre las pérdidas que exceden el valor de la negociación (p.ej., divulgaciones o garantías que afectan los reclamos por lesiones o el embargo contractual de dispositivos que le cuestan más al deudor que la deuda misma). Es posible que los jueces, en su esfuerzo por dar contenido al UCC, § 2-302, hayan adoptado un abordaje determinado sin ser conscientes de ello ni de ningún principio general que informe sobre este abordaje todavía *ad hoc*. Véase, Murray, *supra* nota 45 para una floreciente pero no muy explícita consciencia del significado de las cláusulas que exceden la negociación cuando los contratos de adhesión rigen en paralelo a una cláusula abusiva. Me gustaría *explayarme* más sobre esto en un artículo a publicarse en U. Pitt. L. Rev., 31, número 3.

“cosas”, conforme a la ley, sino campos de fuerza. Sostuvo que el discurso inteligente no debía dirigirse hacia la discusión acerca de quién es el titular de la cosa, ya que no había cosa, sino un conjunto de fuerzas que demandaban, para una discusión sensata, una suerte de vector analítico con coordenadas temporales.<sup>106</sup> Con cierta distancia histórica, podemos ver que el fracaso parcial pero innegable de esa poderosa sugerencia no fue un producto de la inoportuna muerte de Hohfeld, ni de algún vicio básico en su análisis, sino más bien del hecho de que, a modo de ejemplo, una granja, que es en realidad un conjunto de poderes, privilegios, derechos y demás, es percibida en el imaginario como un “terreno con límites”. Del mismo modo, un contrato de adhesión de consumo *parece* un contrato negociado clásico. El contrato de consumo *no* es una cosa, al menos, no del mismo modo en que lo son los automóviles, las vacas y los sofás, y no existe un discurso retórico que convenza a nadie de lo contrario. Por lo que la verdadera esperanza detrás de un ejercicio como este es necesariamente más modesta que cualquier transformación sensorial absoluta. Puede aspirar, al menos temporalmente, a destruir la caja semántica en la cual hemos encasillado nuestra concepción actual. El próximo, y duro, paso es construir una caja mejor con materiales ampliamente disponibles en el mundo real.

---

<sup>106</sup> Véase, p. ej., Hohfeld, “Faulty Analysis in Easement and License Cases”, en *Yale L.J.*, 27, 1917, p. 66. Aplicando Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning I & II”, en *Yale L.J.*, 23, 1913, p. 16 y *YALE L.J.*, 26, 1917, p. 710.