

## **Contratos de adhesión Algunas reflexiones sobre la libertad contractual\***

Por Friedrich Kessler

A partir del desarrollo de un sistema de libre mercado basado en una división del trabajo que no ha tenido precedentes, la sociedad capitalista requirió de una institución jurídica lo suficientemente flexible para salvaguardar el intercambio de bienes y servicios en el mercado. Los abogados del *common law* dieron respuesta a esta necesidad social transformando al “contrato” en una herramienta flexible y de utilidad casi ilimitada con relación a la institución tosca del siglo XVI. El contrato se convirtió así en un instrumento indispensable para el empresario, permitiéndole ocuparse de sus negocios de una manera racional. El comportamiento racional, en el contexto de nuestra cultura, sólo puede desarrollarse si los acuerdos son respetados. Esto exige que las expectativas razonablemente creadas por las promesas reciban la protección de la ley, o de lo contrario, correrán la misma suerte de los Trogloditas de Montesquieu, quienes perecieron debido a que no cumplieron sus promesas. Esta idea subyace en todas nuestras normas de contratos, en las doctrinas que se ocupan de su formación, ejecución, imposibilidad y de los daños y perjuicios derivados.

En el marco de un sistema de libre mercado la racionalidad del derecho contractual tiene todavía otro aspecto.<sup>1</sup> Para mantenerse al nivel de un constante

---

\* Título original “*Contracts of adhesion – Some thoughts about freedom of contract*”, publicado en *Columbia Law Review*, Vol. 43 (1943), pp.629-642. Traducido al español por Pablo Lepere, Profesor de Contratos en Particular y Derecho de Daños (Universidad de Palermo).

<sup>1</sup> Max Weber, *Rechtssoziologie, Grundriss Der Sozialökonomik* 3 (2), 2nd ed. 1925, p. 413 y ss.

<sup>1a</sup> Pound, “Liberty of Contract”, en *Yale L. J.*, 18, 1909, p. 454; Williston, “Freedom of

crecimiento del mercado, el sistema jurídico tiene que poner a disposición de los miembros de la comunidad un número de transacciones comerciales típicas, cada vez mayor, y regular sus consecuencias. Sin embargo, la ley no puede prever el contenido de un número infinito de operaciones atípicas en las que los miembros de la comunidad necesitan participar. La sociedad, por lo tanto, debe proporcionar a las partes libertad contractual; a fin de hacer posible y garantizar, dentro de la comunidad de negocios, la naturaleza deliberada de una transacción. Por otra parte, las reglas del common law, en materia contractual tienen que permanecer *Jus dispositivum* –parafraseando a los romanos–. Es decir, su aplicación tiene que depender de la intención de las partes o de su negligencia de pactar lo contrario. (Si las partes en un contrato no han podido estipular sus términos por sus propios medios, se supone que han considerado las consecuencias establecidas por el *common law*.) La ley no puede hacer más que eso. Se tiene que delegar la posibilidad de estipular las condiciones en las partes contratantes. En cuanto a ellos concierne, el derecho contractual tiene que ser el producto de su propia elaboración.

De este modo, la libertad contractual no resulta aceptable solo por razones morales, sino también como resultado de un principio eminentemente práctico. Es la contrapartida inevitable de un sistema de libre mercado.<sup>1a</sup> Como consecuencia de ello, nuestra tradición jurídica en materia de contratos refleja un espíritu de orgulloso individualismo y de *laissez faire*. Esto es particularmente cierto, para los axiomas y reglas relativos a la formación y la interpretación de los contratos, la autenticidad y realidad del consentimiento. El contrato –como nos lo expresa el lenguaje de los casos– es un asunto privado y no una institución social. El sistema judicial, por lo tanto, se ocupa de su interpretación, pero los tribunales no pueden crear los contratos para las partes.<sup>2</sup> No hay contrato sin consentimiento, pero una vez que hay manifestaciones objetivas del consentimiento, su autor queda obligado. Se supone que una persona debe conocer el contrato que celebra.<sup>3</sup> “Una mera oferta no impone ningún deber de acción sobre su destinatario, no

---

Contract”, en *Cornell L. Q.*, 6, 1921, p. 365; Hamilton, “Freedom of Contract”, en *Encyc. Soc. Scr.*, 3, p. 450.

<sup>2</sup> *Urian v. Scranton Life Insurance Company*, 310 Pa. 144, 165 At. 21 (1933); *Imperial Fire Insurance Company v. Coos County*, 151 U. S. 452 (1894).

<sup>3</sup> En ausencia de fraude o tergiversación las partes que han puesto su contrato por escrito y lo han suscripto no serán escuchadas al decir que ellas no han leído o no conocían, entendían o acordaron el contenido del documento mientras sea legible, por pequeño que sea el tamaño de la impresión. *L'Strange v. F. Graucob Ltd.*, 2 K. B. 394 (1934). Para casos americanos véase, *Williston, Contracts* 1, rev. ed., 1936, § 90A.

hay obligación de aceptar, rechazar o tomar conocimiento de ella”.<sup>4</sup> Si un oferente no tiene respuesta sobre la oferta por parte de su destinatario, es libre para hacer consultas o retirarla, pero no puede considerar el silencio como una aceptación. Cualquiera de las partes debe velar por sus propios intereses y su propia protección. Las ofertas abusivas pueden evitarse mediante la búsqueda de mejores ofertas. Toda persona tiene total libertad de elección con respecto a su contraparte en el contrato, y el principio de efecto relativo del contrato respeta la exclusividad de esta elección.<sup>5</sup> Desde que un contrato es el resultado de la libre negociación de las partes que se unen por el juego del mercado y que se encuentran en un aproximado pie de igualdad económico y social, no hay peligro de que la libertad contractual constituya una amenaza al orden social como un todo. Bajo la influencia de este credo optimista, los tribunales se muestran reacios a declarar la nulidad de un contrato como contrario al orden público, porque si hay algo que más de una política pública requiere es que los hombres mayores de edad y con capacidad de discernimiento tengan la mayor libertad contractual posible, y que sus contratos, cuando fueran celebrados en forma libre y voluntaria, sean considerados sagrados y ejecutados por los tribunales de justicia.<sup>6</sup>

El desarrollo de la empresa a gran escala con su producción y distribución masiva desarrolló inevitablemente un nuevo tipo de contrato, el contrato estandarizado masivo.<sup>7</sup> Éste, una vez que su contenido ha sido formulado

---

<sup>4</sup> Prosser, “Delay in Acting on an Application for Insurance” en *U. or Cni. L. Ray.*, 3, 1935, pp. 39, 45.

<sup>5</sup> *Coast Fisheries Co. v. Linen Thread Co.*, 269 Fed. 841 (D. Mass. 1921); *Kaufman v. Sydeman*, 251 Mass. 210, 146 N. E. 365 (1925). La evolución y la restricción gradual del principio de efecto relativo del contrato con la ayuda de las teorías de la agencia (autor no revelado), tercera parte beneficiaria, doctrinas atributivas y de daños expresan nuestra preocupación por la creciente impersonalidad del mercado y la función social de los contratos. Nosotros consideramos que la doctrina del autor no revelado no es más que una doctrina anómala que ignora la noción fundamental del derecho del *Common Law* “de que un contrato crea obligaciones estrictamente personales entre las partes contratantes”. Huffcut, *Agency*, 2d ed. 1921, p. 158; Ames, “Undisclosed Principal- His Rights and Liabilities” en *Yale L. J.*, 18, 1909, p. 443. La doctrina del efecto relativo del contrato ya no aísla perfectamente al productor de responsabilidad directa frente al consumidor final; como ilustran los casos sobre alimentos e instrumentalidad peligrosa.

<sup>6</sup> *Sir G. Jessel, M. R.*, en *Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson*, *L. R.* 19 Eq. 462, 465 (1875).

<sup>7</sup> Pausnitz, “The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law”, revisado por Llewellyn 1937, en *Harv. L. Rev.*, 52, 1939, p. 700; Llewellyn, “What Price Contract-An Essay in Perspective” en *Yale L. J.*, 40, 1931, p. 704; Issacs, “The Standardizing of Contracts” en *Yale L. J.*, 27, 1917, p. 34; Raiser, “Das Recht Der Allgemeinen Geschaefftsbedingungen”, 1936.

por una empresa, se utiliza en cada negociación referente al mismo producto o servicio. La individualidad de las partes, que con tanta frecuencia le dio color al contrato típico antiguo, ha desaparecido. El contrato estandarizado actualmente refleja la impersonalidad del mercado. Se ha llegado a su máximo perfeccionamiento en los diferentes tipos de contratos utilizados en los distintos intercambios. Una vez que la utilidad de estos contratos se descubrió y se perfeccionó en materia de transporte, seguros y banca comercial, su uso se extendió a todos los otros campos de la empresa a gran escala, en el comercio internacional, en el comercio nacional, y en el marco de las relaciones laborales. Debe señalarse también que la uniformidad de los términos de los contratos, típicamente recurrentes en una empresa comercial, es un factor importante para el cálculo exacto de riesgos. Los riesgos, que son difíciles de calcular, se pueden excluir por completo. Las contingencias imprevisibles que afectan el desempeño, tales como huelgas, incendios, y dificultades de transporte pueden ser previstos.<sup>8</sup> Las cláusulas estandarizadas de las pólizas de seguro son los ejemplos más llamativos de los exitosos intentos, por parte de las empresas de negocios, para seleccionar y controlar los riesgos asumidos en virtud de un contrato. El negocio de los seguros, probablemente, merece crédito también por haber sido el primero que se percató de la gran importancia del llamado “riesgo jurídico”, siendo el resultado cláusulas ingeniosas.<sup>9</sup> Una vez demostrada su utilidad práctica, fueron usadas en otros rubros de negocio. Es muy probable que el deseo de evitar riesgos legales haya sido un factor de motivación en el uso generalizado de cláusulas de garantía en la industria de las maquinarias, limitando los recursos del derecho consuetudinario del comprador a la violación de una garantía implícita de calidad y, en particular, excluyendo su derecho a reclamar daños y perjuicios.<sup>10</sup> Lo mismo se aplica para las cláusulas de arbitraje en el comercio internacional. Los contratos estandarizados se han convertido en un importante medio para excluir o controlar el “factor irracional” en el pleito.

En la medida en que la reducción de los costos de producción y distribución se refleje en precios más bajos, la sociedad en su conjunto, en última instancia, se verá beneficiada por la utilización de este tipo de contratos...

---

<sup>8</sup> Para una cláusula de gran alcance en un contrato de venta véase, *Hollis Bros. & Co. Ltd. v. White Sea Timber Trust, Ltd.*, 3 All Eng. R. 895 (1936). En este caso un vendedor de madera procedente de un puerto en el Círculo Ártico abierto a la navegación sólo por veintiún días estipuló “este contrato obliga a vendedores que hacen acuerdos necesarios de expedición y venta referidos a fletes de cualquier mercancía no enviada para ser cancelada.”

<sup>9</sup> Patterson, *Essentials of Insurance Law*, 1935, p. 282 y ss.

<sup>10</sup> Sobre el esfuerzo de la legislatura de proteger los intereses de los compradores de maquinaria agrícola véase, *Leyes De Dakota Norte*, 1919, C. 238, interpretado en *Palaniuk v. Allis Chalmers Mfg Co.*, 57 N.D 199, 220 N.W 638 (1928).

Sin embargo, el uso de los contratos estandarizados tiene otro aspecto que ha adquirido mayor importancia. Los contratos estandarizados suelen ser utilizados por empresas con fuerte poder de negociación. La parte más débil, requirente de bienes o servicios, no se encuentra con frecuencia en posición de comprar en mejores condiciones; ya sea porque el autor del contrato estandarizado tiene un monopolio (natural o artificial), o porque todos los competidores utilizan las mismas cláusulas. Su voluntad de contratar, no es sino el sometimiento más o menos voluntario a los términos establecidos por la parte más fuerte. Términos cuyas consecuencias se entienden a menudo sólo de un modo vago. Así, los contratos estandarizados son con frecuencia los contratos de adhesión, son *prendre ou ai laisser*.<sup>11</sup> No es infrecuente que la parte más débil de un contrato eventual acuerde por adelantado no retractarse de su oferta, mientras que el destinatario de la oferta se reserve a si mismo el poder de aceptarla o rechazarla;<sup>12</sup> o se someta a los términos o a la modificación de términos que le serán comunicados posteriormente. Sin duda, este último tipo de cláusulas regularmente prevé una facultad de rescisión.<sup>13</sup> Pero como es habitual, suelen ser aceptadas con frecuencia convirtiéndose así en parte del “derecho vivo”. Por último, los contratos estandarizados han sido utilizados para controlar y regular la distribución de bienes del fabricante en todo el recorrido hasta el consumidor final. Se han convertido en uno de los muchos dispositivos para construir y fortalecer imperios industriales.

Y aun así, la enorme importancia económica de los contratos de adhesión apenas se refleja en los grandes textos sobre contratos o en el *Restatement*. De hecho, el término “contrato de adhesión”, o una designación similar, ni siquiera ha encontrado reconocimiento general en nuestro vocabulario jurídico. Esto no provocará ningún daño, si seguimos siendo plenamente conscientes de que el uso de la palabra “contrato” no implica la extensión indiscriminada de las normas contractuales ordinarias a todos los contratos. Pero al parecer, la configuración de las profundas antinomias en la estructura de nuestro sistema de contratos es una experiencia demasiado dolorosa para permitirles alcanzar plenamente el nivel de nuestra conciencia. En consecuencia, los tribunales han hecho grandes esfuerzos para proteger a la parte contratante más débil, y

---

<sup>11</sup> La palabra “contrato de adhesión” ha sido introducido en el vocabulario legal por Patterson, “The Delivery of a Life Insurance Policy” en *Harv. L. Rev.*, 33, 1919, pp. 198, 222.

<sup>12</sup> *Cole, McIntyre, Nortfleet Co. v. Hollaway*, 141 Tenn. 679, 214 S.W 817 (1919) discutido por Corbin en *Yale L. J.*, 29, 1920, p. 441.

<sup>13</sup> Véase, la forma estandarizada de una solicitud de póliza de seguro de vida, reimpresso en Patterson, *Cases and Other Materials on the Law of Insurance*, 1932, p. 819; *Robinson v. U. S. Benevolent Society*, 132 Mich. 695 (1903).

aun así, mantener “las normas elementales” del derecho contractual intactas. Como resultado, nuestro *common law* de los contratos estandarizados es muy contradictorio y confuso. Además, las potencialidades inherentes en el sistema de derecho común para hacer frente a los contratos de adhesión no se han desarrollado plenamente. El derecho contractual de seguros suministra excelentes ejemplos. Perjudicados seriamente por el axioma de que los tribunales sólo pueden interpretar, pero no pueden hacer contratos para las partes, los tribunales tuvieron que depender en gran medida de su prerrogativa de interpretación para proteger a un tomador de una póliza de seguro. Sin duda, muchos tribunales han demostrado una notable capacidad para tomar decisiones “solo” al interpretar las cláusulas ambiguas en contra de su autor, incluso en los casos en que no había ninguna ambigüedad. Sin embargo, esta discusión acerca del método tiene sus desventajas, como lo muestra, de manera sorprendente, la historia del tratamiento de las garantías en los contratos de seguro de vida. Los tribunales, cuando protegen a un tomador inocente de póliza de seguros contra la rigurosidad de la doctrina, no indicaron claramente que, como cuestión de política pública, una compañía de seguros no puede eludir su responsabilidad por el mero hecho de la falsedad de una declaración que ha sido etiquetada como “garantía”. A su juicio, la libertad contractual les impedía manifestarlo. En su lugar, enmascararon como “interpretación” sus esfuerzos para transformar las garantías en declaraciones.<sup>14</sup> Pero esta solución provisional ha alentado a las compañías de seguros a debatir sobre la utilidad de las “garantías” una y otra vez.<sup>15</sup>

La sociedad por tanto tenía que pagar un precio elevado en términos de incertidumbre por el lujo de una homogeneidad aparente en derecho contractual. Finalmente, el legislador tuvo que intervenir. En muchas jurisdicciones las garantías se han puesto en el mismo nivel que las declaraciones; en el seguro de incendio, la legislación ha establecido, incluso, el contenido de la póliza estándar. No ha surgido necesidad alguna con respecto a los contratos de reaseguro. Aquí las partes con la misma capacidad y poder de negociación están tratando con otra parte.

Aunque el episodio de garantías, debido a la intervención de la legislación, en gran medida pertenece al pasado, otra controversia bien

---

<sup>14</sup> Cf. *Moulov v. American Life Ins. Co.*, 111 U. S. 335 (1884); Ehrenzweig y Kessler, “Misrepresentations and False Warranty in the Illinois Insurance Code” en *U. of Chi L. Rev.*, 9, 1942, pp. 209, 210 y ss.

<sup>15</sup> Sobre las deficiencias del dispositivo “interpretación” que se traduce en una lucha constante entre el autor de contratos estandarizados y los tribunales, véase, Llewellyn, “Book Review” en *Harv. L. Rev.*, 52, 1939, pp. 702, 703.

conocida carece aún de una solución satisfactoria. Los tribunales no han sido capaces de ponerse de acuerdo sobre quién asumirá el riesgo de la denominada “pérdida sin seguro”, causada por una demora injustificada en la emisión de una póliza para quien la ha solicitado por parte de una compañía de seguros.<sup>16</sup> Una vez más el mito piadoso de que el derecho contractual es una prenda que ha sido establecida en la senda del progreso. Los tribunales, a causa de su dependencia y preocupación por la “interpretación”, carecían de experiencia en el manejo de esta situación.

La mayoría de los tribunales han considerado de gran importancia que no sea factible la restitución en un contrato. De acuerdo con el “principio bien establecido del derecho contractual, dentro del ámbito en el cual se asienta el contrato de seguro”, una solicitud de seguro es una oferta y por lo tanto, no impone ninguna obligación a la compañía de seguros hasta no ser aceptada. Tampoco “ofrece una base para atribuir responsabilidad alguna en razón de la demora en la aceptación, o de la falta de cuidado al diligenciarlo”. Una decisión de la Corte Suprema de Connecticut ha resumido los argumentos en contra de un contrato tácito de la forma más persuasiva:

Por supuesto, es cierto que si no se actúa sobre ella puede, en un caso como este, causar perjuicio al solicitante o a los denominados beneficiarios en la póliza, en contra de la protección que él esperaba obtener. Sin embargo, esta situación no es propia del derecho de seguros. Por ejemplo, él puede hacer una oferta para comprar las mercancías que necesita a un precio determinado, teniendo razones para creer que el precio se incrementará, y podría incurrir en pérdidas por el fracaso de aquel que actúa sobre la base de la oferta dentro de un tiempo razonable.<sup>17</sup>

Para fortalecer el argumento se nos dice que una promesa implícita no estaría fundamentada por la causa. “Ningún beneficio legal derivado del solicitante a la empresa en razón de la oferta, y cualquier perjuicio que el solicitante padeciere no es uno que fuera contemplado por los términos de la oferta o su aceptación”. Esto resulta aún más evidente, puesto que los tribunales nos aseguran que el solicitante no acuerda que no buscará otro seguro en otro lugar y además, tiene la libertad de retirar su oferta en cualquier momento antes de la aceptación.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Prosser, *supra* nota 4.

<sup>17</sup> *Swentusky v. Prudential Ins Co*, 116 Conn 526, 1933, p. 534.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 534.

El argumento de que la restitución contractual sería “contraria a los principios bien establecidos de derecho contractual” ha influido en casi toda la literatura legal.<sup>19</sup> En particular, desde que típicamente las solicitudes contienen una disposición en el sentido de que la empresa no incurrirá en responsabilidad en virtud de la solicitud hasta que haya sido aprobada por la oficina que corresponde a su domicilio, y que la póliza haya sido emitida y entregada formalmente.<sup>20</sup> Además, se ha señalado que la asunción de una promesa implícita de actuar con prontitud “ignora la realidad”. “Si un tribunal debe sostener que existía el contrato para decidir rápidamente sobre la propuesta, entonces, en poco tiempo, todas las compañías de seguros que operan en esa jurisdicción podrían incorporar en sus solicitudes cláusulas negando expresamente tal promesa”.<sup>21</sup>

Sin embargo, aunque los tribunales por lo general suscriban esta doctrina, la mayoría todavía permite la restitución por otras vías— por así decirlo—. Consideran la restitución *ex contractu* como imposible, pero al mismo tiempo permiten la restitución *ex delictu*. El fracaso de una compañía de seguros para adoptar las medidas oportunas, apropiadas a estas decisiones, equivale a la violación de un deber general hacia el público de actuar sin retrasos indebidos sobre las solicitudes por riesgos aceptables.<sup>22</sup> Los tribunales están convencidos de que la póliza de seguro no puede ser tratada como cualquier otro contrato. El Estado, mediante la concesión de una franquicia a la compañía de seguros, a través de la regulación y la supervisión de su negocio, reconoce la gran importancia social de las empresas aseguradoras. Por lo tanto, esto implica que en aras del interés público las solicitudes de seguro por riesgos aceptables no se demoren indebidamente. Así, los tribunales no se circunscribirán al dogma del *common law* en materia de contratos que regula los contratos de seguros. Con la colaboración del derecho de daños anularán aquellas partes del derecho contractual consideradas inaplicables en virtud del interés público. Bajo el manto del derecho de responsabilidad civil, los tribunales reconocieron la responsabilidad por *culpa in contrahendo* generando una nueva norma en

---

<sup>19</sup> Sólo algunas decisiones han establecido la responsabilidad contractual o cuasi-contractual, p. ej., *Columbian Nat. Life Ins. Co. v. Lemmons*, 96 Okla. 228 (1923).

<sup>20</sup> Prosser, *supra* nota 4, pp. 40, 41. Para un análisis de la función de la cláusula y los esfuerzos de los tribunales para proteger los intereses de los solicitantes manipulando el símbolo “entrega” véase, Patterson, *supra* nota 11, pp. 218, 221, 222.

<sup>21</sup> Funk, “The Duty of an Insurer to Act Promptly on Applications” en *U. of PA. L. Rev.*, 75, 1927, pp. 207, 214.

<sup>22</sup> *Duffie v. Bankers' Life Ass'n*, 160 Iowa 19, 139 N. W. 1087 (1913); para más casos, Prosser, *supra* nota 4, p. 41 y ss.



orden a la formación de los contratos de seguros. Este enfoque les permite hacer caso omiso de la cláusula establecida en la solicitud, por medio de la cual la empresa trató de evadir su responsabilidad con anterioridad a la entrega de la póliza. No es de extrañar que esta línea de razonamiento haya sido duramente criticada no solo por su inconsistencia,<sup>23</sup> sino también por socavar la seguridad jurídica y la estabilidad de la actividad aseguradora. El interés público exige más que la estabilidad de la empresa de seguros. Para proteger a la gran masa de personas que se relacionan con ellas para su protección y la de sus dependientes, es necesario resguardarlos de la pérdida que puede resultar por la adhesión a los principios jurídicos establecidos.<sup>24</sup>

La anterior formulación de argumentos pone de manifiesto el problema básico que enfrentan los tribunales en los casos relativos a seguros. Esto es: ¿puede la unidad del derecho contractual mantenerse frente a la creciente utilización de contratos de adhesión? Los pocos tribunales que permiten la restitución del contrato y los muchos que permiten la restitución por daños perciben, más o menos claramente, que los contratos de seguros son contratos de adhesión, intentando proteger a la parte contratante más débil frente a la rigurosidad del common law y en contra de lo que ellos piensan que constituyen abusos de la libertad contractual. Los tribunales que niegan la restitución, por el contrario, se aferran a la creencia de que la solicitud de seguro no es diferente de cualquier otra oferta, y se encuentran convencidos de que los esfuerzos por construir, por ensayo y error, un sistema dual de derecho contractual, de manera inevitable, debe socavar la función de seguridad de todo el derecho. Principalmente, porque los tribunales no son capaces de decidir en qué medida un contrato de seguro tiene características obligatorias.

Sin duda, la tarea de construir un sistema múltiple de derecho contractual es eminentemente difícil, sobre todo porque los tribunales no son comisiones capaces de examinar de manera cuidadosa las ramificaciones del problema involucrado. Sólo pueden ver un aspecto limitado del problema global que se somete a litigio. Igual de difícil es la tarea de determinar si, y en qué medida, un contrato, por ejemplo el de seguros, es un contrato de adhesión. Sin embargo, el conflicto al que un solicitante de seguro se expone por una

---

<sup>23</sup> *Savage v. Prudential Life Ins. Co.*, 154 Miss. 89, 121 So. 487 (1929). “Sostener que no hay contrato ni incumplimiento de contrato, por no asegurar al solicitante, o para notificarle que no está asegurado, y luego sostener que surge un daño, es sostener que un deber legal fue creado, y esto no podemos compartirlo” *Ibid.*, p. 489. La situación es distinta que en la historia temprana del derecho contractual, donde la responsabilidad contractual fue desarrollada con la ayuda de las medidas adoptadas en el caso. En los casos de contratos de seguro y análisis de daños representan ideologías opuestas.

<sup>24</sup> *Swentusky v. Prudential Ins. Co.*, 116 Conn. 526, 532 (1933).

demora injustificada en el manejo de su solicitud merece una consideración más seria que la aseveración de que, en caso de demora injustificada, el solicitante podrá retirar su oferta. La denegación de responsabilidad puede hacer primar la ineficiencia. Se afirma, en este sentido, que la posición de los tribunales que permiten al solicitante la restitución, como si estuviera asegurado, es más realista. Siempre que el riesgo fuera aceptable y la compañía de seguros, al manejar la solicitud, se haya desviado de su patrón habitual de comportamiento, sobre el que el demandante pudo razonablemente fundarse.<sup>25</sup> No hay ninguna evidencia de que el negocio de los seguros haya sido incapaz de ajustarse al nuevo derecho creado por las decisiones judiciales que conceden la restitución. Esto no es sorprendente, ya que las desviaciones de la práctica habitual en el manejo de algunas solicitudes que dan lugar a la “pérdida sin seguro” constituyen la excepción.<sup>26</sup>

La idea implícita en los casos que permiten la restitución parece muy fructífera por cierto. Al lidiar con contratos estandarizados, los tribunales tienen que determinar qué puede esperar de forma legítima la parte contratante más débil en términos de servicios, de acuerdo a la “vocación” del empresario; y en qué medida la parte más fuerte puede defraudar dichas expectativas.<sup>27</sup> Dificilmente puede objetarse que la tarea resultante de reformular, en su caso, el contenido de un contrato de adhesión es ajena a la función de los tribunales del *common law*. El derecho creado por los jueces en el ámbito de condiciones

---

<sup>25</sup> Hasta ahora, las decisiones que conceden la restitución en un acto ilícito han sido bastante laxas en la evidencia exigida para demostrar que el retraso en la tramitación de las solicitudes cause “pérdidas sin seguro”. Para una decisión que insiste en que el demandante puede obtener la restitución sólo si tenía razones para creer que una póliza le sería emitida, y si él estuviera facultado para excluir los daños causados mediante la adquisición de otro seguro, véase *Wallace v Metropolitan Life Co. Inc.*, Wis 212 346, 248 435 N. W. (1933).

<sup>26</sup> La práctica de antedatar un seguro, utilizando las primas pagadas es un paso en la dirección correcta pero es difícil que vaya lo suficientemente lejos. El solicitante, si está protegido contra todo riesgo de demora, se encuentra sólo protegido en caso de que haya pagado la primera prima en su totalidad. No está protegido, p. ej., si sólo ha hecho un pago inicial de la primera prima, como se ilustra en *Swentusky v Prudential Ins Co.* 116 Conn 526, citada *supra* nota 17. Si, y en qué medida, el solicitante está protegido depende además del tipo de pago de la prima utilizada. Para una descripción de los diversos tipos de pagos de primas utilizadas y sus deficiencias, véase “Comment” en *Yale L.J.*, 44, 1935, p. 1223.

<sup>27</sup> Llewellyn, “Review” en *Harv. L. Rev.*, 52, 1939, pp. 700-704. Llewellyn nos lleva a observar la jurisprudencia en contratos verbales sobre seguros la cual, efectivamente, muestra el ingenio de los tribunales del *common law* en la elaboración de contratos para las partes sobre la base de una situación de vida habitual. Véase, *Aetna Ins. Co. of Hartford, Conn. v Licking Valley Millings Co.* (C. C. A. 6th, 1927) 19 Fed. (2d) 177; Paterson, *supra* nota 9. p. 59 y ss., 64 y ss.

constructivas demuestra de manera amplia lo contrario. Además, refuta el argumento de que un contrato tácito no se diferencia de un contrato expreso, salvo que la intención de la parte se encuentre circunstancialmente demostrada<sup>28</sup>.

La tarea de ajustar en cada caso concreto el derecho contractual del common law a los contratos de adhesión debe abordarse de forma directa y no indirecta. Esto solo es posible si los tribunales se vuelven plenamente conscientes de su actitud emocional con respecto a la libertad contractual. Aquí reside el principal obstáculo para el progreso, sobre todo porque los tribunales tienen una comprensible tendencia a evitar este problema crucial mediante racionalizaciones. Ellos prefieren convencerse a sí mismos y a la comunidad de que la seguridad jurídica y los “sólidos principios” del derecho contractual no se deben sacrificar frente a los dictados de la justicia o de la conveniencia social. Tales discusiones son escasamente beneficiosas.

Sin duda, “los conceptos de jurisprudencia y el sentido de justicia no son sinónimos”,<sup>29</sup> ello es así en razón de que el primero implica el mero acatamiento a leyes respecto de las cuales uno no está necesariamente de acuerdo. Pero también es cierto que las normas del *common law* son lo suficientemente flexibles para permitir a los tribunales prestar atención a su sentido de justicia y al sentido de justicia de la comunidad. Así como la libertad contractual otorga a las partes contratantes el margen de acción necesario para adaptar el derecho contractual de acuerdo a sus necesidades, la elasticidad del *common law*, con normas y contramedidas que compiten constantemente, posibilita a los tribunales seguir los dictados de la “conveniencia social”. Más allá de lo que se pueda pensar acerca de la posibilidad de separar lo que la “ley es” de lo que la “ley debería ser”, una cosa es segura: en el desarrollo del *common law* lo ideal tiende constantemente a convertirse en práctica. Y en este proceso, el ideal de la seguridad ha dejado de ser sopesado contra la deseabilidad social de cambio, y muy a menudo, la seguridad jurídica tiene que ser sacrificada en pos del progreso. Las inconsistencias y contradicciones dentro del sistema jurídico son inevitables como consecuencia del desarrollo desigual del derecho y de las ideologías en conflicto.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Prosser, *supra* nota 4, p. 49.

<sup>29</sup> M. Cohen, “Positivism and the Limits of Idealism in the Law” en *Proceedings of the Sixth International Congress of Philosophy*, 1927, pp. 469, 470.

<sup>30</sup> Sin embargo, en un momento de transición como el nuestro, donde la dicotomía entre la libertad política y económica pertenece a la experiencia de la vida cotidiana y donde el sentimiento generalizado de inseguridad económica pone en peligro incluso la libertad política, el impulso psicológico de resguardarse en la ley en pos de seguridad es particularmente poderoso. Para un análisis psicológico exhaustivo del dilema emocional del hombre moderno véase, Fromm, *Escape From Freedom*, 1942.

Ni siquiera es productivo gastar “la energía del abogado, el dinero de los clientes y el tiempo y el análisis de los jueces”<sup>31</sup> en la discusión de los problemas que presentan los contratos de adhesión en términos de principios jurídicos establecidos; ni proclamar que la restitución es “contraria a los principios bien establecidos del derecho contractual”. Este enfoque intenta crear la impresión de que las normas relativas a la formación de los contratos conforman un sistema cerrado y armonioso. Pero éste no es el caso. La doctrina de la *consideration*, por ejemplo, más que cualquier otra doctrina, se encuentra en un constante proceso de evolución, llena de contradicciones e inconsistencias.<sup>32</sup> Dicha doctrina ha respondido a la creencia en la libertad contractual, como ilustra la teoría “*peppercorn*” de la causa. También se puede utilizar para proteger a un acreedor contra el riesgo de coacción económica de su deudor (*Foakes v. Beer*).<sup>33</sup> Se han defendido políticas sociales diametralmente opuestas en nombre de la *consideration*. Por otra parte, la dureza de la regla de *Thorne v. Deas*,<sup>34</sup> que parece apoyar la teoría de los tribunales que niegan la responsabilidad en el marco de un contrato, es mitigada por una contramedida que de manera constante ha ganado fuerza y se ha expresado en el artículo 90 del *Restatement*. Incluso el mero riesgo de dependencia ha sido considerado causa suficiente,<sup>35</sup> una doctrina que resulta muy apropiada para contrarrestar el argumento de que el solicitante podría haber retirado su solicitud y requerido un seguro en otro lugar. Es cierto que la aceptación de la solicitud difícilmente puede inferirse del silencio por un período razonable de tiempo, desde que la cláusula estándar en la solicitud advierte de manera expresa al solicitante que la empresa no incurrirá en responsabilidad en virtud de la solicitud, hasta que se haya aprobado, formalmente emitida y entregada la póliza. Pero, ¿es esta cláusula, suficiente

---

<sup>31</sup> Douglas, “Vicarious Liability and Administration of Risk 1” en *Yale L. J.*, 38, 1929, pp. 584, 594.

<sup>32</sup> Corbin, “Recent Developments in the Law of Contracts” en *Harv. L. Rev.*, 50, 1937, pp. 449, 453 y ss.

<sup>33</sup> L. R. 9 App. Cas. 605 (1884); Sharp, “Promissory Liability II” en *U. of Chi. L. Rev.*, 7, 1940, pp. 250, 253. Así interpretada la norma en *Foakes v. Beer* no es tan conceptualista como sus críticos sostienen.

<sup>34</sup> 4 Johns. 84 (N. Y. 1809). Resulta difícil creer que los esfuerzos por parte de algunos tribunales [p. ej. *Comfort v. McCorkle*, 149 Misc. 826, 268 N. Y. Supp. 192 (1933)] para reconciliar §§ 45 y 90 del *Restatement*, mediante la aplicación restrictiva del *estoppel* promisorio para las suscripciones benéficas y promesas para hacer regalos (casos no comerciales) tendrá éxito en el largo plazo.

<sup>35</sup> Para una recopilación y discusión de las autoridades véase la nota “Promissory Obligations Based on Past Benefits or Other Moral Obligations” en *U. of Chi. L. Rev.*, 7, 1939, pp. 124, 133 y ss.

e inequívocamente negativa, no sólo una aceptación por el silencio, sino también una promesa de garantía implícita (como se le llama técnicamente) a tomar medidas inmediatas sobre una solicitud de un riesgo aceptable?<sup>36</sup> Más grave es el argumento de que la hipótesis de una promesa implícita de actuar con rapidez no es realista porque las compañías de seguros, una vez sometidas a tal promesa implícita, lo harían inmediatamente negativo por estipulación expresa en la póliza. Pero, ¿este argumento no es una petición de principio? El problema crucial no es si las compañías de seguros pueden insertar una cláusula de esa naturaleza, sino si pueden hacerlo con impunidad.

Por lo tanto, las doctrinas técnicas del derecho contractual no pueden proporcionar a los tribunales las respuestas correctas. Ellas persuaden sólo a aquellos tribunales que ya están convencidos. Por ejemplo, la doctrina de la “causa” que elija el tribunal como la correcta depende de su posición respecto a la libertad contractual. Todas las doctrinas técnicas que recurrieron a los tribunales en los casos de seguros donde se denegó la responsabilidad no son otra cosa que racionalizaciones de los deseos de los tribunales para preservar la libertad contractual. Incluso los casos en los que sostiene la responsabilidad de la compañía de seguros por daños se rinde tributo al dogma, de lo contrario, no habría sido necesario enfatizar constantemente que el demandante no busca la restitución en el contrato. El dogma de la libertad contractual es el verdadero héroe o villano en el drama de los casos de seguros. Pero, si es posible, prefiere mantenerse en la seguridad del trasfondo y dejar la lucha circunscripta a la causa y a la gran cantidad de otros aspectos que orbitan alrededor de ella, los cuales muy a menudo dan lugar a la confusión de la audiencia que, vagamente, percibe la irrealidad de la atmósfera.

Sin embargo, los casos de daños son un constante desafío indirecto para las pretensiones del dogma de la libertad contractual. Ellos mantienen vigente la cuestión de si las “ideas recibidas”<sup>37</sup> sobre la libertad contractual, que constituyen el fundamento de los casos de seguros, representan un retraso cultural.

El individualismo de nuestras normas de derecho contractual, de las cuales la libertad contractual es el símbolo más poderoso, está estrechamente ligado a la ética del capitalismo de libre mercado y de los ideales de justicia de una sociedad móvil de pequeños empresarios, comerciantes y artesanos

---

<sup>36</sup> El riesgo de dependencia proporciona la consideración/causa necesaria. La situación es en cierto modo el inverso al presentado por *Los Angeles Traction Co. v Wilshire*, 135 Cal. 654, 67 Pac. 1086 (1902) y otros casos similares previstos en el § 45 del *Restatement of Contracts*.

<sup>37</sup> Pound, “The New Feudalism” en *A. B. A. J.*, 16, 1930, pp. 553, 554.

individuales independientes. Esta sociedad creía que la acción individual y cooperativa ilimitada en la familia, la iglesia y el mercado no podría reducir la libertad y la dignidad del hombre, sino que aseguraría la justicia social más elevada posible. Estaba firmemente convencida de una ley natural según la cual el individuo que servía a su propio interés, también servía a los intereses de la comunidad. Los beneficios podían obtenerse sólo mediante el suministro de productos básicos de consumo. La libre competencia impediría que las ganancias se eleven indebidamente. El juego del libre mercado, debía maximizar las satisfacciones netas. La justicia dentro de este contexto tendría un significado muy definido a través del respeto del derecho de propiedad y la libertad contractual con ánimo de lucro y de comercio.<sup>38</sup> La libertad contractual recibe así su justificación moral. La “armonía preestablecida” de un sistema social, basado en la libertad de empresa y la competencia, velará porque la “autonomía privada” de las partes contratantes se mantenga dentro de los límites establecidos y se resuelva en beneficio del conjunto.

Con la decadencia del sistema de libre mercado, debido a la tendencia innata del capitalismo competitivo hacia el monopolio, el significado del contrato ha cambiado radicalmente. La sociedad, al garantizar la libertad contractual, no posibilita que todos los miembros de la comunidad puedan hacer uso de ella en la misma medida. Por el contrario, el derecho, mediante la protección de la distribución desigual de la propiedad, no hace nada por impedir que la libertad contractual se convierta en un privilegio unilateral. La sociedad, al proclamar la libertad de contratar garantiza que no va a interferir con el ejercicio del poder derivado del contrato. Esta libertad permite a los empresarios legislar mediante un contrato y, lo que es aún más importante, permite hacerlo de una manera sustancialmente autoritaria. Los contratos estandarizados, en particular, podrían llegar a ser instrumentos eficaces en manos de poderosos señores industriales y comerciales lo que les permiten imponer un nuevo orden feudal de su propia creación a una gran mayoría de vasallos.<sup>39</sup> Este espectáculo es aún más fascinante, ya que no más de un centenar de años atrás la ideología del derecho contractual había sido exitosamente utilizada para romper los últimos vestigios de un orden feudal patriarcal y benevolente basado en la relación de amo y siervo (*Priestley v. Fowler*). Así, el retorno del contrato al nivel que se encuentra en la actualidad fue facilitado, en gran medida, por el hecho de que la creencia en la libertad contractual ha permanecido como uno de los más firmes axiomas en todo el tejido de la filosofía social de nuestra cultura.

---

<sup>38</sup> Véase, Hamilton, “Competition” en *Encyc. Soc. Sci.*, 2, pp. 141, 142.

<sup>39</sup> Véase nota, “‘Mutuality’ in Exclusive Sales Agency Agreements” en *Columbia Law Rv.*, 31, 1931, p. 830 y ss.

El papel desempeñado por el contrato en la destrucción de la estructura institucional de la sociedad capitalista está constantemente ensombrecido para el abogado por la filosofía del derecho prevaleciente que se niega a tratar al contrato como la fuente más importante del derecho. De acuerdo con la teoría clásica, el contrato es sólo una etiqueta conveniente para una serie de “hechos operativos” que tienen las consecuencias previstas por las partes si la norma así lo ordena.<sup>40</sup> En este sentido, los grandes filósofos del derecho natural pensaron de manera muy diferente: la sociedad, en la proclamación de la libertad contractual —en función de su enseñanza— ha delegado a los ciudadanos una porción de soberanía que les permite participar, de manera constante, en el proceso de creación de normas. La libertad contractual significa que el Estado no tiene el monopolio en la creación del derecho. El consentimiento de las partes contratantes también crea derecho. El proceso de creación de normas es descentralizado. Como resultado de ello, el derecho no es un orden impuesto desde arriba por el Estado a sus ciudadanos, sino es más bien un orden creado desde abajo. Esta fue una perspectiva realista.<sup>41</sup> Sin embargo, era injustificada la creencia optimista de que el capitalismo significaba un avance permanente sobre el sistema social precedente, es decir, el feudalismo, por el hecho de que el contrato y no el *status* se había convertido en el principal medio de integración social. Tampoco podemos suscribir la tesis de los filósofos del derecho natural acerca de que el progreso de cualquier sociedad hacia la libertad se mide por el grado en el que todas las relaciones políticas pueden reducirse a un contrato, “la forma perfecta de la obligación”.

En los días felices del capitalismo de libre mercado, la creencia de que la contratación implica la creación de normas tuvo gran importancia. La creación del derecho mediante el contrato no era una amenaza para la armonía del sistema democrático. Por el contrario, la reafirmaba. Los tribunales, por lo tanto, en representación de la comunidad en su conjunto, podrían permanecer neutrales en nombre de la libertad contractual. El deterioro del orden social en la sociedad pluralista de nuestros días, con sus poderosos grupos de presión, era necesario para que la sabiduría de la teoría contractual de los filósofos del derecho natural se volviera significativa para nosotros. El dogma imperante, por otro lado, insiste en que el contrato es sólo un conjunto de hechos operativos que ayuda a preservar la ilusión de que el “derecho” protegerá a la población contra los abusos de la libertad contractual. Este no será el caso, siempre y cuando no nos percatemos de

<sup>40</sup> *Williston, Contracts* 1, rev. ed. 1936, § 1; *Restatement, Contracts*, 1932, § 1; Pound, “Contract”, en *ENCYC. Soc. Sci.*, 2, p. 323.

<sup>41</sup> Véase, M. Cohen, “The Basis of Contract” en *Harv. L. Rzv.*, 46, 1933, pp. 553, 585.

que la libertad contractual debe significar diferentes cosas para distintos tipos de contratos. Su significado debe modificarse de acuerdo a la importancia social del tipo de contrato y al grado de monopolio que posea el autor del contrato estandarizado.