

UNA VISION EMPIRICA DEL CONTRATO

Stewart Macaulay

Profesor de la Escuela de Derecho
Universidad de Wisconsin - Madison

SÍNTESIS

En septiembre de 1984 se celebró un simposio para recordar el 21 aniversario de la publicación de mi artículo "Relaciones comerciales no contractuales". Aunque los estudiosos en varias áreas disciplinarias todavía consideran dicho artículo relevante, en realidad él sería hoy redactado en forma diferente.

El artículo original sostenía que el modelo académico de ley contractual carecía de adecuación empírica: los hombres de negocio a menudo encuentran innecesarias la planificación y la legislación contractual, puesto que los negocios tienden a basarse en relaciones a largo plazo, de carácter permanente, que escapan y sobrepasan las organizaciones formales. Esta aceptación mutua de las relaciones es la que sostiene los acercamientos cooperativos que hacen posibles los tratos comerciales, puesto que son pocos los desacuerdos que justificarían el riesgo de romper esas relaciones. Más aún, la ley contractual tal como está redactada en el sistema legal operante promete bastante menos que los jueces y estudiosos que escriben sobre ella.

Después de dos décadas, yo enfatizaría la extrema importancia que aún revisten las sanciones relacionales. Sin embargo, dichas sanciones fracasan y los hombres de negocio recurren a litigio como parte de un proceso complejo de resolución de conflictos. Los juicios en materia contractual se han originado en los grandes impactos sufridos por la economía mundial; en las polémicas sobre distribución de los costos de los cambios sociales; en las tecnologías nuevas e insuficientemente asimiladas, y en los intentos que efectúan quienes dependen de grandes organizaciones para así proteger sus cargos. Pese a todo, el sistema legal operante fracasa reiteradamente en defender los derechos de los afectados y, a menudo, ofrece poca ayuda a aquellos que buscan una reparación en los tribunales.

Generalmente, el litigio contractual se transforma en una opereta sofisticada e interminable que tiene un efecto indirecto sobre las negociaciones tras las bambalinas. La imagen que se percibe puede tranquilizar a aquellos que no observan cuidadosamente, pero la inadecuación empírica es una base débil para una reflexión seria sobre el sistema. La doctrina contractual refleja avenimientos bastante burdos y, ella misma, es a menudo contradictoria. La moderna legislación contractual tiende a exigir decisiones que van más allá de la capacidad de los jueces y de los jurados y requiere una costosísima investigación y recolección de pruebas.

El sistema operante refleja tanto la riqueza y el poder cuanto la reflexión jurídica. Así y todo, el desafío consiste en encontrar un modo que permita reconocer los valores del sistema clásico y evitar el cinismo y reconocer, no obstante, una imagen empírica del procesamiento de las disputas que no se apoye sólo en la legislación y en la doctrina.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando Grant Gilmore llamó a sus conferencias "La Muerte del Contrato"¹, bautizó todo un conjunto de trabajos en el que se incluyen algunos que me pertenecen. Sin embargo, Gilmore no estaba interesado en el tipo de descripción empírica que yo hago de la ley contractual, pues pensaba que esta clase de trabajo carecía de relevancia teórica. Aunque le concedo el crédito de haber encontrado un título llamativo, pienso que Gilmore no percibió que el papel de lo que se ha enseñado —por casi un siglo— como ley contractual plantea problemas teóricos muy importantes que sólo ahora empezamos a enfrentar.

En cierto modo, el título de Gilmore produce confusión. El contrato, como una institución viva, subsiste entre nosotros. En el flujo cotidiano de las operaciones, un gran número de transacciones se efectúan dejando razonablemente satisfechas a las partes. Las personas y las organizaciones negocian, los documentos se redactan y las disputas se evitan, eliminan y resuelven de una variedad de modos en los que la visión académica de la legislación contractual tiene una relevancia mínima. Más aún, algunos casos se llevan a la judicatura y el proceso formal se inicia, aunque en la mayoría de ellos se logre un avenimiento de las partes antes que se obtenga la sentencia definitiva. Incluso existen fallos de los jueces que se basan en la legislación contractual tradicional, pero éstos son muy pocos; todavía más, el control como se lo entiende en los medios académicos continúa aún en pleno vigor. Cada mañana en las Escuelas de Derecho de las Universidades Americanas los alumnos del primer año luchan con la oferta, la aceptación y las estipulaciones entre partes.

Yo no he sostenido jamás que la legislación contractual haya muerto. Mas bien, mi parecer es que la visión académica de la legislación contractual no es ni fue nunca un reflejo descriptivamente adecuado y exacto de la institución del contrato, según el criterio con que ella opera en la realidad. Más aún, estimo que esta inadecuación resulta importante en muchos aspectos.

Como se precisó al comenzar, a fines de septiembre de 1984 se realizó un simposio en Madison (Wisconsin) para conmemorar el 21 aniversario de la publicación en la Revista Americana de Sociología— de mi artículo sobre "Relaciones Comerciales no Contractuales"². Me alegra, naturalmente, que ese artículo tenga aún vigencia y que muchos todavía lo encuentren de interés. En esa conferencia, después de escuchar a otros debatir sobre las relaciones contractuales a largo plazo, me pareció oportuno que yo mismo reflexionara sobre los avances producidos en este campo en las dos últimas décadas.

Debemos recordar que mi artículo en la Revista nombrada se basó en investigaciones efectuadas cuando Dwight Eisenhower era Presidente de los Estados Unidos y fue redactado durante el gobierno de J. F. Kennedy. Tanto los ejecutivos y abogados entrevistados como también el autor vivían en Estados Unidos antes de la decadencia y caída del imperio americano. En realidad, un artículo que usa como ejemplo los taxis marca "Studebaker" fue escrito, obviamente, en una máquina de la era anterior al procesador de palabras. Mucha agua ha corrido bajo el puente en 21 años. Además, hoy por hoy, sabemos bastante más sobre el sistema legal americano que lo que nadie sabía cuando se escribió ese artículo.

¹ GILMORE, *The death of contract* (Ohio State University Press, 1974).

² MACAULAY, "Non contractual relations in Business: A preliminary Study", 28 *American Sociological Review* 55 (1963).

Con el fin de darle una dirección a la presente revisión resumiré la tesis de mi artículo de 1963, incluyendo parte de mis investigaciones posteriores. Luego mencionaré lo que añadiría si tuviese que escribir el artículo hoy. Finalmente plantearé las implicancias que, de lo señalado, se derivan para todo aquel que se interese en los contratos, en la legislación y en la sociedad. Trataré de los cambios producidos en los Estados Unidos, no porque piense que ellos sean más importantes, sino sólo en consideración a que los conozco mejor. Invito a los lectores, en otras naciones, a proporcionar la dimensión comparativa.

II. EL ARTÍCULO DE 1963 COMPLEMENTADO POR DOS DÉCADAS DE INVESTIGACIONES SOBRE PROCESAMIENTO DE DISPUTAS

El artículo de aquel año fue escrito para desafiar el modelo académico de las funciones de la ley contractual que encontramos, explícito o implícito, en los trabajos de los estudiosos del contrato y de los teorizadores sociales. Dicho modelo asigna a la ley de contrato un papel en la sociedad mucho más central del que en realidad desempeña³.

Una de las versiones del modelo sugiere que, en estado natural, todos somos egoístas y que la ley apoya la necesaria interdependencia, obligándonos a respetar las obligaciones con los demás. La versión histórica es que empezamos comerciando dentro de comunidades reales y que, posteriormente, el capitalismo destruyó todo esto, transformándonos en individuos anónimos ya alienados. En tal situación, el sistema legal nos proporciona una especie de comunidad sintética, basada en derechos y obligaciones garantizadas por los tribunales. Una variante de esta versión es que el capitalismo de mercado ha transformado todas las relaciones personales en tratos mercantiles autónomos y así, el espíritu de interdependencia es reemplazado por "¿Qué gano yo con esto?".

Más específicamente, los autores suponen una serie de hechos en relación a la institución del contrato. En primer lugar, que existe una cuidadosa planificación de las relaciones a la luz de los requisitos legales y de un posible no cumplimiento de aquéllos: debemos especificar todo detalladamente, puesto que las partes cumplirán, en el mejor de los casos, sólo la letra del contrato; segundo, que la ley del contrato es un grupo de normas que facilitan la planificación, de manera que nos proporciona los canales formales para proceder adecuadamente con el objeto de lograr los efectos legales deseados; y finalmente, el litigio contractual es el medio más importante para impedir la violación del contrato y resolver las disputas, directa o indirectamente consideradas. Sin la ley del contrato y ausente el monopolio estatal sobre el uso legítimo de la fuerza, el cumplimiento de los contratos sería muy improbable.

Empero, todas estas suposiciones acerca del desarrollo histórico y las relaciones humanas son erróneas o, al menos, parecen tan exageradas que resultan sumamente engañosas. La planificación contractual y la ley contractual, en el mejor de los casos, actúan en la periferia de las relaciones comerciales estables y a largo plazo. Los hombres de negocio con frecuencia no planifican y se mues-

³ Estoy en deuda con el profesor Anthony Kromman de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale y con el profesor Robert Gordon de la Universidad de Stanford por algunas de las ideas incluidas en este párrafo. Hice un esbozo del modelo académico implícito de contrato en Macaulay, "Modelos elegantes, imágenes empíricas y las complejidades del contrato", *II Law and Sociology Review* 507 (1977).

tran muy cuidadosos en la redacción de los contratos, prestan gran atención a aquellos que están cuidadosamente redactados o, en general, se muestran respetuosos frente a un enfoque legal de las relaciones comerciales. Existen "culturas" comerciales que definen los riesgos asumidos en las negociaciones, como también las obligaciones cuando las cosas salen mal.

De otro lado, las partes cumplen contratos desventajosos porque hacerlo hoy a menudo les asegura créditos que ellos podrán girar a futuro. Tales partes a menudo renegocian los tratos que han resultado desfavorables para una o ambas partes, reconociendo un rango de motivos más amplio que los aceptados por la mayoría de los sistemas legales.

Son relativamente pocos, en realidad, los casos que se litigan y éstos poseen características bastante especiales. Muy pocos de esos casos litigados producen algo ni remotamente equivalente a los daños ocasionados por ellos. Con frecuencia los límites a la responsabilidad incluidos en los contratos entorpecen los recursos basados en la razonable expectativa de la parte que no participó en la redacción del instrumento.

En el mejor de los casos, los procedimientos legales formales no son sino un paso en un largo proceso de negociación. El entablar una demanda y el procedimiento previo al juicio pueden ser una táctica para establecer las negociaciones; las apelaciones originan revocaciones y reenvíos que obligan a las partes a buscar un arreglo o a seguir con lo que aparece como un proceso interminable. Finalmente, cuando se logran sentencias favorables, en algunos casos no se les puede dar cumplimiento por razones de insolvencia.

¿Cómo explicar esta lucha entre el modelo académico y la descripción empírica del sistema de ley contractual, tal como éste opera en la realidad?

Los trabajos académicos se basan a menudo en los supuestos individualistas ya señalados. Las teorías descansan sobre un número de transacciones discretas donde las personas responden a cálculos de ventajas a corto plazo. Sin embargo, quienes se dedican a los negocios piensan que la planificación de los contratos y la ley contractual no son necesarias debido a las sanciones relacionales. Hay gobiernos privados o informales y áreas sociales eficaces que son afectadas —pero rara vez controladas— por el sistema legal formal⁴.

Hasta las transacciones discretas se dan dentro de un marco de interrelaciones e interdependencias permanentes. Las probables disputas se suprimen y se pasan por alto o se negocian en aras de mantener viva la relación. Aunque a menudo leemos que el aumento de la organización burocrática le ha dado un sello impersonal al mundo, áreas sociales que atraviesan las pautas formales han surgido al interior de las burocracias, generando múltiples sistemas de sanciones. Los individuos que ocupan los roles formales desestiman los límites e intentan sobrepasar la racionalidad formal con el objeto de lograr sus metas y obtener compensaciones y evitar sanciones. Las redes sociales, en consecuencia, sirven como sistemas de comunicación. La gente comenta y esto genera daños que castigan la reputación.

El poder, la explotación y la dependencia son igualmente significativos. Las relaciones permanentes no son necesariamente agradables. Algunos se hallan atrapados en posiciones de dependencia debido al valor de sus acuerdos y sólo pueden obedecer órdenes. Los canales reales de una estructura burocrática pue-

⁴ Véase MACAULAY, "Private Government", Disputes Processing Research Program (Madison - Wisconsin, Working paper, 1983-6).

den ser mucho más amplios que los formales. Actores aparentemente independientes pueden tener poca libertad y autonomía real a la luz de los costos que están en juego si se ofende a las partes dominantes. Sin embargo, una vez que se consideran costos por negocios riesgosos y pautas confortables, la posibilidad de mandar en vez de negociar aumenta. En algunos casos las partes pueden considerar inadecuadas las sanciones relacionales en vista de los riesgos que ellas involucran. No obstante, en lugar de recurrir a la ley del contrato, ellas están en situación de buscar otras técnicas para generar seguridad. Más aún, la ley de contrato es —tal como se administra— un producto engañoso. La doctrina americana no es clara ni de fácil aplicación; más bien, ella es contradictoria, confusa y ofrece más interrogantes que respuestas⁵.

Aunque esto es cierto, por lo general, resulta especialmente válido bajo nuestro *Uniform Commercial Code*, el cual es la normativa vigente en todos los Estados de la Unión, salvo uno solo. Yo señalo a menudo en mis clases que si dos abogados de igual talento representaran a clientes con iguales recursos —e igualmente dispuestos a invertirlos en un caso que cayera bajo las previsiones del Código que regula la venta de bienes— el caso terminaría en un empate. Es decir, yo puedo desafiar cualquier argumento con otro igualmente válido. Además, los tribunales han interpretado las normas del Código relativas al incumplimiento de modo tal que se propician los avenimientos y los acuerdos, mientras se castiga a quienes desean hacer valer sus derechos.

Las indemnizaciones contractuales en el derecho americano son limitadas y reflejan el temor de hacer concesiones sucesivas. Nuestros tribunales rara vez ordenan el cumplimiento detallado o específico de los contratos, ya que es preciso probar los daños con razonable exactitud y, en la mayoría de los casos, las pérdidas por ganancias previstas no pueden ser jamás recuperadas. Más aún, la regla trazada en el caso *Hadley v. Baxendale* limita la compensación a los perjuicios que se podían razonablemente prever en el momento del incumplimiento del contrato. Los tribunales, frecuentemente, se niegan a conceder el costo de reparación por causa de ruptura contractual. En cambio, ellos limitan la compensación a la diferencia de valor entre el contrato, tal como se cumplió, y el contrato como debería haberse cumplido si no hubiere ocurrido la ruptura. Aunque esto suena plausible, el peso de la prueba generalmente reduce la disminución del valor a una compensación simbólica.

Por otra parte, las compensaciones limitadas pueden beneficiar a la parte más débil al hacer menos agobiante el incumplimiento del contrato. Sin embargo, a menudo las partes más poderosas tienen menos necesidad de compensaciones legales, porque tienen medios extralegales para lograr sus fines. Los tribunales, con frecuencia, descubren que el más poderoso es el que ha violado el contrato, pero limitan tanto la compensación del más débil que su victoria termina siendo nominal. Aunque la ley de contrato pudiese ofrecer una compensación significativa, el sistema actual por el que se establecen las normas legales americanas propicia más vigorosamente el desistimiento o el arreglo que los fallos para reivindicar los derechos. Más importante aún, uno debe costear a su abogado y ganar bastante para compensar los gastos del proceso. Es así como el uso de los procedimientos legales deviene siempre una lotería.

⁵ Véase, por ejemplo, MACAULAY, "Private Legislation and the Duty to read Business by IBM Machine, The law of Contracts and Credit Cards", 19 *Vanderbilt Law Review*, 1051 (1979).

La demora y los tecnicismos procesales se usan para sacar ventaja. Galanter ha discutido lo que él llama la "Mega Ley"⁶, o sea, que los que pueden darse el gusto de jugar, invierten en la destreza y talento de las firmas de abogados; juegan a los litigios aumentando la complejidad procesal, de modo que el proceso se dilate o, de tal modo, que los otros —que no pueden darse el gusto de invertir esos montos— deben desistirse. Esta clase de poder obviamente no está distribuida en forma equitativa. En otro artículo famoso, Galanter nos explica "por qué ganan los que tienen"⁷.

La complejidad técnica y los aplazamientos logran mayor efecto en un sistema legal caracterizado por el atochamiento. Aunque en América hay más abogados por persona que en la mayoría de las naciones occidentales, en verdad hay menos jueces. Todos estos factores han contribuido en los años recientes a la aparición de jueces que prefieren obligar a las partes a buscar avenimiento, en lugar de tramitar una causa que demorará en los tribunales. Nuestros jueces han hecho esto por largo tiempo, pero recientemente desempeñan este cometido abiertamente. Se enorgullecen de sus esfuerzos y se instruyen mutuamente sobre el modo óptimo para lograr que las partes se avengan en vez de litigar. Desde luego, los derechos legales son considerados en las negociaciones de avenimiento, pero consideraciones tales como la necesidad de dinero, también tienen un papel importante.

III. EN 1984 ¿QUÉ CONVIENE AGREGAR A ESTA IMAGEN?

Si bien yo defendería el artículo original contra los cargos de estar basado en ingenuos supuestos funcionalistas de armonía, hoy enfatizaría que las sanciones relacionales no siempre funcionarán produciendo la cooperación o las situaciones felices. La confianza puede ponerse en el lugar equivocado y pueden existir, además, fallas al cumplimiento y errores. Generalmente los hombres de negocio adoptan la política de contratar seguros, castigando o no dando importancia a estos incidentes mientras no sean muy numerosos o, de ser único, que no comprometa grandes sumas. Los escándalos financieros siempre han existido y tienden a promover prácticas cautelosas y medidas defensivas y de protección.

Sumando y restando, el sistema contractual funciona bastante bien. Sin embargo, hasta las corporaciones más grandes y poderosas pueden sufrir pérdidas importantes a causa de una planificación incompleta o por poner su confianza en las personas equivocadas. Puede decirse que todos los grandes bancos americanos están actualmente en la insolvencia como resultado del otorgamiento de créditos a naciones como Perú y Polonia, pero quizás esto no tenga mayor importancia mientras nadie lo mencione.

Cuando las relaciones estables a largo plazo en realidad se terminan, los perjudicados a menudo recurren a la ley de contrato y a la acción legal. Hemos visto litigios ocasionados por impactos severos del sistema económico mundial. La OPEP y la crisis energética de los años setenta dio origen a muchos casos en que los contratos se habían basado en sanciones relacionales y presunciones acerca del costo de la energía. Las consideraciones relacionales dieron

⁶ Véase GALANTER, "Mega Law and Mega lawyering in the contemporary United States", in *The Sociology of the Professions: Lawyers Doctors and others*, 152 (R. Dingwall and P. Lewis ed. 1983).

⁷ Véase GALANTER, "Why the haves come out ahead: Speculations on the limits of Legal Change", 9 *Law and Sociology Review*, 15 (1974).

paso a las escuetas sumas de dinero que se habrían perdido si las firmas no hubiesen cumplido sus compromisos. Westinghouse, por ejemplo, prometió a los servicios públicos de energía eléctrica que ella garantizaría el precio del combustible, comprando reactores nucleares. Un grupo monopólico mundial envió el precio a las nubes, mucho más allá de lo que esa empresa había garantizado. Westinghouse encontró una excusa plausible en el *Uniform Commercial Code* y anunció que no cumpliría su compromiso. Luego de elaborados rituales ante los tribunales, los casos se resolvieron, pero la reputación de Westinghouse resultó dañada, aunque la alternativa podría haber sido la destrucción de una gran compañía multinacional. Se ha dicho que la compañía tendría que haber sido liquidada para pagar la suma total comprometida por los contratos. La doctrina contractual jugó un papel importante en la resolución de esta disputa, pero difícilmente podemos decir que jugó el papel protagónico.

El deterioro de la economía industrial americana produjo otras controversias relativas a la forma en que los costos serían distribuidos en la sociedad. La cuestión de la estabilidad laboral nos proporciona un buen ejemplo.

A diferencia de Europa, los Estados Unidos carecen de una legislación que regule la estabilidad del empleo. Esta no parecía necesaria mientras tuvimos una economía de crecimiento y una fuerte ideología que apoyaba la competitividad, el premio a los méritos, etc. No obstante, estos supuestos ya no parecen tan obvios. No es fácil, ni siquiera para el segmento superior de la clase obrera o para los funcionarios de la clase media, encontrar actualmente empleos alternativos equivalentes a los que hoy poseen. Muchos ejecutivos medios, de mediana edad, han sido despedidos por las firmas con el fin de ahorrarse sus altas remuneraciones, beneficios médicos, pensiones y otras regalías asociadas a sus cargos. Por otra parte, el movimiento feminista ha dado notoriedad a la discriminación sexual en el trabajo.

Estos dos acontecimientos, sumados a las grandes reestructuraciones en la fuerza laboral, han originado historias de abusos que se han llevado a los tribunales. La normativa tradicional americana estipula que un empleado no sindicalizado de una corporación privada puede ser despedido por buenas, malas o ninguna razón, salvo que él o ella tuviera un contrato de empleo de carácter obligatorio, indicando la duración de su vínculo. En realidad, sólo contados empleados de las categorías más altas estaban en ese caso y, sin embargo, los abogados llevaron muchos de ellos a los tribunales, es decir, casos que implicaban violentos y caprichosos despidos. Y algunos jueces respondieron con simpatía, favoreciendo a los perjudicados.

Al comienzo, los tribunales diseñaron doctrinas generales que habrían ofrecido bastante estabilidad laboral. A medida que la actitud general ha tomado un giro más conservador, no obstante los tribunales han puesto cuidado en no ir demasiado lejos. Los casos más recientes han moderado lo que amenazaba con transformarse en una tendencia en aumento. Muchos estudiosos señalan que es preciso legislar sobre esta materia, pero concuerdan en que aquellos que se beneficiarían con una ley al respecto carecen del poder para promocionarla.

Otros casos se han originado en la adopción de tecnologías nuevas e imperfectamente asimiladas. Esto ha producido una brecha muy amplia entre las expectativas creadas y lo que los fabricantes pueden efectivamente producir. Tradicionalmente los fabricantes americanos de maquinaria compleja prometían máquinas que producían buenos resultados. Es decir, hacían todo lo posible en materia de controlar los costos y de mantener la producción para, finalmente, enviar la maquinaria requerida.

A menudo el producto que se enviaba era lo que nosotros llamaríamos un "primer borrador en limpio". Posteriormente, los ingenieros del vendedor y los del comprador llegarían a diseñar una solución del proyecto, sobre la base de pruebas sucesivas de ensayo y error. En la era de la computadora, las expectativas creadas por las promesas de los fabricantes han sido poco realistas y el método para lograr soluciones en forma conjunta a menudo ha fracasado. Esta situación ha conducido a una gran cantidad de litigios, poniendo a prueba el talento que los abogados necesitan para redactar los contratos.

Generalmente, la cuestión de fondo es si las numerosas causales para desconocer la garantía, los límites a las compensaciones y otras evasiones de responsabilidad —ocultas en la letra pequeña— serán o no respetadas por un tribunal. Algunos tribunales las han considerado sólo como parte del juego de los negocios; otros, por el contrario, han reconocido que se pueden transformar en virtuales autorizaciones para que el departamento de ventas pueda estafar a sus clientes, sin enfrentar consecuencias adversas.

Otro grupo de litigios que se ha comentado mucho, tiene que ver con aquellas personas en relación de dependencia, tales como representaciones y exenciones que buscan defender sus presunciones acerca de la continuidad del negocio. Con tal finalidad se han movilizado todo tipo de doctrinas contractuales y teorías sobre los daños indemnizables, por medio de juicios civiles y que no se originen en el incumplimiento del contrato. Los respectivos litigantes se han organizado para presionar a los cuerpos legislativos estatales con el objeto que legislen sobre esta materia.

Se han obtenido numerosas victorias, pero en los últimos años, la racionalidad y la flexibilidad frente a las cambiantes condiciones del mercado han prevailecido en contra de los intereses de los dependientes.

Aunque nuestros informes de los tribunales registran una gran cantidad de litigios por contratos en los últimos años, todo estos intentos por usar la ley de contrato han revelado que la segunda parte de mi trabajo, de 1963, todavía está en vigencia.

Vale decir, el sistema legal operante simplemente no puede reivindicar los derechos ni ofrecer gran cosa a aquellos que buscan reparación en los tribunales. A menudo, dicho sistema sólo ofrece victorias simbólicas y probablemente produce grandes frustraciones. Por ejemplo, como ya lo mencioné, hemos promulgado leyes concediendo derechos a los distribuidores que poseen exenciones para vender automóviles, gasolina y cosas por el estilo. Los miembros de las asociaciones comerciales que trabajaron para conseguir la aprobación de esta legislación, consideraron su promulgación como una gran victoria. Sin embargo, los tribunales han interpretado estas normas casi siempre muy puntiliosamente con el propósito que los otorgantes de las franquicias no se vean afectados excesivamente. Las nuevas normas pueden haber tenido un efecto indirecto. Los que otorgan franquicias pueden haber modificado la conducta de sus agentes con el objeto de evitar casos de abuso que pudieran sugerir a los tribunales una interpretación más holgada de los nuevos derechos. Pero esto es sólo una suposición.

Generalmente, el litigio contractual se transforma en una opereta interminable que solamente tiene efecto sobre la negociación entre bambalinas. Por ejemplo, muchos estudiosos han discutido el caso de la Aluminium Company of America Essex Group Inc.⁸ En esa ocasión, el aumento en el precio del com-

⁸ 499, F. SUPP, 23 (W.D. Pa. 1980).

bustible hizo muy gravoso el contrato de largo plazo que tenía ALCOA, el proveedor. El contrato escrito contenía una cláusula respecto a ajustes de precio que no resultaba adecuada para manejar grandes aumentos en los costos energéticos. Un juez federal reescribió el contrato con el objeto de hacer posibles los ajustes de precio que, a su juicio, reflejarían equitativamente los riesgos reales asumidos por las partes.

A la luz de todas las declaraciones de los tribunales americanos en cuanto a que ellos no redactarían de nuevo los contratos para que reflejaran los acuerdos a que las partes deberían haber llegado, tal opinión parece sorprendente y tal vez es un indicador de la emergencia de una función muy novedosa para los tribunales. No obstante, durante el alegato en la apelación, un tribunal de apelación federal logró expresar a las partes su molestia respecto a este fallo innovador. Luego de una inversión monumental en abogados, testigos, expertos, costos de tramitación y otros, esta reacción de la corte de apelación llevó a ALCOA a ofrecer al grupo Essex una solución de avenimiento imposible de rechazar. Lo que resta es una mera opinión sobre la cual los estudiosos podrán escribir, pero los estudiosos en los Estados Unidos parecen no darse cuenta que a esta innovadora y, tal vez lesiva, revisión jurídica no se le dio nunca cumplimiento. El proceso legal, ciertamente, tuvo un efecto sobre las negociaciones, pero no falló directamente la disputa, ni impuso una compensación definitiva.

Otras disputas contractuales que provocan opiniones por escrito terminan en arreglos simbólicos, porque casi siempre la ley contractual americana otorga sólo indemnizaciones en dinero. Sin embargo, una razón importante que explica el fracaso de las sanciones relacionales y el incumplimiento de los contratos es que la parte morosa se encuentra parcial o totalmente en bancarrota. Como lo expresan algunos abogados, un fallo contra una empresa en bancarrota más 65 centavos bastarían para cancelar un pasaje en bus en Madison (Wisconsin). Naturalmente, sólo 65 centavos bastan para este mismo efecto

IV. QUÉ EFECTOS PRODUCE ESTA SITUACIÓN Y A QUIÉN AFECTA

¿Qué deberíamos hacer respecto a esta brecha entre el modelo académico de las funciones de la ley contractual y el sistema tal cual opera en la realidad?

Por lo menos, creo que necesitamos un modelo muchísimo más complejo del rol de la ley contractual operante en nuestra sociedad si deseamos lograr una adecuación descriptiva. La ley del contrato opera al margen de importantes sistemas de gobiernos informales o privados, a través de estructuras sociales institucionalizadas y áreas sociales menos formales. La influencia real que ejercen las normas de la ley contractual debe ser puesta de manifiesto y no simplemente darla por segura. En el debate académico, la ley del contrato aparece con frecuencia reducida a una mera estratagema retórica, en una contienda muchísimo más importante. Los abogados pueden esgrimir la en sus alegatos al tratar de dirimir una disputa, pero para ello, a menudo deben transformar el verdadero problema entre las partes con el objeto de acomodarlo dentro de un modelo académico muy ajeno a la verdadera transacción. Sólo en esa forma puede la ley tener un efecto sobre las negociaciones.

Quien sabe si los abogados diestros en moverse en el juego del contrato logren hacer bastante más que eso, pero no hay muchas pruebas al respecto. Es posible que los valores explícitos o implícitos en la doctrina del contrato

logren concretarse, en alguna medida, en el regateo efectuado al amparo de la ley⁹. Pero esto no se puede afirmar perentoriamente.

El proceso contractual, tal como opera, tiene a menudo un carácter político y no es la mera aplicación neutral de un raciocinio abstracto. La parte que, a juicio de los profesores de derecho contractual, tiene los mejores argumentos no ganará necesariamente el caso. En realidad, tal vez todo lo que se requiera sean argumentos que parezcan más o menos plausibles a abogados y jueces. Incluso sirven esos argumentos como "contrato unilateral" y "acuerdos mentales tácitos", tan repudiados por los estudiosos. Un oponente con un argumento plausible, poca urgencia en lograr un acuerdo y suficientes recursos para costear el juego del litigio, no cederá fácilmente frente a los argumentos respaldados por los mejores profesores de Derecho de las universidades.

No sabemos con precisión qué funciones desempeña la doctrina contractual ortodoxa. No obstante, lo que hasta ahora sabemos sugiere que la doctrina contractual parece involucrar los aspectos más conflictivos de la filosofía política y no está ajena a las corrientes encontradas del debate político. Sin embargo, esto mismo la hace contradictoria. En el nivel más básico, la ley del contrato promete reparar los daños por incumplimiento y proporcionar alguna seguridad en la satisfacción de expectativas. Tales objetivos los logra sólo indirecta e imperfectamente. Además, ella puede contribuir a tranquilizarnos respecto a la estabilidad en un mundo aterrador y en perpetuo cambio. Puede, asimismo, ayudar a impedir que se rompan los contratos o por lo menos que los quebranten aquellos que aún ignoran que para la mayoría de las normas contractuales existen normas gemelas que las contradicen o que aquéllas tienen meramente un carácter cualitativo y no taxativo. Es posible que gran parte de la ley opere bajo el principio de jurisprudencia del Mago de Oz. Ustedes recordarán que el gran Oz fue un magnífico mago que hacía verdaderos prodigios hasta que el perro de Dorothy le echó abajo la tarima y todos se dieron cuenta que el mago era un charlatán.

Pese a todo, la ley del contrato puede tener un influjo moderador sobre el Poder. Es posible que los que mandan no deseen aparecer arbitrarios y todopoderosos. Puede ser ventajoso para sus relaciones públicas canalizar sus operaciones dentro del formato del contrato para obtener el poder simbólico del regateo, la negociación y la libre elección. Debemos conceder que posiblemente este pequeño esfuerzo ofrezca algún grado de equiparidad para limitar, aunque sólo sea mínimamente, el ejercicio del poder.

Las concepciones académicas del libre contrato son una frágil defensa contra aquellos que, poseyendo el Poder, buscan lograr sus fines en la sociedad. Sin embargo, prácticamente, no existen otras defensas, salvo la revolución.

Es posible que carezca de real importancia que la versión académica clásica del contrato no considere la forma en que opera el sistema contractual en la mayoría de los casos reales. Pese a muchos estudios que señalan su inadecuación descriptiva, los estudiosos siguen trazando una imagen instrumental muy simple de la ley del contrato.

Esto sugiere la conveniencia de preguntarnos qué necesidades están siendo satisfechas por esta insistencia en perpetuar una visión académica tradicional.

Para empezar, debemos tener presente que las relaciones estables a largo plazo no siempre resultan agradables para aquellos que no manejan el Poder.

⁹ Véase MNOKIN and KORMAHAUSER, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", 38, Yale L. J., 950 (1979).

No se trata de individuos bien informados que hacen su elección libremente; se trata de individuos dependientes que deben elegir entre opciones igualmente desfavorables, o de individuos engañados por las seguridades que les dio el vendedor y que después se vieron, en la realidad, revocadas en el contrato redactado formalmente por el abogado.

El sistema formal de contrato afirma ser neutral, autónomo y estar basado en el simple raciocinio. Un modelo descriptivamente exacto del proceso contradice estas características. En los Estados Unidos (al menos) necesitamos creer que un abogado, sin más armas que su inteligencia, puede defender al débil y derrotar al poderoso. Este mito hizo que muchos de nosotros estudiáramos Derecho y no nos es fácil abandonarlo. Un modelo descriptivo reduce el papel de muchos abogados a poco más que el de meros esclavos intelectuales al servicio de los que controlan los recursos verdaderamente significativos en la sociedad.

En resumen, la academia sobre el contrato clásico nos permite mantener una imagen consoladora del quehacer de los abogados y del sistema de los derechos individuales. La precisión descriptiva nos obliga a enfrentarnos con el lado oscuro de la sociedad y de su sistema legal. Muchos prefieren evadir la realidad a tener que medirse con ella, como lo expresa Fitzpatrick:

"La ley establece y preserva una autonomía para enfrentar las fuerzas sociales, manteniéndose distante de ellas e intentando ejercer un control comprensivo. No obstante, tal control es meramente ocasional. Así las cosas, el equilibrio entre autonomía y control se logra mediante la intervención de la ley que es comprensiva en sus términos, pero limitada en su operación. Por la naturaleza limitada de su involucración con otras formas sociales, la ley acepta y respeta la integridad de aquello que ella controla. En efecto, la ley común natural no es una omnipresencia que nos vigila desde el alto cielo. Sin embargo, los operadores de la ley deben concebirla de ese modo debido a los riesgos que conlleva el enfrentamiento con sus conexiones terrenales. La ley, en verdad, no soporta el peso total de la realidad"¹⁰.

Asimismo, muchos académicos encuentran que el diseñar teorías útiles para los poderosos tiene sus compensaciones, tanto económicas como de status en los círculos universitarios. Actuar como consejeros de los que pueden pagar sus honorarios se ha transformado en parte importante del trabajo de muchos estudiosos de la ley.

En lugar de ganar prestigio mediante publicaciones, muchos buscan hacerse una reputación a través de la fama de las compañías que los contratan como consejeros y asesores.

V. UNA CONCLUSIÓN NO DEL TODO PESIMISTA

Tras todo lo dicho, debo hacer notar que yo aún enseño el contrato a los alumnos que se inician en la disciplina del Derecho¹¹. Naturalmente, no estoy seguro que muchos profesores americanos de Legislación Contractual

¹⁰ FITZPATRICK, "Law and Societies", 22, *Osgood Hall L. J.* 115, 116 y 127 (1984).

¹¹ Véase MACAULAY, "Law Schools and the World outside their Doors, Some notes on Two Recent Studies of the Chicago Bar" 32, *J. Legal Education*, 506 (1983).

aceptarían que lo que yo enseño en mis cursos es materia de la cátedra "Contratos". Mi intención es mezclar un estudio de la retórica y la doctrina con un retrato del sistema, tal cual éste opera.

Pues bien, existen dos razones, al menos, para este enfoque; la primera consiste en la necesidad de optimizar la formación de los futuros abogados; los alumnos deben comprender el juego para aprender a jugarlo bien. La segunda, es que tal enfoque plantea importantes interrogantes acerca de la ley y la sociedad. Expresado con toda claridad: ¿Por qué la sociedad americana promete tanto más de lo que efectivamente proporciona?; mirándolo desde otro ángulo, ¿qué funciones desempeña el sistema y a quién beneficia?

No obstante, la lección que intento ofrecer no es del todo negativa, la imagen de la ley como racionalidad pura, por encima de la política y del Poder, logra mantener un mínimo ingrediente de realidad, suficiente para permitir que unos pocos abogados que representan a unos pocos clientes puedan hacer de la sociedad un lugar un poquito menos hostil. Yo prefiero hacer que mis alumnos se preparen para defender algún ideal sobre la ley antes que concebir su papel como meros defensores del mejor postor. Pienso que es importante trabajar en la construcción de visiones de un futuro mejor, pero al abordar los problemas aquí y ahora los abogados también pueden contribuir a limar algunos de los ásperos términos de la sociedad en que vivimos.

Por largo tiempo los abogados académicos han racionalizado el contrato en términos de libre elección. Si tomásemos esta idea seriamente, ello significaría echar por tierra gran parte de las prácticas comerciales aceptadas sin mayor reflexión por los jueces. Un abogado representando a un consumidor, por ejemplo, podría intentar presionar a los jueces a tener el coraje necesario para rehusar que se califique de contrato aquellas conductas que rayan en el engaño doloso y que son tan típicas de los procedimientos burocráticos modernos que utilizan formatos contractuales. Mi colega Marc Galanter¹² afirma que si desmistificamos la naturaleza de la disputa procesal y construimos un cuadro empíricamente exacto, debemos enfrentar conjuntamente el desafío de diseñar nuevos medios para evaluar el comportamiento de las instituciones legales y nuevos instrumentos para el intercambio con un público más alerta. Para alcanzar este objetivo necesitamos una nueva generación de investigaciones sobre la trascendencia real que la ley tiene en la vida de las personas, acerca de qué es lo que la hace poderosa e influyente y de cuál es efectivamente su influjo y atractivo o por qué produce rechazo o temor, y en qué medida ella depende para existir de las ilusiones que se tienen sobre su carácter.

Esta es una opinión optimista. Los que piensan que la ley no es más que una de las múltiples capas que ocultan el poder y los privilegios, pueden oponerse a tal proyecto. Es dable suponer que alegarán que una visión exacta de la ley, tal cual opera, violaría tantos presupuestos que la legitiman que sería imposible encontrar justificación para una nueva normativa.

El regateo y la negociación no constituyen ejemplos de la desinteresada aplicación de normas apolíticas, pues ambas deben necesariamente considerar todas las fuentes de Poder. Sin embargo, podemos preguntarnos si los ciudadanos de los modernos Estados de Bienestar son en verdad tan ingenuos que no puedan enfrentar la naturaleza del sistema legal que los rige. ¿Necesitan, en

¹² GALANTER, "Knowledge Transcends Pessimism about the law", *Legal Times*, september 24, 1984, art. 6.

realidad, creer en el Estado de Derecho, en los derechos absolutos, en un sistema legal, independiente por completo? ¿Pueden llegar a aceptar las virtudes y los costos del goteo a la sombra de la ley?

Tal vez los ciudadanos necesitan una imagen idealizada de su sistema legal. Posiblemente es lo que la mayoría de nosotros desea creer. Sin embargo, antes de desechar del todo la oportunidad de trabajar por una nueva racionalidad de los modernos sistemas legales tal como éstos operan, es preciso tener presente que tenemos hoy un público bastante informado y, a menudo, cínicamente consciente de la verdadera naturaleza de la ley en acción. En verdad, esta cínica toma de conciencia puede tener origen en el reconocimiento que hacen los ciudadanos de que lo declarado por el sistema legal es desmentido en su práctica cotidiana. Quién sabe si los intentos por justificar la ley, tal como ella se ejerce, nos obligarían a emprender una serie de reformas que algunos podrían interpretar como una amenaza para sus posiciones y privilegios. Tiendo a pensar que tal posición sería saludable. También es probable que los únicos engañados por las imágenes clásicas de la ley sean los profesores de derecho y los teóricos sociales, confundidos por los estudiosos de la legalidad¹³.

Por otra parte, quizás unos pocos estén jugando un juego cínico. Los estudiosos pueden obtener becas y apoyo fiscal al orientar su trabajo de modo que satisfaga los intereses de los que proporcionan una vida cómoda a los académicos. La gran mayoría, no obstante, se siente más tranquila con una estructura tradicional que les proporciona sentido y coherencia que con una confusa imagen empírica, sin importar cuán exactamente tal confusa imagen refleja la realidad de los hechos.

El desafío reside en encontrar un camino para evitar el cinismo, reconocer lo positivo en las visiones clásicas de la ley y racionalizar un sistema procesal de disputas que no recurra al litigio ni a la doctrina. Todo esto ser hecho sin transformarse en intelectual regalón de los que pueden pagar. Creo que sería más fácil encontrar la cuadratura del círculo o la piedra filosofal. No obstante, éste es el verdadero desafío que plantea la adopción de una perspectiva empírica de la Ley¹⁴.

¹³ Véase "Schlegel Searching for Archimides. Legal Education, Legal Scholarships and Liberal Ideology", 34, y *Legal Education* 103 (1984).

¹⁴ Compárese MACAULAY, "Law and the Behavioral Sciences: Is There Any There", 6 *Law and Policy* 149 (1984).