

FENOMENOLOGÍA DE LA MODERNA CONTRATACIÓN MERCANTIL

Arturo Díaz Bravo ()*

(Como nunca antes, la segunda mitad de nuestro siglo ha sido testigo de un vertiginoso y no siempre ordenado desarrollo del comercio, así nacional como internacional, y las obvias consecuencias en el derecho mercantil han seguido el mismo camino, en ocasiones por rutas erráticas, en razón de que, como sabemos, con frecuencia ha tenido que regular atropelladamente figuras en las cuales el Estado se reserva alguna intervención, o bien confina su operación a empresas dotadas de ciertas características, como en el caso del crédito, el seguro, el transporte masivo y otras. Pero además, a menudo el derecho comercial se ha visto obligado a vestir un atuendo no precisamente jurídico sino económico, lo que frecuentemente ha dado al traste con teorías, corrientes e instituciones jurídicas que durante siglos se mantuvieron irreductibles, entre ellas las de autonomía de la voluntad, libre contratación e igualdad entre las partes.

Ahora bien, a poco que se medite sobre el tema, parece obligada la conclusión en el sentido de que el derecho privado ha tenido que pagar un alto precio por la cerrazón en que se mantuvo frente a los cambios sociales y económicos ocurridos a fines del siglo XIX y principios del presente, que tomaron injustas concepciones que habían sido elaboradas sobre situaciones socioeconómicas diversas: el surgimiento del proletariado, el fortalecimiento de la clase capitalista, la masificación del consumo, fueron fenómenos que el derecho privado ignoró, pero la realidad se impuso, so pena de arrostrar las desastrosas consecuencias sociales que en algunos países se pusieron prontamente de manifiesto. De ese modo surgieron el derecho laboral, el llamado derecho social y más modernamente el derecho del consumo y el derecho económico.

En efecto, los estados, en cambio, no podían permanecer ajenos al nuevo estado de cosas y, a despecho de los sacrosantos principios jurídicos antes mencionados, hubieron de crear nuevas instituciones con una impronta social y económica que ha tendido como puntos de partida, primeramente, la protección de las economías estatales, seguidamente la tutela de la clase trabajadora y, ulteriormente, la defensa de los intereses de la masa consumidora.

Con todo ello, la autonomía de la libertad contractual, y en no pocos casos

(*) Profesor de derecho mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

la libertad de contratación, han sufrido dolorosas erosiones, que han alcanzado a las respectivas corrientes jurídicas que secularmente fueron paradigma jurídico, a lo menos en el derecho privado.

- Apenas si hace falta traer a cuento ejemplos de los hoy numerosos casos de contratos en los que las partes, o a lo menos una de ellas, encuentran limitada la libertad de escoger el clausulado: las operaciones bancarias, el transporte comercial, el arrendamiento financiero, el factoraje, etcétera, son buenos ejemplos de ello; supuestos de contratación compulsiva son: el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística, de la responsabilidad objetiva por parte de empresas transportistas, de entidades explotadoras de instalaciones nucleares y otros muchos.

Como sabemos, todos estos contratos con clausulado predispuesto, pero también los previstos en los cuerpos legislativos tutelares del consumidor, claman por un replanteamiento de varias instituciones del derecho privado, pues si una de las partes carece de alternativas de elección ante el carácter imprescindible de tantos y tantos satisfactores, y tampoco le es dado rebatir el clausulado fundamental y aun el monto de su prestación, no es posible mantener en sus términos las concepciones sobre perfeccionamiento consensualista de los contratos, nulidad por vicios del consentimiento, rescisión por incumplimiento y algunas otras, que deben reconstruirse sobre las nuevas bases de la imperiosa necesidad de contratar de una de las partes, así como de la desigualdad económica y de la creciente congerie de casos en los que es imposible la libre discusión sobre las principales condiciones de contratación.

De esta suerte, ante nosotros se yergue una nueva teoría de las obligaciones contractuales, por ahora en etapa genética, y que ojalá que más temprano que tarde quede configurada, como herramienta útil al legislador, al práctico del derecho, pero también al docente-investigador y, de modo principal, al juez, que, como siempre ha ocurrido en nuestros sistemas jurídicos, en la doctrina encuentra una proficua fuente de apoyo de sus resoluciones.

- Y buena parte de la novedad de tal teoría está en la postura que algunos autores modernos adoptan -en mi país Ernesto Gutiérrez y González y Néstor de Buen Lozano-, que descalifica como contratos los llamados *por adhesión*; el primero de tales autores afirma que se trata de *guiones administrativos*, pues en la mayoría de los casos configura textos predispuestos por un órgano gubernativo⁽¹⁾ al paso que el segundo admite que no le es posible encuadrar estos negocios en figura jurídica alguna, y apunta que la creación de un nuevo esquema para ellos es

(1) Gutiérrez y Gónzales, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 7ª ed., Porrúa, México, 1990, ps. 410-420.

tarea que corresponde a los juristas ⁽²⁾; me parece oportuno transcribir algunas de las lapidarias expresiones de este autor: "La figura del contrato por adhesión constituye, en suma, un resultado más de esa ficción de que hemos venido hablando. Nuestra época, incapaz de hacer frente a las realidades, se esconde en los recovecos de una terminología jurídica que trata de aparentar que vivimos bajo el impero de una libertad, cuando ésta, superada por realidades económicas y políticas, ha dejado su lugar a un tutelaje estatal, que va más allá de las habituales atribuciones del Estado, para intervenir en esferas antes reservadas a la intimidad de los hombres, y que implica, no cabe la menor duda de ello, la decadencia del contrato. Subrayar esa situación ha sido la tarea que nos hemos impuesto. Quizá la obra queda incompleta en virtud de que falta encontrar esas formas jurídicas nuevas, pero en todo caso, como ya antes lo mencionamos, dejamos esa tarea para otros juristas aunque, tal vez nosotros mismos, algún día trataremos de llevarla al cabo".

Por demás interesante resulta observar la creciente unificación internacional del derecho de los negocios que, como sabemos, se manifiesta, a través de convenciones y tratados internacionales, bien de carácter específico, como en los casos de la propiedad industrial, la compraventa, los derechos del autor, los transportes aéreos, terrestres, marítimos y fluviales, el arrendamiento financiero, el factoraje, las sociedades mercantiles, los títulos de crédito y otros, respecto de los cuales la doctrina argentina ha sido profunda y abundante, pero también bajo la forma de tratados de libre comercio o de mercados comunes, que igualmente imponen la necesidad de dictar reglas en materia de inversión directa e indirecta, operaciones financieras, bursátiles y de seguros, todo ello en un lógico ambiente de expansión y de adopción de una normatividad jurídica frecuentemente novedosa.

(Tal unificación internacional se viene logrando, por una parte, mediante los ya citados acuerdos, tratados o convenciones a nivel intergubernamental, pero también, y de modo muy importante, a través de reglas que, sin tener naturaleza vinculatoria de carácter gubernamental, se observan fielmente en términos de la llamada *lex mercatoria*, pues son un trasunto de usos, prácticas y costumbres comerciales; así, los *incoterms*, las reglas en materia de créditos documentarios, las reglas de York-Amberes, las reglas de arbitraje, etcétera.

En el primer aspecto destacan, por la trascendencia e importancia de su desempeño, el brazo jurídico de las Naciones Unidas, la CNUDMI (UNCITRAL), y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT); en cuanto a las reglas no oficialistas, sabemos de la importante labor que ha venido

(2) De Buen Lozano, Néstor, *La decadencia del contrato*, 2ª edición, Porrúa, México, 1986, p. 290.

desplegando la Cámara de Comercio Internacional.

Por la índole de este trabajo no puedo extenderme en pormenores sobre el contenido de las convenciones y reglas de que se trata, por lo que me limitaré a mencionar que en todas ellas se advierte una muy interesante nota común, que en algunas aparece de modo expreso; se trata de la necesidad de aplicar e interpretar estos ordenamientos a la vista de dos principios fundamentales, que son, por una parte, la protección de la buena fe en el comercio internacional y, por la otra, la rigurosa observancia de la tendencia unionista, con prescindencia de los derechos nacionales, todo lo cual tiene, a mi juicio, completa justificación, pues se trata, cabalmente, de eludir los conflictos derivados de las divergencias, por lo demás lógicas; entre unos y otros sistemas legislativos internos, que durante casi un siglo plantearon situaciones inextricables.

Como atribuyo especial importancia a estas posturas, y por razones de que me parece plausible el intento que anima a los organismos internacionales de que se trata, de atemperar las fricciones emergentes de los casos de contienda, me tomo aquí la libertad de recordar el texto del art. 7º de la Convención sobre los Contratos de la Compraventa Internacional de Mercaderías, que tal vez ha servido de modelo a ulteriores convenciones, pues con texto similar aparece en ellas, así como en algunos proyectos:

“1. En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella, se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado”.

Tampoco puedo detenerme en consideraciones sobre el texto del indicado precepto, pues además sobre éste existe abundante y muy autorizada doctrina, por lo que sólo apuntaré que, de conformidad con dicha doctrina, el primer párrafo impone la necesidad de configurar criterios y jurisprudencia estrictamente ajustados al propio ordenamiento legal, mientras que el segundo párrafo reclama, para colmar sus lagunas, la aplicación de los principios generales en que se inspira, o por último, las leyes que resulten aplicables, pero únicamente con arreglo a normas de derecho internacional privado, lo que, siempre en término de la invocada doctrina, excluye la posibilidad de invocar derechos internos, salvo que lo permitan las indicadas normas de derecho internacional privado.

Sobre este punto me remito al interesante trabajo publicado por Antonio Boggiano.

Todo parece indicar que, en mayor o menor grado de resignación, los habitantes de este planeta hemos aceptado la inflación como un fenómeno endémico; ahora bien, como tal patológica manifestación de la economía no ha golpeado a todos los países con la misma intensidad, es natural que aquellos, como Argentina, en los que con mayor dureza se han dejado sentir sus efectos, se hayan visto en la necesidad de adoptar una amplia normativa legal con propósito de paliar sus efectos jurídicos; lo que ha conducido a la expedición de ordenamientos jurídicos que necesariamente deben arrancar de principios que rompen con los tradicionales, y de ese modo la libertad contractual, la autonomía de la voluntad y otros han sufrido efectos devastadores. Una vez más en obsequio de la brevedad, he de limitarme a mencionar la moderna decadencia del hasta hace poco sacrosanto principio *pacta sunt servanda*, que está dejando su lugar al antes abominable proloquio *rebus sic stantibus*, ya admitido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en el Proyecto de Reglas en Materia de Contratos Comerciales Internacionales, elaborado en el seno del Unidroit, y también por el Código Civil argentino.

En efecto, vemos ahora con normal frecuencia los contratos indicados con arreglo a muy diversas referencias, en divisas extranjeras, con tasas de intereses fluctuantes, etcétera, que en otros tiempos eran inconcebibles.

Otro aspecto que, como los anteriores, llama poderosamente la atención, y en este caso preocupa muy seriamente a las empresas fabricantes de productos y prestadoras de ciertos servicios, es la tendencia a incrementar la responsabilidad civil de dichas entidades por el consumo de sus productos o uso de sus servicios, no menos que la que se viene fincando a las que emplean sustancias y mecanismos contaminantes de la atmósfera, de la tierra, las aguas y otros elementos de los llamados ecosistemas! Ahora bien, ante tal tendencia, los gobiernos de nuestros países de escaso desarrollo industrial y endeble economías, deben ser sumamente cautelosos, pues no pueden permitirse el lujo de imitar el criterio legal o jurisprudencial de países con economías fuertes, que en ocasiones raya en lo absurdo, so pena de desalentar, o de plano suprimir, la actividad productiva de empresas incapaces de hacer frente a crecidas responsabilidades. Tampoco podemos pasar por alto en este punto la actividad aseguradora, sobre cuyos hombros recae la asunción de las responsabilidades, pero que tampoco dispone, en nuestros países, de capacidad suficiente para cubrir ingentes sumas en concepto de responsabilidad.

Apenas si hace falta evocar aquí, a guisa de ejemplo, los casos de antes florecientes empresas que, en los Estados Unidos de Norteamérica, en Japón, Inglaterra y Alemania, cesaron en sus operaciones, ante la imposibilidad de hacer

frente a enormes responsabilidades judicialmente impuestas. Y otro tanto, ha ocurrido con instituciones aseguradoras estadounidenses, que, o bien han encarecido estratosféricamente las primas relativas a los seguros de responsabilidad, o bien cesaron de operar la cobertura respecto de ciertas actividades, todo lo cual ha propiciado, como tampoco ignoramos, que algunos grupos de industriales y prestadores de servicios optarán por crear sus propias instituciones aseguradoras.

Por el contrario, y aunque nuestros códigos civiles la prevén, muy poca realidad ha tenido la responsabilidad del Estado por la actuación de sus funcionarios, que en los países del llamado Primer Mundo es de una cotidiana vigencia. De ese modo, el descuido en la atención de los servicios públicos urbanos, que tantos daños y perjuicios causan a la ciudadanía, muy pocas veces supone la obligada consecuencia del resarcimiento por parte del Estado, y ello, como sabemos, crea un indeseable fermento de frustración, desconfianza y rencor, con los efectos sociopolíticos que todos conocemos, pues los hemos vivido.

Es fragmentario mi conocimiento sobre el régimen legal de esta responsabilidad estatal en otros países de Iberoamérica, por lo que sólo me es dado poner aquí de manifiesto que los códigos civiles mejicanos fincan la responsabilidad del Estado por los daños que causan sus funcionarios en el ejercicio de las actividades propias de sus cargos, si bien tal responsabilidad es subsidiaria, y sólo puede hacerse efectiva contra el propio Estado cuando el funcionario directamente responsable carezca de bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado. No tengo noticia, en mi ya larga experiencia profesional, sobre que en mi país se haya incoado algún procedimiento con apoyo en dicho esquema legal, no obstante los imperdonables descuidos, las evidentes negligencias y las inexplicables impericias que son el pan de cada día en el desempeño de nuestros funcionarios públicos.

- Aunque la concentración de empresas no es un fenómeno moderno, sí lo es, en cambio, su proliferación a través de las más diversas figuras jurídicas, muchas de ellas de nuevo cuño. Así, la fusión, la asociación en participación y la afiliación configuran manifestaciones jurídicas conocidas en las leyes desde principios de este siglo, pero es el caso que indudablemente con raíces de honda y tal vez preocupante naturaleza económica, obsérvase en los últimos años una impresionante tendencia asociativa, que de modo inexorable propicia el exterminio de la pequeña y aun de la mediana empresa, incapaces de competir en un mercado dentro del cual las mejores dotadas económica y tecnológicamente actúan en un plano de superioridad tal que a las primeras no les quedan más que dos alternativas: la desaparición o la unión con las poderosas.

- Si bien es cierto que ante tal estado de cosas poco es lo que hemos hecho los juristas para proteger a la pequeña empresa, no debe caber duda sobre que nos

corresponde desempeñar un importante papel, así mediante nuestra intervención en los cuerpos legislativos, como en la defensa, ante los tribunales, de la supervivencia de tales empresas, pues a poco que se medite sobre el tema, una vez examinadas las circunstancias, frecuentemente ello es consecuencia de conductas de muy sospechosa ortodoxia competencial, o bien de la expedición de leyes que no protegen suficientemente la libre competencia.

Por otro lado, ciertamente el punto que me ocupa ofrece facetas cuya solución no es nada fácil, por cuanto los gobiernos tienen ante sí, por una parte, el inexcusable deber de proteger las fuentes de trabajo, pero también la economía de la masa consumidora, que con frecuencia adquiere productos o servicios de las grandes empresas a precios más bajos que los fijados por los medianos y pequeños comerciantes. Todo ello configura una problemática dentro de la cual los hombres del derecho hemos tenido que intervenir en la expedición de leyes, no menos que en la elaboración de instrumentos jurídicos que recojan soluciones de hecho, y de ese modo han surgido figuras contractuales como el *joint venture*, la franquicia y la distribución en sus numerosas formas (agencia, sucursal, corresponsalia, etcétera), manifestaciones contractuales todas ellas que plantean un complejo de contratos ya conocidos, pero que, forzosamente estructurados en uno solo, conducen a muy serias dificultades desde el punto de vista legislativo, y también para determinar su verdadero carácter jurídico, en orden a dejar establecidos los preceptos legales que, en caso de contienda, el juez debe aplicar.

Sólo a título de ejemplo, no parece ocioso recordar que el contrato de franquicia supone, invariablemente, el de licencia sobre autorización de uso de una marca o nombre comercial, pero también un contrato de autorización para el empleo de conocimientos técnicos, otro más de prestación de servicios de orden administrativo y, frecuentemente, uno más de compraventa o de suministro de insumos.

Pero además, es harto sabido que la concentración empresarial se presenta en todos los órdenes de la actividad comercial: en efecto, prácticamente se ha vuelto cotidiana la información sobre fusiones o absorciones en el mundo financiero no menos que en el de la industria productiva, en la de servicios de toda índole y también en el sector de la mera comercialización.

Y si nos adentramos en el derecho societario, también se advierte a primera vista el fenómeno innovador: el desplazamiento de los títulos accionarios hacia las entidades tenedoras (holdings), que necesariamente plantea el acaparamiento accionario en pocas manos, por razón de que dichas sociedades tenedoras tienen repartidas sus acciones, a su vez, en un pequeño grupo de accionistas.

En otro orden de ideas, la protección de las minorías en contra de los abusos de las mayorías es también merecedora de una adecuada preceptiva legal, por

considerar la conveniencia de estimular las pequeñas inversiones accionarias, de modo especial en ciertos tipos sociales cuyas actividades productivas o de servicio interesan al Estado, con la mira de mantener intrasocialmente una deseable democracia. Tal vez por ello en algunos países, como el mío, las leyes financieras imponen una suerte de atomización del capital, por cuanto limitan en forma considerable el porcentaje de tenencia accionaria en unas solas manos.

Ahora bien, no constituye novedad alguna el afirmar que la excesiva dispersión accionaria ofrece, ciertamente, el atractivo de la aparentemente deseable democracia en la vida social, pero plantea también el grave peligro de la indecisión frente a varias posturas inconciliables, lo que puede conducir a que se torne imposible la adopción de resoluciones, con la consecuente necesidad de la disolución.