El Derecho privado sin sujetos racionales, el acto voluntario sin discernimiento y el contrato sin autonomía de la voluntad

por FERNANDO SHINA
9 de Septiembre de 2020
www.saij.gob.ar
Id SAIJ: DACF200187

I. Presentación.

La obligatoriedad contractual es otro de los pilares de la responsabilidad clásica (art. 959 del CCyC.) Por otra parte, y más allá del desarrollo que vamos a proponer en los párrafos siguientes, sabemos que no es posible pensar un Derecho privado sin que los contratos sean obligatorios.

Aída Kemelmajer de Carlucci sostiene, acertadamente según nuestra opinión: La libertad contractual tiene verdadera importancia si el ordenamiento jurídico considera vinculantes a los contratos libremente concluidos por las partes. En efecto, de nada valdría esa libertad si el contrato finalmente no obligase a las partes(2).

La reflexión es impecable, pero ella no inhibe el desarrollo de algunas ideas que rodean a esa lógica binaria del contrato como emblema jurídico de la autonomía de la voluntad y de la exigibilidad legal.

II. El contrato como triángulo equilátero.

La obligatoriedad del contrato es el broche dorado de la teoría contractual clásica organizada con la forma geométrica de un triángulo. Veamos. Un primer lado asegura el predominio de la autonomía de la voluntad, otro la libertad contractual y, un tercer lado, garantiza la obligatoriedad de la palabra empeñada en el acuerdo.

La condición equilátera de este triángulo hace imposible determinar si es más importante el lado que define la libertad del acuerdo o el que asegura su obligatoriedad coercitiva. Sin embargo, lo que sí es notable a simple vista es que la equidad no participa de esta metáfora de la geometría.

A modo de conclusión apresurada sostenemos que la teoría general del contrato se organizó a partir de tres ficciones: la del sujeto autónomo, la del sujeto libre y la del sujeto responsable.

Nótese que decimos que son ficciones jurídicas y no mentiras conceptuales porque tienen una finalidad y un objetivo que es funcional al sistema normativo, a pesar de que lentamente todas esas nociones fueron cambiando.

Hoy, como enseguida veremos, se sabe que el sujeto es menos libre, que su voluntad es menos autónoma y que las bases sobre las que se asiente la noción de responsabilidad legal requieren un nuevo ajuste para que se adapten mejor a la realidad que nos tocó vivir a nosotros. Esa realidad, por cierto, no tiene mucho que ver con la que les tocó en suerte a Vélez Sarsfield o a Borda, por nombrar a dos de los próceres más importantes de nuestra historia jurídica.

III. Del derecho privado clásico a la ciencia jurídica envejecida.

En la actualidad, gracias a las investigaciones en el campo de las neurociencias y de la psicología conductiva, se sabe que la autonomía de la voluntad es mucho menos autónoma de lo que se suponía. Casi todo lo que hacemos durante el día está impulsado, o al menos fuertemente influido, por fuerzas inconscientes que no podemos controlar y que dependen, en algunos casos, de nuestros recuerdos y en otros de nuestra fantasía del porvenir.

Una y otra vez se han demostrado las hondas influencias de nuestro pasado, presente y futuro sobre nuestra conducta, nuestras decisiones, nuestros gustos y nuestras aversiones. Unas influencias de las que no nos damos cuenta... Las metas y las necesidades temporales median en lo que nos gusta y nos disgusta, guían nuestra atención, determinan qué recordaremos y afectan a lo que compramos y en qué cantidad lo compramos(3), dice, John Bargh para explicar que, contrariamente a lo que creemos, el inconsciente es el motor más poderoso de nuestras decisiones.

Es posible que la confusión se deba a que las teorías jurídicas del Derecho Privado clásico no fueron organizadas en función del sujeto, sino que su finalidad fue asegurar el tráfico de riqueza, sin examinar con demasiado detalle la equidad del negocio.

No obstante, aún hoy se mantiene una cierta obstinación doctrinaria en asegurar que la libertad de contratación es una conquista del individuo antes que un triunfo de la economía de mercado.

Por nuestra parte, asumiendo el riesgo de permanecer solitarios, no podemos apartarnos de los notables avances que la psicología cognitiva le aporta al Derecho para evitar que siga envejeciendo cuando todas las ciencias se rejuvenecen por efecto de la asombrosa tecnología.

Los nuevos aportes científicos son imprescindibles para entender cómo funciona realmente la estructura del pensamiento humano. Ninguno de esos estudios permite concluir qué acto voluntario sea una construcción que involucre, tan estrechamente como lo hace el Derecho, al discernimiento o la libertad del sujeto.

En realidad, las conclusiones científicas son opuestas a esta creencia que reposa sobre la supremacía de la autonomía de la voluntad: solo un reducido número de los actos que realizamos cotidianamente pasan por el filtro racional del discernimiento.

Nuestro gran amigo Waldo Sobrino examina estas cuestiones y llega, antes que nosotros, a conclusiones similares: Como consecuencia de lo expuesto, al determinar la psicología y la economía que el consentimiento no es lógico ni racional, entonces desde la ciencia del derecho debemos reconocer que no existe el consentimiento con las características legales de un acto analizado, pensado y meditado(4).

Es igualmente justo reconocer que otros autores más jóvenes y de gran prestigio académico, también nos han anticipado en estas ideas relativamente recientes para nosotros: Las investigaciones de los dos autores citados demuestran que las personas toman decisiones a través de dos sistemas. El primero es veloz, intuitivo y emocional, mientras que el segundo es lento, reflexivo y lógico. Explican que la mayoría de las decisiones diarias de las personas se toman en base al primer sistema, que funciona sobre la base de "atajos heurísticos" o procesos mentales de carácter intuitivo que llevan, con frecuencia, a cometer errores sistemáticos que se apartan de lo que se suele identificar como racionalidad(5).

El art. 260 del CCyC, compuesto por el discernimiento la intención y la libertad es una construcción jurídica desvinculada del sujeto real. La evidencia científica muestra que son muy pocos los actos cotidianos que realizamos con pleno discernimiento. Ello abre un abanico de interrogantes. Veamos. ¿Cuándo actuamos con pleno discernimiento?; ¿existen factores determinantes de la intención de un sujeto?; ¿pueden existir cuestiones

inconscientes que modifiquen la capacidad de discernimiento de las personas?.

Los estudios más recientes están indicando algo a lo que debemos prestar especial atención para reelaborar toda la noción de responsabilidad jurídica: pocas cosas son más frágiles y sencillas que manipular el discernimiento y las intenciones que un sujeto tiene al momento de tomar decisiones.

Alejandro Chamatropulos, ya citado, explica que la toma de decisiones no se relaciona de manera directa con la información racional y objetiva que recibimos. Por el contrario, nos recuerda el autor, la estructura del pensamiento humano tiene una doble fuente de alimentación. Una primera forma de conocimiento es de tipo intuitivo (la llamaremos Sistema 1 para respetar el nombre que utiliza uno de sus creadores, el Dr. Daniel Kahneman) y otro racional (Sistema 2)(6).

La mayoría de los actos que realizamos a diario están impulsados por el sistema 1 que no es racional, lo que viene a significar que el discernimiento y la intención no son reglas generales sino excepcionales. La mayoría de las veces actuamos por intuición y no por discernimiento, "sin sensación de control voluntario", como diría el notable científico Daniel Kahneman(7).

Para colmo, la intuición es una sensación tan fuerte que nos hace creer que aquello que meramente intuimos es tan verdadero como el conocimiento que adquirimos utilizando métodos y protocolos racionales. La intuición, genera una ilusión de conocimiento; es decir: un discernimiento ilusorio: La pregunta que más a menudo se hace sobre las ilusiones cognitivas es ...si pueden ser vencidas. El mensaje no es alentador. Como el Sistema 1 opera automáticamente, y no puede ser desconectado a voluntad, los errores del pensamiento intuitivo son muchas veces difíciles de prevenir. Los sesgos no siempre pueden evitarse porque el Sistema 2 puede no tener un indicio del error(8). Es decir: nuestra intuición es tan fuerte que, la mayoría de las veces, prescinde de los controles y los métodos más confiables de la razón.

Dan Ariely (1968, Profesor de psicología y economía conductual en Mit y Duke University.) explica que, además, somos 'previsiblemente irracionales' porque actuamos bajo ciertos patrones irracionales que se repiten. Esa constante repetición de intuiciones irracionales nos hace más dóciles a la hora de ser manipulados: Mi siguiente observación es la de que no sólo somos irracionales, sino previsiblemente irracionales; es decir, que nuestra irracionalidad se produce siempre del mismo modo una y otra vez. Ya actuemos como consumidores, como empresarios o como responsables de decisiones políticas, comprender el modo en que somos previsiblemente irracionales proporciona un punto de partida para mejorar nuestra capacidad de decisión, cambiando para mejor nuestra forma de vida, dice Ariely para explicar lo aterradoramente sencillo que resulta manipular a la condición humana(9).

Seguramente todas estas cuestiones, rigurosamente científicas, influyeron en el pensamiento de nuestro amigo Waldo Sobrino quien afirma, sin atajos ni eufemismos, que: ... Es por todo lo antes expuesto que podemos afirmar que no existen los cuatro pilares del contrato de consumo, dado que: no hay consentimiento ...no existe la autonomía de la voluntad... casi no hay fuerza obligatoria.... No existe el efecto relativo de los contratos(10).

Tiene razón Waldo: del contrato clásico no quedó nada. Sin embargo, la envejecida ciencia jurídica continúa insistiendo con sus antiguos principios, evitando que los nuevos conocimientos le pongan un poco de luz a nuestro anciano Derecho Privado.

IV. La obligatoriedad relativa de los contratos: el art. 1118 del CCyC.

Dejemos, al menos por un momento, los experimentos realizados en las universidades norteamericanas y volvamos a nuestro Código Civil y Comercial.

Naturalmente, nosotros también pensamos que la palabra empeñada es valiosa. Sin embargo, solamente debe ser exigible cuando los contenidos del acuerdo sean justos. No hay ninguna regla moral que aconseje la obligatoriedad de la palabra prometida en un acuerdo injusto. La ética se descubre en el contenido de lo acordado y no en la promesa de cumplirlo.

En las relaciones de consumo que, dicho sea de paso, constituyen la abrumadora mayoría de las relaciones jurídicas que suceden a diario, el principio de libertad contractual y de no intervención se invierte por aplicación del art. 1118 del CCyC. Esta importantísima norma dispone la facultad de los magistrados para declarar abusivas aquellas cláusulas que, aún dentro del contrato de adhesión o de consumo, sean negociadas libremente.

Para Sobrino, el art. 1118 del CCyC tiene tal trascendencia que determina una suerte de obligatoriedad relativa de los contratos, toda vez que limita la obligatoriedad de aquellas estipulaciones que, aún dentro de un contrato de consumo, hayan sido libremente pactadas: Se puede decir que se trataría de una obligatoriedad claudicante o una obligatoriedad relativa o -incluso - una obligatoriedad con carácter suspensivo dado que, en caso de conflicto, deberá tener la aprobación expresa del juez, para que pueda hacerse efectiva y coactiva contra el consumidor, dice Sobrino(11).

Compartimos la opinión de Sobrino, sin perjuicio de adelantar que para nosotros el art. 1118 del CCyC es una norma complementaria, referida a los contratos de consumo que actúa en forma congruente con el art. 960 del CCyC. Recordemos que esta última norma también faculta a los magistrados a intervenir los contratos que contengan estipulaciones contrarias al orden público.

Debe tenerse en cuenta que reglas que rigen para los contratos paritarios no se aplican a los contratos de consumo ni tampoco a los de adhesión. Ello, sin embargo, no quiere decir que esos contratos no sean obligatorios, pero sí implica que no serán regulados por ninguna de las reglas típicas de la contratación paritaria.

Los contratos de adhesión y tampoco los de consumo no están subordinados al principio de libertad contractual, ni al efecto relativo de los contratos, ni a la no intervención judicial de las cláusulas contractuales, ni a la mitológica regla de 'pacta sunt servanda'.

La obligatoriedad de estos contratos está más supeditada a los postulados legales que a la voluntad de los contratantes. En definitiva, y en coincidencia con lo señalado por Sobrino, por más que los llamemos contratos ellos no participan de ninguna de las características del contrato clásico.

Sin embargo, nos es que se haya relativizado la regla de la obligatoriedad, sino que cada vez hay menos contratos paritarios a los cuales esa regla aplica. Lo venimos señalando una y otra vez: el contrato paritario es casi inexistente en nuestros días.

Hace más de veinte años, Atilio Alterini advertía que las nuevas formas de contratación impusieron una 'modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones'(12). Se provocó, entonces, una divisoria entre los contratos celebrados entre partes de similar poderío negocial y aquellos concretados entre partes con irreconciliables desigualdades.

V. Un Derecho menos privado y más preventivo.

Estas nuevas fórmulas contractuales forzaron la elaboración de un Derecho Privado más preventivo y también más intervenido por el Estado. Así, por primera vez en ciento cincuenta años la equidad le gana terreno la seguridad jurídica.

Desde cualquier ángulo que se mire, las relaciones jurídicas más protegidas determinan que el derecho privado sea menos seguro para el negociante fuerte, pero más equitativo para el contratante débil. Creemos, sin embargo, que es preciso empezar a ver a la equidad como una regla restauradora de la libertad antes que un obstáculo a la seguridad jurídica. Seguramente a eso se refiere Federico De Lorenzo cuando habla del actual predominio del trato equivalente y equitativo sobre la libertad contractual(13).

Como dijimos un poco más arriba, el problema es que muchos doctrinarios aún no terminan de asumir o entender que las formas contractuales 'no paritarias' (protegidas) son abrumadoramente mayoritarias. Es muy probable que la generalidad de las personas pase la vida entera sin firmar un solo contrato paritario a pesar de concretar decenas de relaciones de consumo por día.

La autonomía de la voluntad ocupa un lugar residual en el actual ordenamiento jurídico porque prácticamente no existen contratos que no sean de consumo o de adhesión.

VI. El e-commerce fractura la teoría contractual clásica y el Código Civil y Comercial fractura la realidad.

Si fuera posible registrar todos los contratos celebrados en un lugar determinado durante un plazo de tiempo determinado, se podría contabilizar cuántos de esos acuerdos fueron negociados y cuántos fueron contratos de consumo o de adhesión. Para nosotros, desde luego, realizar una medición de esas características es imposible.

Por ese motivo, para superar esta dificultad examinamos lo que ocurre en el ámbito de la comercialización online. Es importante aclarar que proponemos este cotejo entre el universo virtual y la contratación tradicional porque estimamos que las situaciones que se registran en el comercio digital se repiten fuera del ámbito del e-commerce. Es más: no es difícil pronosticar que dentro de poco tiempo la totalidad de la comercialización se va a concretar en forma remota y por medios electrónicos.

La Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE)(14) realiza muestreos anuales donde se aportan datos de suma importancia(15). Veamos algunas estadísticas.

(a) Se detecta un marcado incremento de las operaciones de consumo online. La proyección para el futuro consolida esa tendencia. En otro estudio de la misma fuente, pero del año 2016, se estima que el 90% de los argentinos adultos conectados a internet realiza consumos online. Este número significa que aproximadamente 18 millones de argentinos ya compró por internet y muy probablemente repita esa experiencia;

(b) La facturación registrada durante el año 2014 alcanzó los $ 40.100 millones En el año 2015 fue de $ 68.486 millones, (incremento del 60%). En el año 2017 esa cifra aumentó a $ 156.300 millones. En el año 2018, $ 229.760 millones (incremento del 47% y en el año 2019, $403.278 (incremento del 76%). En el año 2019, se agregaron aproximadamente un millón de nuevos compradores online(16);

(c) De la facturación total correspondiente al año 2014, un poco más del 90% corresponde a operaciones concretadas en el segmento conocido como B2C (Business to Consumer, en su idioma original) que involucra a un proveedor profesional con un usuario o consumidor. Dicho de otro modo: el 90 % de los contratos online son contratos de consumo. A ello debe agregarse que esa proporción se mantiene como un dato consolidado en el tiempo porque se repite con mínimas variables desde hace más de cinco años. Por ejemplo, en la muestra estadística correspondiente al año 2019, la proporción fue del 93% B2C contra el 7% C2C(17);

(d) En el año 2017 hubo 60 millones de órdenes de compra; en 2018, 79 millones y en 2019, 89 millones(18);

(e) En el año 2015 cada usuario gastó, en promedio, $ 1795. En el año 2016 esa cifra aumentó a $ 2185 y en

2017 el gasto promedio fue de $ 2600, lo que representa un incremento interanual cercano al 20%. En el año 2018, el promedio fue de $ 2900 y en el 2019 de $ 4500(19).

Datos aún más recientes consolidan esta tendencia:

(a) En el primer semestre del año 2018 se registraron casi 35 millones de operaciones (un 59% más que en 2017). Ello implica un gasto de casi $ 100 mil millones en ese semestre (66% más que el año anterior)(20);

(b) Se sostiene el dato de mediciones anteriores: nueve de cada diez personas ya compró, alguna vez, algo online(21);

(c) Entre 2014 y 2017 la facturación de compras online aumentó un 300%(22);

(d) Otro dato de gran trascendencia indica que el 98% de los encuestados manifestó estar satisfecho o muy satisfecho con la compra realizada online, lo que equivale a decir que seguramente va a repetir la experiencia;

(e) Resulta sorprendente comprobar que el auge del consumo online se mantiene aún en el medio de una profunda crisis económica donde todos los indicadores de la economía son negativos(23). Los últimos datos registrados señalan que Argentina, a pesar de la difícil situación económica que atraviesa, lidera el ranking de consumo electrónico entre los países latinoamericanos, alcanzando un gasto per cápita de U$ 318(24);

(f) Los números globales causan asombro y nos dan la pauta de lo mucho que tenemos que avanzar. Un tercio de la población mundial está conectada a internet a través de los distintos dispositivos que permiten acceder a la Red. Veamos el ranking de los países: 1) China: U$ 636 mm; 2) EEUU: U$ 505 mm; 3) Reino Unido: 86 mm. Y en América Latina: 1) Brasil: U$ 19 mm; 2) México: U$ 17 mm; 3) Chile: U$ 6 mm; 4) Argentina: U$ 4 mm.

Esta revista rápida nos sirve para ofrecer algunas primeras conclusiones:

(i) Los contratos que involucran relaciones de consumo no están regidos por las reglas aplicables a los negocios paritarios;

(ii) La comercialización de bienes y servicios marcha inexorablemente hacia la contratación online. Dentro de poco tiempo las formas tradicionales de consumir que hoy conocemos, van a desaparecer.

(iii) Es muy importante señalar que la contratación remota tiene otra característica esencial: en todos los casos involucra una operación de crédito porque los pagos siempre se realizan a través de medios electrónicos (en cualquiera de sus formas). Ello hace que esas operaciones siempre van a estar reguladas por el art. 36 de la LDC, que incluye novedosos institutos como la competencia jurisdiccional alternativa a favor del usuario, entre otros.

(iv) En los últimos 5 años el comercio electrónico en Argentina ha crecido aproximadamente un 300%., situación que se repite en toda Latinoamérica(25). En nuestro país ningún otro segmento de la economía tuvo un crecimiento sostenido del 50% anual durante una década completa. Es sorprendente comprobar que, aun en épocas de profunda recesión y alta inflación, el e-commerce continúa creciendo(26).

Esta realidad, que está a la vista de todos, anticipa que la contratación tradicional llegó a su fin. Ya en el año 2015 (entrada en vigencia del CCyC) todos los informes estadísticos daban cuenta que la contratación paritaria era irrelevante en términos cuantitativos(27). Es por eso que no se entienden los motivos por los cuales el Código Civil y Comercial comienza el tratamiento de los contratos a partir del contrato paritario.

Pese a todas estas evidencias, autores de la talla de Lorenzetti insisten en señalar que El Titulo II regula los contratos..., dando primacía a la libertad, respetando la autonomía privada, ayudándola mediante el derecho supletorio y recortándola a través del orden público imperativo.... En materia de cláusulas, el Título II, en resguardo de la libertad y la autonomía protege lo pactado por las partes...(28). Desconocemos los motivos por los cuales la doctrina no explica claramente que la aludida autonomía de la voluntad se aplica a menos del 10% de los negocios jurídicos que se concretan.

La autonomía de la voluntad, como principio organizador del acto jurídico, está definitivamente superado. Cada vez hay más evidencias que señalan que somos más irracionales de lo que imaginamos y que la mayor parte de las decisiones que tomamos son elaboraciones con escasa incidencia racional.

VII. Las aporías del Derecho.

(a) Presentación.

Una paradoja describe la existencia de ideas o conceptos que contienen contradicciones aparentes. Se trata de afirmaciones que examinadas en forma aislada resultan aceptables, pero al ser confrontadas entre sí parecen negarse recíprocamente.

La mayoría de los grandes temas filosóficos implican paradojas más o menos insolubles. La libertad y el determinismo quizás sean los conceptos que han suscitado más contradicciones y polémicas en la historia del pensamiento universal.

Una de las cuestiones que dificulta la solución de una contradicción aparente es que una vez enfrentados a ella no asumimos una posición neutral, sino que casi automáticamente tomamos partido por una de las dos soluciones. Sin embargo, la mayoría de las incongruencias son parciales y no generan incompatibilidad recíproca.

Para determinar si la contradicción es aparente, real, absoluta o parcial, hay una fórmula casera que puede ser útil. Se trata de pensar, con la mayor sinceridad y el menor prejuicio personal posible, si las nociones que chocan pueden subsistir simultáneamente o si la sola existencia de una anula a la otra.

A modo de ejemplo, tomemos el caso de la gratuidad y la carestía de un producto. Estos conceptos forman términos contradictorios porque es obvio que una cosa gratuita no puede ser ni cara ni barata porque cualquier precio que se le incluya al producto gratuito anula su gratuidad. Entonces, los términos gratuidad y carestía son absolutamente incompatibles y no pueden subsistir simultáneamente.

En cambio, si analizamos las nociones de pobreza y carestía veremos que ellos son términos de relativa incompatibilidad o de aparente contradicción. Veamos. Si bien es cierto que generalmente las personas de escasos ingresos no pueden comprar productos costosos es posible que un individuo con poca plata adquiera un producto caro y continúe siendo pobre. Puede, por ejemplo, conseguir un crédito bancario, o un préstamo familiar, o una promoción especial, o una recompensa en su trabajo, etc.

La pobreza y la carestía son, entonces, nociones parcialmente incompatibles porque ambas puedan convivir simultáneamente sin anularse.

(b) Pacta sunt servanda vs. Equidad.

La paradoja que vamos a intentar resolver en los próximos párrafos tiene que ver con los enfrentamientos entre la exigibilidad de los contratos y la equidad en las relaciones jurídicas.

Nos anticipamos a decir que sostenemos que ambos conceptos son imprescindibles para el funcionamiento del sistema legal: es tan razonable afirmar que los acuerdos deben ser exigibles, como afirmar que deben ser equitativos.

La contradicción que puede darse entre la exigibilidad y la equidad no es absoluta porque ambas nociones pueden existir. De hecho, la mayoría de los contratos que existen además de ser obligatorios, son justos, más allá de que impliquen distintas compensaciones en favor de cada una de las partes.

La obligatoriedad y la equidad no son términos antitéticos. Sin embargo, la tensión entre ellos requiere ser armonizada para lograr que los acuerdos exigibles sean también acuerdos equitativos.

Federico De Lorenzo, cuyas reflexiones anotamos por separado y aconsejamos su lectura, analiza estas dicotomías y postula que la libertad contractual no es una regla absoluta, sino que concurre con los otros principios del derecho. El autor concluye que en algunos casos prevalecerá el derecho a contratar libremente y en otros esa libertad va a retroceder para que se logren acuerdos más equitativos(29).

En conclusión: cuando la autonomía de la voluntad se subordina a la equidad decrecen los contratos que imponen obligaciones injustas.

(c) Pacta sunt servanda vs. Alterum non ladere.

En este caso vamos a examinar el posible conflicto entre la obligatoriedad del contrato y prohibición de dañar injustamente a otros. Estos términos también son solo parcialmente incompatibles, porque, aun aceptando que puedan colisionar algunas veces, no se excluyen recíprocamente. No obstante, tampoco es tan infrecuente que el cumplimiento obligatorio de los contratos choque con la regla que prohíbe dañar injustamente a otro.

Esta posible antinomia entre el cumplimiento del contrato y el daño que su cumplimiento puede ocasionar, fuerza la formulación de algunos interrogantes. Veamos. ¿Qué soluciones jurídicas se aplican cuando el daño se origina en el cumplimiento de un contrato obligatorio y libremente celebrado? ¿La libertad contractual puede pasar por encima de la regla que prohíbe ocasionar daños injustos? ¿Qué debe prevalecer: la obligación de cumplir un contrato o la prohibición de causar daños exigiendo su cumplimiento?.

La autonomía de la voluntad siempre aparece vinculada a la capacidad que tienen los individuos para obligarse, como si la voluntad del sujeto y la obligatoriedad del contrato fueran piezas inseparables. Es lo que Lorenzetti llama facultad de auto-obligarse, en donde la libertad de un individuo queda reducida a la facultad que tiene de obligarse o de no hacerlo.

En ese orden de ideas, el citado autor postula que: La libertad significa que ambas partes pueden elegir entre contratar o no hacerlo y, una vez que lo deciden, pueden disponer el contenido de la obligación según sus intereses. Esta decisión de auto-obligarse requiere una declaración de voluntad, y por esa razón también se estudia este tema como principio de la autonomía de la voluntad.

Las partes declaran su voluntad de auto-obligarse en forma bilateral, porque de lo contario no estaríamos en el campo de un contrato, sino de la declaración unilateral de la voluntad o de un testamento. Una vez que existe un acuerdo por una manifestación de voluntad bilateral, ésta es obligatoria, ya que, así como hay libertad para obligarse, hay un deber de respetar la palabra empeñada (autorresponsabilidad)(30). Como se advierte, la reflexión de Lorenzetti contiene una posible solución (que nosotros no compartimos y criticamos) a los interrogantes que hemos formulado: se sostiene que si el contrato fue libremente elaborado y respetando algunas formalidades extrínsecas no es posible hablar de daño. En definitiva, se quiere significar que esa

libertad contractual, un poco minimalista, blanquea las impurezas más o menos notorias de un contrato inequitativo.

Así considerada, la autonomía de la voluntad se reduce a un juego de dos opciones: contratar o no contratar; lo que equivale a decir que si finalmente se celebra el contrato es porque se decidió libremente no ejercer la libertad de no celebrarlo.

Nosotros pensamos que la libertad, presentada en términos negativos, sirve para legitimar la obligación de quien contrató cuando podía no haber contratado, pero de ninguna manera puede ser considerada como una libertad plena que asegure la autonomía de la voluntad de todas las partes de un acuerdo.

Ese esquema, de aparente libertad, empeora cuando la posibilidad de no contratar está referida a bienes y servicios que, sin ser imprescindibles, son de uso casi obligado en la sociedad moderna (internet, televisión por cable, telefonía móvil, etc.).

Esta concepción, llevada a la arena de la teoría contractual clásica determina que todos los contratos son exigibles porque se prestó un consentimiento que pudo ser evitado. Esta libertad minimalista, fue históricamente útil y funcional para legitimar la exigibilidad de los contratos injustos.

La libertad presentada como concepto negativo que se afirma con la posibilidad de no hacer lo que finalmente se hizo, puede caer en alguna de las dos tentaciones más peligrosas del mundo de las ideas: el cinismo o la ingenuidad.

(d) Libertad vs. Equidad.

En el esquema que hemos presentado, no resulta fácil determinar si el acto jurídico es obligatorio porque fue dado voluntariamente o si se lo declaró voluntario para hacerlo exigible. Debe notarse que ni en la definición de acto voluntario (art. 260 del CCyC), ni en la de obligatoriedad contractual (art. 959 del CCyC) aparece la noción de Equidad, como si ella no fuera necesaria para que un contrato sea exigible.

Como hemos visto, es posible la existencia de acuerdos injustos y exigibles. Esa indeseable cercanía entre el contrato obligatorio y el contrato injusto favorece la frecuente aparición de una de las contradicciones más dolorosas del Derecho: la aporía del injusto obligatorio que bien podría formularse así:

(a) Si todos los contratos son obligatorios;

(b) y algunos contratos son injustos;

(c) algunos contratos injustos son obligatorios.

Lamentablemente, este silogismo improvisado e imperfecto no es una hipótesis de laboratorio, sino que abundan los contratos que siendo injustos son obligatorios. Y para poner a prueba su virtualidad, alcanza con analizar las tasas de interés que las tarjetas de crédito aplican en las operaciones de consumo que cualquiera de nosotros realiza diariamente. Por más que esas usuras puedan ser reajustadas en la instancia judicial, ese contrato contiene condiciones desproporcionadas que son, en principio, obligatorias y que solo dejarán de serlo luego de transitar los avatares de la tramitación judicial y del criterio particular de cada juez. Sin embargo, esa desproporción es tolerada por el sistema legal porque fue aceptada libremente por quien suscribió los términos de un contrato formalmente válido.

No nos vamos a cansamos de afirmar que la Autonomía de la Voluntad (AV)es una regla contrafáctica que se

formula como un enunciado libertario, pero se articula mediante renuncias a derechos: cada vez que una estipulación es de muy dudosa equidad aparece la autonomía de la voluntad para convalidarla. La AV fue, desde siempre, la llave maestra para saltear la equidad y privilegiar la obligatoriedad de los contratos. En la histórica disputa entre la seguridad jurídica y la equidad el sistema legal siempre optó por dejar atrás a la equidad.

La seguridad jurídica y la equidad están vinculadas de tal forma con la libertad y a la igualdad que debe asegurarse que convivan con armonía. El ordenamiento legal requiere que existan y convivan armónicamente cuatro nociones estructurales:

a) la libertad de los individuos;

b) la equidad de las relaciones jurídicas;

c) la igualdad;

d) la seguridad jurídica sin la cual el sistema económico de intercambio se derrumba.

La convivencia necesaria de estas nociones obliga a que sean consideradas en términos relativos y no absolutos. El predominio muy marcado de una sobre otra produce un desequilibrio del sistema(31).

Si uno de los contratantes no tiene otra chance que no sea aceptar o rechazar las condiciones contractuales impuestas, significa que la exagerada libertad del otro contratante lo somete a una desigualdad que debe ser intervenida.

El Estado, en definitiva, debe garantizar que la libertad contractual sea compatible con la igualdad de los contratantes.

VIII. El cumplimiento dañoso de los contratos.

Las reflexiones anotadas muestran la existencia de tres principios esenciales del Derecho Privado:

(i) la obligatoriedad de la palabra empeñada.

(ii) la obligación genérica de no dañar a otros.

(iii) la moderada intervención del Estado para evitar que la libertad concentrada en unos pocos conspire contra la igualdad que prescribe el art. 16 de la CN.

La combinación de estos principios permite formular un enunciado de dos premisas y una conclusión:

(a) El sistema legal prohíbe dañar a los otros (alterum non ladere);

(b) El sistema legal dispone que los contratos son obligatorios (pacta sunt servanda);

(c) El incumplimiento de los contratos ocasiona daños que deben ser resarcidos.

Las tres últimas premisas nos hacen pensar en la posibilidad de una cuarta formulación. Veamos: ¿qué ocurre cuando el daño ocurre al cumplirse la palabra empeñada?.

Cuando el contrato injusto es obligatorio su cumplimiento es la causa eficiente del daño. Nos encontramos,

entonces, frente a una incongruencia sistémica entre la obligatoriedad del contrato y la obligación de no dañar a otro. El cumplimiento de un contrato injusto es tan dañino para quien lo cumple, como el incumplimiento de uno justo lo es para quien sufre la falta de su contraparte.

Es cierto, sin embargo, que sería imposible lograr una razonable convivencia colectiva si se omite cumplir las leyes y los contratos privados, pero, como señala Dworkin, el cumplimiento de todas las leyes no asegura ni la justicia de una forma de organización social ni la dicha del individuo: Ningún gobierno que acostumbre actuar contra lo que dictan sus propias normas...puede ser justo, por más que sus instituciones sean sabias o justas en otros sentidos. Pero el cumplimiento de las normas no es suficiente para garantizar la justica: cuando las normas son injustas, un cumplimiento absoluto puede llevar a grandes injusticias. Sucede lo opuesto con la concepción concentrada en los derechos(32).

Conclusión: la mayor seguridad jurídica no siempre garantiza la equidad en las relaciones jurídicas.

IX. El desafío de las neurociencias: reformular un Derecho sin sujeto racional y un acto voluntario sin discernimiento.

El enorme desafío que afronta el Derecho en los próximos años consiste en encontrar un equilibrio entre el sujeto real, que mayormente actúa en forma irracional, y el sujeto ideal y completamente racional que describe el art. 260 del CCyC. No queremos caer en exageraciones, pero no es exagerado afirmar que esta norma describe un sujeto que sencillamente no existe.

En uno de sus últimos ensayos, Sobrino se pregunta, retóricamente y anticipando la respuesta: ¿Existe el contrato de consumo?(33).

Nosotros, profundizando esa idea, nos animamos a preguntar si existe el acto jurídico integrado por el discernimiento, la intención y la libertad aludidos en el art. 260 del CCyC.

Es conveniente, pensamos, reformular los alcances de esta norma porque ya sabemos que nuestro discernimiento, nuestra intención y, nuestra libertad, son rasgos escasos y fácilmente manipulables. Los nuevos conocimientos desafían las bases de la teoría general del acto jurídico, del contrato y de la responsabilidad. Esos tres ejes giran en torno a un acto voluntario sin el cual sus cimientos crujen.

Creemos que llegó el momento de pensar en un derecho basado en actos cuasi voluntarios, en los cuales el discernimiento, la intención y la libertad tienen una intensidad menor de la que hasta ahora se pensó o se nos quiso hacer pensar.

Los estudios neurocientíficos van en esa dirección y debemos seguir esa vanguardia aprovechando los múltiples aspectos que vinculan al derecho con la psicología de la conducta. Como bien dice Facundo Manes: La relación a establecerse entre estas dos disciplinas es tan multifacética como interesante. Supone que el derecho se sirva de los resultados de los innovadores descubrimientos de las neurociencias cognitivas, mejorando así la calidad de las normas e instituciones. Por su parte, las neurociencias aprenden del derecho los límites que las reglas jurídicas imponen a sus trabajos, restricciones que no solamente legales, sino también morales, reguladas por medio de lo que ya se conoce como neuroética(34).

En resumen, pensamos que hay un ida y vuelta entre el derecho, la psicología, la economía y la ética que debe ser abarcado en forma integral a partir del conocimiento del sujeto real.

Notas al pie:

1) Fernando E. Shina, Doctor en Ciencias Jurídica, Pontificia Universidad Católica Argentina.

2) Kemelmajer de Carlucci, Aída, Las disposiciones generales: coincidencias y diferencias, Buenos Aires, La Ley, RCyS 2019, Edición especial 23, Citar online: AR/DOC/240/2019.

3) Bargh, John, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, Sonia Tapia (Trad.), Barcelona, B, 2018, p. 348 y 349.

4) Sobrino, Waldo, ¿Existe el Contrato de consumo?, Buenos Aires, Diario La Ley, 6 de marzo de 2019.

5) Chamatropulos, Demetrio Alejandro, ¿Qué hacer ante las decisiones "no racionales" de los consumidores?, La Ley 19/10/2017, 19/10/2017, 3, Cita Online: AR/DOC/2783/2017.

6) Durante décadas los psicólogos han mostrado gran interés por dos modos de pensamiento. El sistema 1 opera de manera rápida automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario. El sistema 2 centra la atención en las actividades mentales esforzadas que lo demandan, incluidos los cálculos complejos. Las operaciones del sistema 2 están a menudo asociadas a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido., p. 35).

7) Kahneman, Daniel, Pensar rápido, pensar despacio, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Debate, 2018, p. 35.

8) La pregunta que más a menudo se hace sobre las ilusiones cognitivas es la de si pueden ser vencidas. El mensaje no es alentador. Como el Sistema 1 opera automáticamente, y no puede ser desconectado a voluntad, los errores del pensamiento intuitivo son muchas veces difíciles de prevenir. Los sesgos no siempre pueden evitarse porque el Sistema 2 puede no tener un indicio del error. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido., p. 44-45).

9) Ariely, Dan, Las trampas del deseo, Francisco J. Ramos (trad.), Barcelona, 2009, p.9.

10)Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial... p.130.

11)Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial... p.122.

12)Pienso que, si bien el Derecho nuevo asume "la modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones" sobre la que alertó Baudoin, debe atender como corresponde a los distingos entre los megacontratos, los negocios entre quienes se hallan en situación de igualdad jurídica, y los contratos entre quienes son desiguales. En esta última categoría corresponde un régimen coherente de normas imperativas, por medio de "precauciones legislativas" tendientes a "la restauración de la libertad contractual del lado donde era amenazada", según expresión de Rèmy. Pero, entre iguales, lo convenido debe ser obligatorio en la medida en que resulte de un contrato discrecional, de gré à gré, como lo designa el art. 1379 del Cód. Civil quebequés de 1991. El único límite está dado por la concertación sobre objetos prohibidos o inidóneos, con finalidad ilícita o inmoral, en suma, la que transgrede normas de orden público, y acaso normas solamente imperativas como las que conciernen al vicio de lesión. (Alterini, Atilio, Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno, Buenos Aires, La Ley, 1-01-2009, Citar online: AR/DOC/11425/2001).

13)De este modo, mientras que en las relaciones contractuales paritarias es preeminente la garantía constitucional de la libertad contractual e, in primis, de no contratar o de hacerlo seleccionando al cocontratante según sus propias preferencias, en las relaciones de trabajo (arts. 17 y 17 bis LCT), de consumo, o de servicio público (art. 7, ley 24.240, art. 42 CN), en cambio -en las cuales se comienza a delinear un derecho contractual antidiscriminatorio-la preponderancia de los principios se invierte y tiende a prevalecer -aun con diferentes matices e intensidad- el deber a un trato equivalente, paritario y equitativo sobre la libertad contractual. El ejemplo sirve para poner de manifiesto que la (compleja) relación entre libertad contractual, igualdad y no

discriminación no puede resolverse, sino a través de soluciones diferenciadas que se articulan según las características de la relación. (De Lorenzo, Miguel Federico, Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, Buenos Aires, La Ley, 2011-E, 1258).

14)Para más información ver: https://www.cace.org.ar/.

15)El lector debe tener presente los siguientes detalles del muestreo: a) Se trata de un estudio de campo realizado en diciembre del año 2015 que describe el estado del consumo electrónico durante el año 2014. b) Las encuestas fueron realizadas sobre empresas dedicadas a la comercialización online de productos y servicios. c) El tamaño de la muestra comprende 102 empresas, y se han entrevistado 529 sujetos mayores de 18 años. La muestra indica que 8 de cada 10 usuarios de internet realizó por lo menos una compra online.

16)El número exacto es 828.000 nuevos compradores, Informe Cace, marzo 2019, https://www.cace.org.ar/.

17)Informe Cace, marzo 2019,https://www.cace.org.ar/.

18)Informe Cace, marzo 2019,https://www.cace.org.ar/.

19)Informe Cace, marzo 2019,https://www.cace.org.ar/.

20)A contramano de la crisis económica, Clarín , 30-08-2018, https://www.clarin.com/sociedad/comercio-electronico-crecio-60-ano_0_B1TbywSDX.h tml, fecha de captura: 23/11/2018.

21)A contramano de la crisis económica, Clarín , 30-08-2018, https://www.clarin.com/sociedad/comercio-electronico-crecio-60-ano_0_B1TbywSDX.h tml, fecha de captura: 23/11/2018.

22)A contramano de la crisis económica, Clarín , 30-08-2018, https://www.clarin.com/sociedad/comercio-electronico-crecio-60-ano_0_B1TbywSDX.h tml, fecha de captura: 23/11/2018.

23)Por las caídas en casi todos los principales sectores, como la industria, la construcción, el transporte y el comercio, por sexto mes consecutivo, en septiembre la actividad económica descendió 5,8% con relación a un año atrás, según el Estimador mensual de Actividad Económica (EMAE) que elabora el INDEC. Se trata de la segunda mayor caída interanual en lo que va de 2018, luego del -6,8% de junio, por la sequía que perjudicó al campo. En septiembre la disparada del dólar y el encarecimiento del crédito golpearon a los sectores tanto productores de bienes como de provisión de servicios. (La actividad cayó 5,8% en septiembre y la economía ya está en recesión, Clarín, 23-11-2018, https://www.clarin.com/economia/economia/actividad-cayo-setiembre-economia-reces ion_0_xjUosZEfx.html, fecha de captura: 24-11-2018.

24)Argentina Lidera el consumo en comercio electrónico de Latinoamérica, Diario Perfil, 7-12-2018, https://www.perfil.com/noticias/sociedad/argentina-numero-uno-america-latina-con sumo-comercio-electronico.phtml, fecha de captura: 28-01-2019.

25)De acuerdo con cifras de la CACE, el comercio electrónico es uno de los sectores con mayor desarrollo en nuestro país, y su facturación se incrementó en casi un 300% del año 2014 al 2017, cuando se facturaron más de 150 millones de pesos argentinos. Este crecimiento está respaldado por una satisfacción de compra de un 98% de todos los usuarios, la categoría que se mantiene como favorita de los compradores incluye equipos y

accesorios de electrónica, le siguen los electrodomésticos y los artículos para el hogar. Fuente: https://www.america-retail.com/argentina/argentina-el-comercio-electronico-en-ar gentina-crecio-en-un-300/, Fecha de captura: 20-04-2019.

26)El 2018 no ha sido un buen año para la actividad económica en el país. Eso lo sabemos todos. Pero algunos sectores siguen mostrando su vitalidad, de modo consistente con su etapa de difusión y adopción. Uno de ellos es el comercio electrónico en su modalidad a consumidor (business to consumer o b2c, y consumer to consumer c2c) que a pesar de los contratiempos alcanzó a 206 mil millones de pesos en venta. Esa suma (neta de IVA) implica un crecimiento real en pesos frente a las ventas del año anterior ($ 136 mil millones) del 51,5%. Casi 10 puntos por sobre la estimación más dura de la inflación del 2018Claro está que si hiciéramos el cálculo en dólares promedio para la diferencia entre ambos años el crecimiento es de un 37,4%, nada mal tampoco.(Prince, Alejandro, https://www.canal-ar.com.ar/27629-El-Comercio-Electronico-en-Argentina-en-2018.h tml, Fecha de captura 19-04 de 2019). El e-commerce" de la Argentina pareciera inmune a crisis por el alza del dólar o metas incumplidas de la inflación o déficit de la balanza externa u otras variables macroeconómicas. En 2017, de acuerdo a datos de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE), creció en 2017 un 52% en facturación respecto al año anterior, y vendió por 156.300 millones de pesos, equivaliendo al 1,3% del PBI, según calculó esa entidad. Durante el año pasado, se vendieron 96 millones de productos a través de 60 millones de órdenes de compra, un 28% más que en 2016, y a razón de 263.000 productos por día. El ticket promedio de compra fue de 2.600 pesos, con un aumento del 19% respecto al año anterior, según la 7° edición del estudio anual que hace la CACE, este año junto a la consultora Kantar TNS. (Fuente: https://www.iprofesional.com/notas/264583-internet-software-tv-tecnologia-comerc io-electronico-ecommerce-novedades-tecnolgicas-novedades-tecnologicas-El-comerci o-electronico-en-la-Argentina-crecio-52-durante-2017-y-ya-representa-el-13-del-P BI, Fecha de captura: 20-04-2019).

27)Durante el año 2018 se realizaron operaciones de e-commerce por un total global de $ 229.760 millones, lo que determina un incremento del 47% interanual. El 80% de las operaciones se realizaron meditan el uso de tarjetas de crédito. (https://www.cace.org.ar/estadisticas, fecha de captura: 20-04-2019).

28)Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos ..., p.235.

29)El argumento más serio empleado para resistir una eficacia de los derechos fundamentales en el marco del derecho contractual ha sido que, de aceptarse esa eficacia, el principio de la autonomía privada (y su consecuente, la libertad contractual) sufriría una irremisible degradación. Basta pensar -sostienen- en las consecuencias de una aplicación mecánica del principio de igualdad en el ámbito contractual. Sin embargo, la objeción, en estos términos absolutos, resulta injustificada. En primer término, diría que la afirmación resulta inconsecuente desde la lógica de la teoría jurídica. En efecto, si la autonomía privada es la facultad otorgada a los particulares de crear una regla, tertium non datur, o se ubica a esta regla en paridad con la ley formal y en consecuencia queda sometida a los principios constitucionales, o se la emplaza en un grado de dependencia de la norma, en cuyo caso, a simili, y aun con mayor razón, también queda sometida a estos principios. (De Lorenzo, Miguel Federico, Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, Buenos Aires, La Ley, 2011-E, 1258).

30)(Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos ., p.244).

31)Uno de los pensadores modernos (liberales) que mejor explicaron los términos relativos de nociones tan sustantivas fue John Rawls (1921- 2002, Universidad de Princeton y Harvard). Veamos este texto: Sostendré en

cambio que las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastantes diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo, las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad... Sin embargo, no hay injusticia en que unos pocos obtengan mayores beneficios, con tal de que con ello se mejore la situación de las personas menos afortunadas (Rawls, John, Teoría de la Justicia, María Dolores González (Trad.), DF, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, p 27).

32)Dworkin, Ronald, Justicia para erizos, ... p. 29.

33)Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial..., p.110.

34)Pastor, Daniel - Roca, María, Neurociencias y Derecho, T 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, p.8.