

## **Materiales VI**

### “Derecho Contractual Comparado y Contratos Innominados”

1. COLLINS, Hugh. ‘Methods and Aims of Comparative Contract Law’. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 11, No. 3 (1991) pp. 396-406.
2. BERGER, Klaus Peter. ‘Harmonisation of European Contract Law: The Influence of Comparative Law’. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, No. 4 (2001) pp. 877-890.
3. ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. ‘Introducción al Derecho Comparado’. 3a. ed., trad. de Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford University Press, (2002) pp. 339-364.
4. BENSON, Peter. ‘The Unity of Contract Law’. En *The Theory of Contract Law: New Essays*. Cambridge University Press, 1st edition (2001) pp. 138-153; 201-205.
5. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos. Parte General*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta edición, Santiago, (2005). pp. 137-143.
6. PUELMA ACCORSI, Álvaro. *Contratación comercial moderna*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, (2002). pp. 86-113.
7. MÁRQUEZ, José Fernando; y CALDERÓN, Maximiliano. *Contrato de Distribución*. En libro de artículos sobre Contratos de Distribución. Dir: Marzorati, Osvaldo y Molina Sandoval, Carlos. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, (2010). pp. 13-35.
8. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Derecho Comercial*. TOMO III, Volumen 2. *Contratos Mercantiles, Reglas Generales, Compraventa, Transporte, Seguro y Operaciones Bancarias*. 5a edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile (2005) pp. 41-53.
9. RUBIN, Paul. ‘The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract’. *Journal of Law and Economics*, Vol. 21, No. 1 (1978) pp. 223-233.

## *Methods and Aims of Comparative Contract Law*

HUGH COLLINS\*

For over a century English and French lawyers have compared their respective laws of contract. But the purpose of such comparisons has never been agreed. A recent volume of essays by both English and French authors, *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons*, edited by Donald Harris and Denis Tallon,<sup>1</sup> prompts these reflections upon the methods and aims of comparative law in general, and comparative French and English contract law in particular. In the history of the subject, we can discern four popular rationales for the comparative enterprise.

In France especially, we can glimpse elements of a quest for a natural law of obligations.<sup>2</sup> On this approach, by examining closely the laws of contract from a number of countries, the comparative lawyer hopes to discover by means of synthesis those rules and principles which reason dictates should govern economic transactions. Modernist scepticism with respect to the power of reason to generate objective principles of justice and morality has caused this natural law approach to comparative law to be regarded as anachronistic and its texts ignored. What survives, however, is the hope that comparative studies will accelerate the international unification of private law, a unification based upon the discovery of common fundamental principles, a '*ius gentium*' rather than '*ius naturale*'.<sup>3</sup>

A second rationale for comparative law places the enterprise within the broader context of social theories of the evolution of societies and their legal systems. The different evolutionary stages of societies can be illustrated by their laws. By examining how changes in the law take place across different societies, the comparative lawyer seeks to shed light on the forces and mechanisms which cause changes in legal systems and societies. In a Marxist approach, for example, the details of the legal superstructure are regarded as evidence of the transformations of the economic base of society. By demonstrating across a number of societies how the legal system responds in the same way to changes in the

relations of production, the Marxist provides compelling evidence for his general thesis that the economic base determines the form and content of the legal system. Equally, the social theorist or historian committed to a more cultural explanation of historical development can point to the mechanisms leading to change in a legal system which support the thesis that law, the state, and the system of government develop relatively autonomously from the underlying economic system. One finds in Max Weber's later work, for example, the general thesis that legal systems undergo a permanent dialectic between formal and substantive legal reasoning, oscillating over a long period of time between, on the one hand, strict application of rules according to their meaning, and on the other, policy or result-oriented reasoning, with the conflict of approach never being resolved but constantly throwing up new legal solutions to social problems.<sup>4</sup>

In my experience, these works usually prove disappointing. Either the author insists so strongly upon his social theory perspective that the evidence from comparative law is plainly manipulated and wholly unpersuasive, or the author's sensitivity to the wealth of comparative materials reduces the general thesis to some anodine claim such as the idea that the law adapts to changes in the society.<sup>5</sup> The underlying problem here no doubt springs from the bankrupt predicament of social theory itself, because of its failure to generate a persuasive structural account of the evolution of societies.<sup>6</sup>

A third, positivist and utilitarian approach to comparative law, more popular in England than elsewhere, seeks through a comparison of the legal rules and techniques of different jurisdictions the best solutions to legal problems. The aim is to identify better legal solutions in foreign legal systems and then to recommend their incorporation into domestic law. As a result of such an approach to comparative law, for instance, the English law of contract embraced many transplants from Roman Law and Civil Law systems during the nineteenth century.<sup>7</sup> But the traffic was a one way voyage, for French and German laws of contract betray no signs of influence by the Common Law.

Direct transplants from foreign legal systems have often been criticized on two distinct grounds. In the first place, a transplant of a legal rule may prove inappropriate because of the different social and economic structures of the two societies. Such criticisms are most glaring in the context of the imposition of commercial law by colonial powers on tribal and less developed societies. But they can be made as well even between two industrialized societies, for as Kahn-Freund was at pains to demonstrate in connection with the Industrial Relations Act 1971, which imitated US labour law, the effectiveness and practicability of transplants depends upon the social structures, the historical development, and the social norms of each society.<sup>8</sup> For Kahn-Freund one of the main reasons for

\* Professor of English Law, London School of Economics and Political Science.

<sup>1</sup> Clarendon Press, Oxford, 1989.

<sup>2</sup> Pierre Arminjon, B. Nolde, M. Wolff, *Traité de Droit Comparé* (Paris, 1950).

<sup>3</sup> H. C. Gutteridge, *Comparative Law* (Cambridge, 1946) Chs 11-13.

© Oxford University Press 1991 Oxford Journal of Legal Studies Vol 11, No 3

<sup>4</sup> Max Weber, *Economy and Society* (G. Roth and C. Wittich (eds), Berkeley, 1978) 880-92.

<sup>5</sup> Gyula Eörsi, *Comparative Civil (Private) Law* (Budapest, 1979).

<sup>6</sup> Roberto M. Unger, *Social Theory: Its Situation and Its Task* (Cambridge, 1987).

<sup>7</sup> Simpson, 'Innovation in Nineteenth Century Contract Law' (1975) 91 *LQR* 247; Nicholas, 'Rules and Terms—Civil Law and Common Law' (1974) 48 *Tulane LR* 946.

<sup>8</sup> Kahn-Freund, 'On Uses and Misuses of Comparative Law' (1974) 37 *MLR* 1.

the failure of the Industrial Relations Act to improve industrial relations in Britain was that the transplanted legal rules depended for their effectiveness and acceptance as governing norms of behaviour upon their context in an alien cultural tradition of relations between unions, employers, and the state.

A second objection to transplants of legal rules insists that legal concepts fit into clusters of concepts, which together comprise a coherent and consistent set of rules and principles for the regulation of some aspect of social life. One cannot transplant a single foreign concept into domestic law without undermining the coherence of its conceptual scheme, which ultimately causes confusion and inconsistency. We can give as an example of this objection to transplants the adoption by the English law of contract of the civil law idea of mistakes which vitiate a contract. The argument runs that the principle in English law was that only those mistakes which had been induced by a misrepresentation of the other party, either innocently or fraudulently, could vitiate consent to a contract. This principle derived from the English law's emphasis upon reliance rather than consent, from its policy of *caveat emptor* rather than paternalism, and ultimately in its origins as a law of contract for a nation of shopkeepers rather than peasants.<sup>9</sup> In the nineteenth century, however, the textbook writers and a few judges familiar with Roman and French law began to incorporate the alien doctrine of mistake into English law, making the false assumption that the English law of contract, like French law, was based upon consent and agreement.<sup>10</sup> The result has been the great confusion surrounding the doctrine of mistake in the English law of contract, a confusion which could have been avoided if English law had resisted the meddlesome transplants of the Victorian contract lawyers.

These two criticisms of the positivist and utilitarian approach to comparative law can be exaggerated. Sensitive transplants of rules and techniques should be possible. The task of comparative lawyers becomes much more complex than is commonly supposed. Not only must comparative lawyers identify a legal rule in a foreign legal system which appears to achieve more satisfactory results, but also they must then study the social and economic structure and cultural norms of the foreign society and the internal logic of its legal system in order to appreciate both how the law works in society and how it fits into a system of legal concepts. Needless to say, no-one ever really succeeds in pursuing this method satisfactorily, for the budding comparativist always leaves out one of the dimensions of culture, society, economy, history, politics, and legal logic.

In the face of these obstacles to positivist comparative law, we can discern a fourth approach to comparative law emerging and becoming dominant in the last thirty years or so. The aim now embraces the apparently paradoxical objective of understanding one's own domestic legal system better. The comparative lawyer seeks through a close analysis of the doctrines of foreign law governing a

particular topic to improve his or her appreciation of the logic of the concepts and rules of the domestic system in connection with that chosen topic. Returning to the doctrine of mistake in contract law, for example, the comparativist can see how the doctrine of *erreur* fits into the scheme of the French Civil Code, that is how it meshes with the basis of contractual liability in consent and the doctrines of *vices de consentement* which regulate the bargaining process, and then begin to explore the hypothesis that the doctrine of mistake in English law creates such confusion precisely because the foundations of contractual liability and the techniques for regulating the bargaining process are so profoundly different in conceptual organization and policy objectives.

Although apparently narrow in its objectives, this fourth rationale for comparative law presents considerable problems of method and technique. On the whole it is badly used and generates misleading conclusions. The problem is that it is simply no good to compare superficially similar legal doctrines. Just because the word *erreur* is usually translated by the word 'mistake', that cannot provide a ground for restricting the comparison to those two doctrines in French and English contract law. Since French law regulates most mistakes which induce contracts by the doctrine of *erreur* (and *vices cachées* in the law of sales) whereas English law regulates most mistakes by the doctrine of misrepresentation and implied terms, the correct focus of comparison should be between *erreur* on the one hand and misrepresentation, implied terms, and mistake on the other. In other words, this fourth comparative method demands a comparison not between legal doctrines directly, but between the legal doctrines regulating a common social problem such as serious mistakes inducing agreement to a contract. The success of the enterprise thus turns upon the selection of an instructive social problem which the two legal systems address in different ways.

The new rules of comparative legal method in this fourth approach should therefore be stated in the following steps:

Step 1: Identify some aspect of domestic law which seems confused or lacks a clear rationale.

Step 2: Identify the social problem, that is the recurrent source of dispute between citizens, which this aspect of the domestic law addresses.

Step 3: Examine the legal doctrines and techniques by which one or more foreign legal systems tackle the same problem (or avoid it).

Step 4: Evaluate the foreign legal system to decide whether its approach is superior either in technique or result.

Step 5: Analyse the domestic legal system once again to reveal the conceptual obstacles to the achievement of more satisfactory results either in technique or policy goals.

By way of illustration we can apply the new method to our example of mistake in contract. The English law of mistake in contract appears hopelessly confused. The rules governing the circumstances when relief will be given appear uncertain and dependent upon abstract concepts such as 'qualities which make the thing essentially different' and the Aristotelian contrast between identity and

<sup>9</sup> Sir Otto Kahn-Freund, C. Lévy, B. Rudden, *A Source-book on French Law*, 2nd edn (Oxford, 1979) 318.

<sup>10</sup> Simpson, *op cit.*

attributes which no-one really understands any more.<sup>11</sup> In addition, it is far from clear what are the rules these days, with the apparent division between rules in common law and equity which seem to produce different results in similar cases, as in the frequent comparison between *Bell v Lever Bros Ltd*<sup>12</sup> and *Magee v Pennine Insurance Co Ltd*,<sup>13</sup> though some doubt the division exists because *Bell v Lever Bros* came up through the equity courts and the House of Lords did not acknowledge the existence of any difference in approach between the two jurisdictions. To complete the confusion, it seems that the remedy differs according to whether the court decides the contract is void at common law or under the Sale of Goods Act 1979, section 6, or merely rescinds the contract on terms in equity.

Step 2 will always prove the most difficult under the new rules of comparative method. How should we characterize the problem raised by the English cases dealing with mistake? A number of formulations seem possible. A first description suggests that the cases concern situations where one party to a contract has discovered a fact subsequent to formation of the contract which, if he had known of it in advance, would have deterred him from entering the bargain. This category can be subdivided into those where the plaintiff seeks to avoid the contract because it has turned out to be a bad bargain and those where the plaintiff would not have wished to enter the contract for some other reason such as the identity or creditworthiness of the other contracting party. At a second level, the mistake cases are those where the mistake is an unusual one because it has not been induced by the other contracting party by words or conduct constituting representations for the law of misrepresentation or promises for the law of warranties. In other words, mistake is only pleaded in order to avoid the limitations of the law of misrepresentation and warranties. Often the mistake cases are those where misrepresentation affords an inadequate remedy to the plaintiff because it merely renders the contract voidable, not void, and in a dispute over title to property, the plaintiff seeks the advantage of securing title to goods by persuading the court to declare the contract void.

This second level of description of the problem raised in English mistake cases seems to present a fair analysis of the reported cases, but it is a recipe for disaster to adopt this as the paradigm social problem for the purposes of comparative law with civil law systems, because the problem only arises from the internal logic of the English legal concepts dealing with mistakes inducing contracts. We could expect no useful instruction from any civil law system of contract law on this definition of the problem to be addressed, since the problem is generated by the English law itself and is alien to systems outside the common law world. The same argument could be made against yet a third description of the problem addressed by the English law of mistake.

<sup>11</sup> See Lord Denning MR in *Lewis v Averay* [1972] QB 198 (CA): 'But this is a distinction without a difference.'

<sup>12</sup> [1932] AC 161 (HL).

<sup>13</sup> [1969] 2 QB 507 (CA).

A third view of the social problem addressed by the English doctrine of mistake in contracts is that it concerns situations where an important fact on which the contract was predicated was unknown to both parties and neither party assumed the risk of that fact being true or false under the terms of the contract. Since the arbitrary rule that the mistake must be common to both parties is unique to common law, it defines the social problem in a way which would make no sense to foreign legal systems. Furthermore, the strong emphasis upon the allocation of risk by the express and implied terms of the contract in English law, which usually defeats any claims to rescission on the basis of mistake, as in *McRae v Commonwealth Disposals Commission*,<sup>14</sup> rather than the allocation of risks by general rules of law such as *erreur* as in civil law systems,<sup>15</sup> also renders this third level of comparison wholly unsuitable as a definition of the common social problem addressed by the two legal systems. These conclusions, which it should be noted depend upon a subtle and complete understanding of the foreign legal system before one even commences a comparative analysis, drive us back for the purposes of comparison to the first description of the social problem to be addressed which encompasses a much broader range of cases than those handled by the doctrine of mistake in English law.

At the third step of the comparative analysis, we examine how French law addresses the problem where one party to a contract has discovered a fact subsequent to formation of the contract which, if he had known of its existence in advance, would have deterred him from entering the bargain. A brief perusal of the French doctrine of *erreur*, which constitutes the main legal technique for handling this problem, reveals a 'jurisprudence' trapped in a dilemma. On the one hand, the principle of consent as the basis of contractual responsibility indicates that any mistake made by the plaintiff which, if he had known the truth would have deterred him from entering the concluded contract, should suffice to vitiate consent, yet on the other hand, such a broad doctrine of *erreur* would permit anyone who has entered a bad bargain through foolishness to escape liability. As a consequence the cases seek to limit the scope of relief for *erreur* by two techniques. One fastens on the restrictions of the Code Civil itself which insists that the mistake should be as to the substance of the transaction or the identity of the other party.<sup>16</sup> The other creates a limitation to relief based upon contributory negligence, so that an *erreur inexcusable* prevents avoidance of the contract. Both techniques of limitation remain uncertain in scope. The former resolves itself into an examination of the seriousness of the mistake: it must be an *erreur substantielle*.<sup>17</sup> The latter explores paternalist dimensions of relief from contracts, so that mistakes by inexpert consumers are much more likely to ground relief than identical mistakes made by business persons. The whole approach of the courts can be analysed ultimately as a technique for giving relief

<sup>14</sup> (1950) 84 CLR 377 (H Ct Australia).

<sup>15</sup> Nicholas, *op cit*.

<sup>16</sup> Code Civil art 1110.

<sup>17</sup> Cass civ 23.11. 1931, DP 1932.1.129 note Josserand.

from unfair bargains where the unfairness resides in a combination of an unscrupulous bargaining process and an unfair price as a result.<sup>18</sup> This conclusion begins to cast doubt, it must be acknowledged, on whether we have formulated correctly the social problem which provides the foundation for the comparative analysis.

At the fourth step of the comparative analysis, we evaluate the French approach both as to its technique and its results. Can this serve as a useful model for the resolution of similar problems in English law? The uncertainty of the precise scope for relief from contracts for *erreur* in French law dissuades one from believing that it offers a better technique for solving the problem. Furthermore, the remedy of avoiding the contract without an award of damages unless *dol* (wrongdoing) is proved may produce unsatisfactory results where the plaintiff has suffered consequential losses as a result of mere negligence, as in a case like *Esso Petroleum Co Ltd v Mardon*.<sup>19</sup> Moreover, if, as seems likely, the French approach is itself being distorted in order to find a technique for achieving procedural and substantive fairness in contracts, a goal which cannot be achieved more directly because of the absence of a doctrine of undue influence and the presence of a restricted doctrine of *lésion*, then we should be wary of transplanting its techniques and solutions into English law for fear of confusing our domestic approaches to issues of fairness in contracts.

The final step of the comparative analysis, our ultimate goal, is to achieve a better understanding of the English law of mistake in contracts. Has our journey through the foreign terrain cast much light on our domestic problems? We can draw some useful lessons. We can appreciate the close connection between a doctrine of *erreur* and the theoretical foundation of contractual liability in consent. This should give us pause for thought about whether a doctrine of mistake has any place in English law at all. We can recognize that, to the extent that English law has acknowledged a doctrine of mistake in contracts, then it has mirrored the techniques of French law for limiting its scope with its references to requirements of fundamental mistake and 'no fault',<sup>20</sup> though in addition English law has the strange limitation that both parties should be ignorant of the facts, not just one, a limitation which is perhaps explicable, though not wholly justifiable, by reference to the presence of a broad equitable doctrine of innocent misrepresentation. We can also find close parallels between the use of mistake as a technique for achieving substantive fairness in contracts in the two jurisdictions, as in *Grist v Bailey*,<sup>21</sup> and we can wonder whether mistake is a suitable doctrinal technique for achieving such a controversial and uncertain goal.

In setting out and illustrating these new rules of comparative legal method even in this brief form, I hope to have demonstrated both the complexity and the utility of the discipline. The method presents both a minefield for the unwary,

<sup>18</sup> Cass soc 4.5.1956, D 1957.313 note Malauric.

<sup>19</sup> [1976] QB 801 (CA).

<sup>20</sup> *Solle v Butcher* [1950] 1 KB 671 (CA).

<sup>21</sup> [1967] Ch 532 (Ch); and see H. Collins, *The Law of Contract* (London, 1986) at 145.

and a daunting project for the knowledgeable and sophisticated scholar. Needless to say, the achievement in practice rarely approaches anything like the optimum degree of complexity of method and success in results. In truth, comparative law normally remains a low grade legal discipline confined either to listing the main doctrines of two or more legal systems or, and this is little better, noting their differences.

With these methodological concerns in mind, one approaches with some excitement the new book *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons*.<sup>22</sup> It comprises eight chapters written in collaboration by thirteen most distinguished authors, which compare particular aspects of French and English contract law. What are the ambitions of this substantial comparative enterprise developed through a series of conferences? How well do these authors overcome problems of comparative method?

The book as a whole clearly strives to adopt the new rules of comparative method. The editors' introduction lists a number of objectives for the book, such as fostering mutual understanding of fundamental concepts of French and English law, in order to assist the movement toward the harmonization of contract law.<sup>23</sup> The editors also speak of an ambition reminiscent of natural law goals to 'deepen understanding of the nature of contractual obligation in general'.<sup>24</sup> But the general design of the book follows closely the new rules of comparative method, for many of the chapters focus upon a particular social problem, such as the obligation to disclose information and the effect of changes in circumstances on long-term contracts, and then proceed to compare the two legal systems both with respect to concepts and results. Most of the chapters conclude with a report of a discussion of the accounts of the rival legal system's solutions and techniques, and these discussions highlight contrasts between the two legal systems.

I want to suggest that this book proves most successful when it conforms to the new rules of comparative method and that most of its failings can be ascribed to deviations from this fourth approach. There are some other sources of weakness in the book. In particular, whereas most of the English authors take great pains to explain contrasts with helpful cross-references to aspects of French law, the French contributors with the exception of Tallon stick to an analysis of French law.

Perhaps the most instructive chapter in the book concerns the pre-contractual obligation to disclose information. In the French report, Jacques Ghestin rehearses his well-known thesis that as a result of judicial developments and statutory intervention French law now recognizes a pre-contractual duty of disclosure. Barry Nicholas reports the complicated position of English law, with a wide-ranging discussion of common law principles and statutes. Nicholas brings the discussion to life by incorporating running comparisons with French

<sup>22</sup> *Op cit* n 1 (henceforth *CLT*).

<sup>23</sup> *CLT* 1.

<sup>24</sup> *CLT* 4.

law, both as to result and as to techniques of legal reasoning, and by introducing sophisticated reflections upon the policy choices confronting the law in connection with this social problem. The conclusions to the chapter then track Nicholas' analysis closely and confront the fundamental issue here of how to balance the social policy of providing incentives to acquire information whilst at the same time establishing acceptable standards of fair dealing. This chapter represents the best achievements of the new rules of comparative method, because it focuses intelligently on a common social problem and provides a wealth of material for reflection upon the development of a duty of disclosure in English law.

Much less successful is the chapter on the binding nature of contractual obligations. Here Patrick Atiyah begins the chapter by airing his seductive thesis about the basis for contractual liability in detrimental reliance and then he goes on to show how modern statutes such as the Sale of Goods Act 1979 interfere with freedom of contract. Georges Rouhette provides the French comparison with a thesis which holds that, contrary to conventional wisdom, the French law of contract has never rested upon a fundamental principle of the 'autonomy of the will'. These two sections of the chapter have little in common and the concluding discussion rambles over the same issues without any clear focus. One senses that the French lawyers have little interest in appreciating how a reliance doctrine can undercut the common law's traditional analysis of contract, and for their part the English lawyers have even less interest in engaging with the French attempt to reanalyse the relation between the claim that contracts are based upon the agreement of the parties and the inescapable fact that the state determines when legal obligations will be imposed upon individuals.

The root problem here is surely that in seeking the philosophical foundations which justify contractual obligations in the two societies, the authors must engage with domestic ideologies developed according to unique historical paths, and though comparison of these historical discourses can be fascinating, it cannot assist insight into or development of either domestic ideological discourse. The reliance theory, whatever its merits in an English context, can provide no assistance to French lawyers seeking through a reworking of traditional ideals to free modern French contract doctrine from the shackles of a domineering will theory of contract, for the conventions of ideological debate require subtle displacements of the will theory, not its wholesale replacement by a foreign import of uncertain meaning and ramifications. In short, by addressing philosophical issues and historical ideologies rather than common social problems, this chapter chooses a subject wholly unsuited to the new comparative method and pays the price of never reaching any worthwhile comparative conclusions.

Between these extremes, the other chapters in the book achieve only a modest level of success. The chapter on the domain of contract by Bernard Rudden and Camille Jauffret-Spinosi considers a host of problems in contract law, ranging from the treatment of gifts, to government contracts, to pre-contractual liability.

This diversity prevents any considered judgments from being developed, so the chapter merely leaves us with a long list of similarities and differences between the two legal systems. The chapter on remedies by Anthony Ogus and Denis Tallon also suffers in a similar way from the attempt to cover a broad range of issues, though the concluding discussion does produce some striking insights with respect to the problem of insolvent debtors. A much clearer focus is achieved in the chapter by John Bell and Isabelle Lamberterie on the effect of changes in circumstances on long-term contracts, and at moments in the concluding discussion, though this is not sustained, the participants address searchingly some of the crucial questions, such as which legal regime is more conducive to providing the parties to the contract with an incentive to renegotiate the terms of their contract.

If, then, as I have suggested, fidelity to the new rules of comparative method produces the greatest measure of success, what lessons can be drawn from this book about the insights likely to be gained about our own law from a study of the French law of contract? At a superficial level the reader might conclude that we are unlikely to learn anything useful from a study of French law. The discourses of the academic French law seem confined to legal rules, legal concepts, and loose moral ideas, whereas the English authors engage in sophisticated policy analysis grounded in economic models and investigations of the tangible consequences of rival legal rulings. Nowhere does this appear more starkly than in a chapter devoted to the contracts involved in distributorship franchises of cars. Whereas the English team of Hugh Beale, Donald Harris, and Thomas Sharpe use all the modern techniques of institutional economics combined unusually with survey evidence to demonstrate that the parties to these contracts are acting rationally in shaping their contractual terms in the way they do, the French contributor, Alain Sayag, mostly confines his commentary to the conceptual classification of the problems and the content of the legal regulations and decided cases. Yet, though the English contribution appears more sophisticated because of its multidisciplinary palette, at the end of the day the French contribution, by its relative simplicity, seems to me to pose the most important questions more clearly.

That final observation about the merits of this book brings me to my final assessment of the potential value of comparative studies between French and English contract law. I believe that a study of the French law of contract offers a vital counterbalance to the discourses and value-systems which increasingly predominate in discussions of the law of contract of the common law world.

The heritage of the French law of contract in the natural law tradition permits the modern academic writer to weave into the fabric of his account of the law a series of moral judgments. The essay on disclosure of information by Ghestin takes a moral stand on the issue, a platform so exposed that no English writer would care to join him for fear of being accused of speaking from a soap-box rather than a rostrum. Instead the English lawyer avoids explicit moral judgment by paying closer attention to the practical consequences of any particular ruling, relying usually on the reader to fill in the missing moral premiss that anything

which makes the market work less efficiently must be undesirable. In a concluding chapter to the book approved by all the authors, the editors sum up this difference:

French contract law is both more 'moral' and more dogmatic; English contract law is both more 'economic' and more pragmatic.<sup>25</sup>

But of course English law cannot avoid the same moral judgments about such matters as the duty of pre-contractual disclosure of information. Discourses rooted in economics and pragmatic considerations, apart from having an astonishing degree of confidence in simple economic models corresponding to real market conditions, really endorse a value of efficiency and wealth maximization. What I find most refreshing about this book is to be reminded that the law of contract need not be dominated by such an unattractive moral principle. It has been possible outside the common law world now so dominated by US culture to preserve a legal culture which celebrates the diversity and complexity of the liberal legal tradition.

<sup>25</sup> *CLT* 386.

## HARMONISATION OF EUROPEAN CONTRACT LAW THE INFLUENCE OF COMPARATIVE LAW\*

KLAUS PETER BERGER

### I. INTRODUCTION

It is generally acknowledged today that comparative law plays a decisive role in the harmonisation of European private law, in particular of European contract law.<sup>1</sup> Dölle has emphasised this strong link between comparative law and European integration as early as 1950 in his report on the refoundation of the German Association of Comparative Law:

[The economic and political integration of Europe] must be supported and accompanied by a gradual approximation and finally unification of the domestic legal systems in Europe. This goal may not be accomplished without the comparative lawyer and profound connoisseur of foreign law if the result shall constitute ... 'a sound and sensible combination of the hitherto existing domestic differences instead of a soulless and authoritative uniform solution'.<sup>2</sup>

The rise of comparative law from a new and allegedly impractical branch of legal methodology at the beginning of the twentieth century to a catalyst for the development of European contract law at the outset of the twenty-first century is reflected in the practice of international arbitral tribunals, the courts of the EU Member States and the law-making of domestic legislatures in the EU as the driving forces of European integration.

International arbitral tribunals, by their very nature, have always adopted a comparative and intercultural approach to decision-making. Due to the extreme flexibility of modern arbitration laws both in the field of procedure and conflict of laws, international arbitration provides the ideal breeding ground for transnational legal structures.<sup>3</sup> At the same time, international

\* This article is based on a presentation given at the conference of the UK Association for European Law on 'Perspectives of European Contract Law' on 17 Nov 2000 at Senate House in London.

1. See Tallon, (1998) UniLR, at 703, 704: 'Il y a plus de droit comparé au XXI<sup>ème</sup> siècle—c'est très vraisemblable. La "mondialisation" ou, plus modestement, l'eupéanisation ne peut que conduire à ce résultat.'

2. Dölle, 'Zum neuen Aufbruch der Rechtsvergleichung in Deutschland' repr. in (2000) 28 Mitteilungen der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Sonderheft '50 Jahre Wiedergründung' 10, 12 (translation by the author); see also Zweigert, 'Die Rechtsvergleichung im Dienst der Europäischen Rechtsvereinheitlichung', speech held at the first meeting of the German Association of Comparative Law on 15 Oct 1950, reported by Jescheck, (2000) 28 Mitteilungen der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Sonderheft '50 Jahre Wiedergründung', 14, 18.

3. Schmitthoff, *International Trade Usages* (1987), No. 71: 'Substantive law is often born in the womb of procedure. In keeping with their international character, the law which these international arbitral bodies create is transnational. It is the new *lex mercatoria*.'

arbitral tribunals have profoundly affected the progressive development of comparative law:

International commercial arbitration has radically transformed the role of comparative law. Not long ago, comparative law was perceived to be an academic discipline. Its primary function was to provoke reflection on various legal systems and could at its best lead to legislative reform. International commercial arbitration revolutionized the field, transforming comparative law into an eminently practical and often lucrative discipline. Indeed, in many instances important international commercial litigations are won, based on the resolution of issues of comparative law.<sup>4</sup>

The publication of the UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (UPICC) in May 1994<sup>5</sup> and the publication of Parts I and II of the Lando-Principles of European Contract Law (PECL) in November 1999<sup>6</sup> have provided international arbitral practice with an ideal and easy-to-handle working tool for their day-to-day comparative decision making.<sup>7</sup>

The practice of domestic courts in Europe in the past years also reveals a changed attitude towards the concept of comparative law. The traditional resentments of domestic judges *vis à vis* comparative methodology are beginning to disappear.<sup>8</sup> This is a natural development. In the context of the harmonisation and unification of the law, the discussion on the methodology to be applied to the harmonisation and unification process must necessarily play a dominant role.<sup>9</sup> There is no viable and workable uniform private law without a sufficient methodical basis.<sup>10</sup> Basil Markesinis, Ernst A. Kramer and others have hinted that the development of a genuine comparative methodology in Europe has begun, a methodical '*ius commune europaeum*'.<sup>11</sup>

Finally, domestic legislatures have always adopted a comparative lawmaking technique and are increasingly pursuing this approach under the external pressures of globalisation and European integration. Within the EU, a 'quasi-

4. Gaillard, in Sanders (ed.), 'Arbitration in settlement of international commercial disputes involving the Far East and disruption of arbitration', ICCA Congress ser no 4 (1989), at 283.

5. UNIDROIT (ed.), UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (1994).

6. Lando and Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II* (2000), at 1 *et seq*; see also Hesselink/de Vries, *Principles of European Contract Law* (2001).

7. See Berger, (1998) Am J Comp L 129, 132 ff.; Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 2nd edn (1997), at 241.

8. See Lord Goff in his 1997 Wilberforce Lecture, 'The Future of the Common Law' (1997) ICLQ 745, 748: 'Comparative law may have been the hobby of yesterday, but it is destined to become the science of tomorrow. We must welcome rather than fear its influence.'

9. Stone, (1950/1) Tul L Rev 325, 330; Wallace, in Horn/Schmitthoff (eds.), *The Transnational Law of International Commercial Transactions* (1982), at pp. 81 ff.; Coing, in Coing, Schmitthoff, Hellner and Gleichmann, *Methoden der Rechtsvereinheitlichung* (1974), at 7, 16; Lorenz, (1962) JZ 269, 270.

10. Berger, ZEuP (2001), 4, 6 ff.

11. See generally E. A. Kramer, in Schlupe *et al.* (eds.), *Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends* (1993), at 729, 736; Kramer, in Meier-Schatz (ed.), *Die Zukunft des Rechts* (1999), at 71, 74 ff.; Markesinis, *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century* (1994); Berger (2001) Eur Rev Priv L 21, 30 *et seq*.



comparative' approach is always adopted by domestic lawmakers when implementing EU Directives, particularly in the context of the harmonisation of EU consumer protection law.<sup>12</sup> Outside the scope of harmonised EU law, the work of domestic lawmakers is also profoundly affected by comparative methodology.<sup>13</sup> This is exemplified by the drafting history of the Dutch Civil Code (*Burgelijk Wetboek*), the major part of which entered into force on 1 January 1992. The Code is generally regarded as one of the most modern civil codes in Europe and its drafting was influenced to a significant extent by a comparison of modern private law legislation as well as the UPICC.<sup>14</sup>

This article examines how comparative law affects the evolution of European contract law through the work of international arbitral tribunals, domestic courts and legislatures in the EU, taking as examples the development of a doctrine for the internationally useful construction of domestic law in international arbitral practice (II.), the feasibility of a transnational doctrine of precedents for domestic courts in the EU (III.) and the German legislature's recent plans for a major reform of German contract law (IV.).

## II. THE INTERNATIONALLY USEFUL CONSTRUCTION OF DOMESTIC LAW

A practical example for the application of comparative law in the process of the harmonisation of European law is the notion of the 'internationally useful construction' of domestic law.<sup>15</sup> In this context, both the UPICC and the PECL play a central role in the further internationalisation and Europeanisation of legal methodology. They open the door for a new era of dynamic statutory interpretation, i.e. an interpretation of domestic law in the light of the Restatements.

### A. *The Basic Approach*

There is a basic methodical substratum for the development of an international methodology of interpretation based on the UPICC and PECL.<sup>16</sup> This view finds support in the general experience that the choice of the 'correct' method of interpretation in an individual case is always based on a teleological evaluation of the possible results with a view to ensuring the acceptability of the

12. See, eg Dannemann, in: Schulte-Nölke and Schulze (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte* (1999), at 191 ff.; Müller-Graff, in Hartkamp, Hesselink, Hondius, Joustra and du Perron (eds.), *Towards a European Civil Code*, 2nd. edn (1998), at 71 ff.

13. Kötz, in Müller-Graff (ed.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2nd. ed. (1999), at 149, 155 ff.

14. See generally Hondius, in Weyers (ed.), *Europäisches Vertragsrecht* (1997), at pp. 45, 62 et seq.

15. See for this concept Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* (1999) at 83 ff.; Berger, in *Festschrift Sandrock* (2000), at 49 ff.; E. A. Kramer, in C. J. Meier-Schatz (ed.), op. cit. above n. 11, at 82, n. 52.

16. See Wichard, (1996) 60 *RechtsZ* 269, 299 ff.

solution within a given social order.<sup>17</sup> This method of construction, within the context of the individual legal problem and the socio-economic context of the case, plays an important role in any methodical question that is related to the issue of statutory interpretation.

The domestic judge or international arbitrator who applies a certain domestic law may therefore use this discretion to strive towards an internationally useful interpretation of that law.<sup>18</sup> In transborder trade and commerce this will be a solution which is sensible under the economic circumstances of the case. If the parties have included a choice of law clause in their contract it can be assumed that they will accept a certain margin of possible decisions based on this law:

In choosing a certain domestic legal system a party does not mean certain foreseeable solutions for legal problems that may arise out of the contract; rather, he accepts the characteristic margin of possible and correct decisions which is typical for the solution of these legal problems under that particular legal system.<sup>19</sup>

Within this natural 'margin' the judge or arbitrator may decide to apply an internationally useful method of construction which finds a solution that takes into account the particularities of international trade and the economic interests of the parties.<sup>20</sup>

### B. *An Example from Arbitral Practice*

The concept of the internationally useful construction of domestic law has been applied in an ICC arbitral award from 1996. In that case the buyer refused to pay the sales price. He based this refusal on a dramatic drop in the price of the product and currency depreciations in his country which made it impossible for him to receive adequate financing from his bank. In his view, the circumstances justified the hardship defence under Art. 6:258 of the Sixth Book of the Dutch Civil Code (*Burgerlijk Wetboek*, BW), the law applicable to the contract.<sup>21</sup> The sole arbitrator rejected this argument. He hinted at Dutch legal doctrine<sup>22</sup> which maintains that Art. 6:258 BW must be construed in a restrictive manner. To support this view in an international context, he interpreted Art. 6:258 BW in light of the UPICC. The arbitrator emphasised that Art. 6:258 BW is *lex specialis* to the general rule expressed in Art. 6:248 (2) and Art. 3 (12) BW, allowing the judge to consider certain contractual provisions

17. Cf. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1970), 123.

18. See Wichard, op. cit. above n. 16, at 300 suggesting that under German law, the Principles might influence the 'internationally useful interpretation' of Sec. 254 (duty to mitigate damages) and 275 (impossibility) of the Civil Code.

19. Aden, (1984) *RIW* 934, 937.

20. Berger, (1992) *J Int'l Arb No.* 4 at 5, 14.

21. ICC Award No. 8486, (1998) *Clunet* 1047 with note Derains, id., 1050 *et seq.* (= (1999) *Yearbook Commercial Arbitration* XXVI 162 ff.).

22. See generally Hondius, in Weyers (ed.), *Europäisches Vertragsrecht* (1997), at 45, 69 ff.

inapplicable on grounds of reasonableness and fairness ('*redelijkheid en billijkheid*'). According to Art. 3:12 BW, 'Dutch common opinion of law' is the determining factor to interpret the requirements of reasonableness and fairness in the Dutch Civil Code. In international cases, the arbitrator reasoned, this domestic common opinion is replaced 'by the common opinion in international contract law'. In his view, this international opinion is influenced in a decisive manner by the principle of the sanctity of contracts (*pacta sunt servanda*) as expressed in the UPICC, arbitral case law and international doctrine.<sup>23</sup>

### C. The Limits

The arbitrator's reference to domestic Dutch doctrine in the ICC Award reveals the limits of this approach. The theories on statutory construction are always domestic doctrines. Thus, this method of construction always remains subject to the constraints of the relevant domestic law.<sup>24</sup> In accordance with this view, the arbitrator in the ICC Award reported above felt entitled to interpret the Dutch Civil Code in the light of the UPICC because he found support for his view in Dutch legal literature.<sup>25</sup> Since the UPICC were considered by Dutch lawmakers in the preparation of the new Civil Code, the judge or arbitrator is entitled to use them as a sort of filter in international cases. The domestic law is viewed and analysed against the background of the Principles. A rule or principle of Dutch law is applied to the individual case only if it is in conformity with the UPICC. The comparative efforts employed by the Dutch lawmakers in the drafting process<sup>26</sup> justify the comparative approach in the practical application of the law in legal practice. This ensures that Dutch contract law is applied in a sensible and interest-oriented manner in international transactions.<sup>27</sup>

It follows from the above that the mere existence of a Restatement of European contract law does not *per se* justify a fundamental change in these domestic theories on statutory construction. This is the price for their 'soft law' character. Therefore, the viability of the 'internationally useful' construction of domestic law always requires a solid dogmatic groundwork in the respective European jurisdictions whose law is applied.

23. (1999) Yearbook Commercial Arbitration XXVI 166 ff.

24. Schödermeier, *Sonderprivatrecht für internationale Wirtschaftsverträge*, 198: 'All in all, the statutory construction according to the functional considerations of international practice is embedded in the values of the respective domestic legal system—there is trust in international practice, but it is controlled and verified according to domestic fundamental legal values. Domestic laws can hardly be denied this influence' (translation by the author).

25. G. Kuijer, *Ars Aequi, Ars Aequi Libri* (1996), 16, 19.

26. It is argued that due to this thorough comparative preparation of the Dutch Civil Code, the Dutch lawmaker 'may have found its own style, based on Continental-European *ius commune*', Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3rd edn 1996), 101.

27. See A. Rosett, (1998) Am J Comp L. 354: '[The Principles] . . . supply common-sensical approaches to problems that have long eluded common sense.'

In Germany scholars maintain that in international contexts the German Act on Standard Contract Conditions (AGB-Gesetz), as well as the general contract law of the German Civil Code and the German Commercial Code should be construed in the light of the PECL.<sup>28</sup> The concept shall be applicable in all those cases where the law leaves room for flexibility, especially through blanket clauses, such as good faith, or the reference to trade practices and usages.<sup>29</sup> Even in purely domestic cases, German doctrine looks at the approach of 'modern lawmakers' such as the Lando Commission and the UNIDROIT Working Group. It is an open question in German legal doctrine whether the pre-contractual liability ('*culpa in contrahendo*') in case of breach of a duty of confidentiality involves a duty to pay compensation based on the benefit received by the party in breach. Canaris has argued that, in order to resolve this issue *de lege lata*, German doctrine should look at Art. 2.16 of the UPICC for guidance:

The step [to accept a duty to pay compensation based on the benefit received] would find strong support in Art. 2.16 (2) UPICC. This would increase substantially the weight of this argument and would tip the balance in favour of such an approach, given that German legal doctrine is undecided and open on this issue. This would apply in particular if Art. 2.16 (2) UPICC is grounded on a broad comparative basis and does not result from a more or less isolated idea of its drafters.<sup>30</sup>

### D. The Comparative Persuasiveness of the Restatements

The last sentence of Canaris' argument reveals the major problem with using the UPICC and PECL as ready-made comparative reference points for an internationally useful construction of domestic law. The Restatements are 'comparative snapshots' without binding effect. Their usefulness results to a large extent from the mere fact that they exist and that they are *formulated* like black letter law without being 'law' in the proper sense.<sup>31</sup> Their use as a standard reference point, their time-saving effect as a means to substitute profound comparative analysis, depends on the comparative persuasiveness of every single rule or principle contained in the Restatement. This aspect is particularly relevant in those areas where the drafters of the Restatements have not merely selected the best solution from the legal system compared but have 'invented' new rules.<sup>32</sup> There may be a presumption that these black letter

28. Berger, *op. cit.* above n. 15, at 190; Wichard, *op. cit.* above n. 16, at pp. 300 et seq.

29. See Hartkamp, in ICC (ed.), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?* (1995), Rome, at 254, 259: 'Whenever a rule [of domestic law] leaves room for interpretation, profit may be made from the [UNIDROIT] Principles.'

30. Canaris, in Basedow (ed.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht* (2000), at 5, 31 (translation by the author).

31. See Basedow, in Basedow (ed.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht* (2000), at 2.

32. See for this dual purpose of the functional comparative analysis Schmitthoff, (1967–1968), *UNIDROIT Annuaire* 93, 110.

rules reflect the comparative *ratio scripta* of international contract law. The user, however, must be able to convince himself of the depth and scope of the comparative research that underlies every single rule. This requires that the comparative research on which these principles and rules are based is disclosed to the user.

There is, however, a significant difference between the UPICC and the PECL with respect to the transparency of the comparative work on which they are based. In the UPICC, there are no 'notes' specifying the comparative references (statutory provisions of domestic laws, court judgments, arbitral awards, conventions, doctrinal writings, etc.) on which the wording of the principle is based. The drafters intentionally left out references to national legal systems for two reasons. First, they wanted to emphasise the international, or rather transnational character of the UPICC, which are detached from any domestic legal system.<sup>33</sup> Secondly, the omission of comparative references was intended to avoid highlighting the fact that in the preparation of the Principles, some legal systems played a more significant role than others.<sup>34</sup> Thus, the comparative persuasiveness of the UPICC rests exclusively on the composition, authority and reputation of the UNIDROIT Working Group. The PECL are different. Here, one finds a comprehensive list of comparative references at the end of each principle or rule. The list at the end of Art. 2:302 reveals that under Italian, Portuguese, Dutch, English and Scottish law, damages for misuse of information include the defendant's profits, while under Austrian, Belgian, Danish, French and Luxembourg law, only the aggrieved party's loss is compensated.<sup>35</sup> Thus, the drafters of the PECL have made it clear that Art 2:302 (2) does not constitute the common core of the legal systems compared, but rather what the Working Group considered the 'best' solution from an interest-oriented perspective. This approach cannot be criticised since the codification of the 'best' or 'most suitable' solution is a legitimate purpose of the functional comparative analysis.<sup>36</sup> Art. 2:302 (2) may therefore be used as a means for the internationally useful construction of German contract law as suggested by Canaris.<sup>37</sup> The difference is that the PECL allow the user to make his own judgement as to the comparative persuasiveness of the rule, while the UPICC do not reveal the comparative depth and basis of this rule to its user.

### III. TOWARDS A EUROPEAN DOCTRINE OF PRECEDENTS?

A second example for the influence of comparative law on the harmonisation of European contract law involves the courts of the EU Member States. Could they develop a European doctrine of precedents?

33. Bonell, *op. cit.* above n. 7, at 48.

34. *Ibid.* at p. 88; Bonell, (1996) *Unif L R* 29, 234.

35. Lando and Beale, *op. cit.* above n. 6, at 195.

36. See Schmitthoff, above n. 32, *op. cit.*

37. See above n. 29.

#### A. *Convergence of Methods in Civil and Common Law*

The justification for developing such a system lies in the growing convergence of the effects and nature of precedents in civil and in common law.<sup>38</sup> This applies in particular to the area of contract law.<sup>39</sup> The traditional distinction between common law jurisdictions, where precedents are regarded as formal sources of law, and civil law countries, where court decisions are regarded as mere tools for the understanding of the (statutory) law ('*Rechtserkenntnisquellen*'),<sup>40</sup> has its origin in the hightime of positivism.<sup>41</sup> It began to disappear a long time ago, when it became clear that the judges' task in both common and civil law countries involved more than the logical deduction of rules and principles by way of a '*mechanical jurisprudence*'.<sup>42</sup> It was Karl Llewellyn who observed, in his groundbreaking study on the effects of precedents in Germany and the US, that 'the Reichsgericht is de facto a lawmaking instance'.<sup>43</sup> At the same time, he favoured the further development of a genuine system of precedents in Germany:

I think it is essential that a genuine doctrine of precedents must be developed in some form or another in Germany [. . .]. So much is for sure, courts and legal practice may (in my view will, even must) develop a system of precedents.<sup>44</sup>

Today, the normative effect of precedents is acknowledged in civil law jurisdictions in those cases where there is a long line of case law of the highest court, or a long standing court practice that has not been attacked by legal doctrine.<sup>45</sup> In these cases the principles and rules developed by the courts of civil law jurisdictions may well be 'considered as part of genuine statutory

38. See Zweigert and Kötz, *op. cit.* above n. 26, § 18 IV. *in fine*; cf. generally Markesinis, *op. cit.* above n. 11, at pp. 24 ff.; Merryman, (1981) *Stanford J Int'l L*, 357 ff.; but see Legrand, (1996) *ICLQ* 52 ff.

39. See Kötz, (1987) *Modern L Rev* 1, 11 ff.

40. See Hedemann, *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht* (1929), 287 *et seq.* ('Kryptoprecedentiensystem'); Larenz, in *Festschrift Schima* (1969), at 247, 262; Allen, *Law in the Making* (3rd edn 1939), 298 ff.

41. See MacCormick and Summers, in MacCormick and Summers (eds.), *Interpreting Precedents* (1997), at 531, 532: 'The caricature picture of civil law systems free from the shackles of precedent in contrast to the common law enslaved to its own past (or preserving the "good old order") is certainly no longer remotely accurate, if it ever was'; Zweigert and Kötz, *op. cit.* above n. 36, § 18.II; Rabel, (1951) 16 *RabelsZ* 340, 345; see also for the 'naive contrast' of both systems H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), 123.

42. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (vol. 1, 15th edn 1809), 70: 'Upon the whole . . . we may take it as a general rule that the decisions of courts of justice are the evidence of what is common law in the same manner as, in civil law, what the emperor had once determined was to serve for a guide for the future'; Radbruch, *Der Geist des Englischen Rechts* (1946), 46; Gordley, (1995) *Am J Comp L* 555, 558: 'Joseph Story, James Kent and Nathan Dane cautioned that the cases are, at most, evidence of the principles that constitute the law.'

43. Llewellyn, *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika* (1933), 112 (translation by the author); see also Horn, (2000) *NJW* 40, 45: 'In practice [. . .] a long standing line of precedents from the highest court is like a substitute lawmaker . . .' (translation by the author).

44. Llewellyn, *op. cit.*, 49 ff.

45. See MacCormick and Summers, *op. cit.* above n. 41, at 538.

law'.<sup>46</sup> As in common law, case law applies due to its 'persuasive authority'. This authority creates a duty for the lower courts to consider and examine the precedents in their decision-making. They may not deviate from it without strong justification.<sup>47</sup> It is because of this normativity of their decisions that civil law judges are called upon to look beyond the facts of the case before them and to consider the effects and consequences which their decision will cause for the development of the law in general.<sup>48</sup> Thus, both in civil and common law jurisdictions, law can be characterised as 'nothing more pretentious than . . . the prophecies of what the courts will do in fact . . .'.<sup>49</sup>

### B. *Indications for a European Doctrine of Precedents*

This tendency of converging case law methods in civil and in common law, and the necessity of a European methodology, provide the background for a Europeanisation of the doctrine of precedents.<sup>50</sup> This process should not be limited to the method which is applied in European jurisdictions with respect to the internal effect of court precedents. Rather, it should develop into a cross-border effect of court precedents based on a methodology that applies throughout the EU.

#### 1. STATEMENTS OF JUDGES IN CIVIL AND COMMON LAW

In both civil and common law, judges have provided indications for their willingness to co-operate in the development of a European case law method. For example, Walter Odersky, former President of the German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) has made the following amazingly progressive statement:

While being bound to apply his own law and to evaluate all aspects which set limits to the construction of statutes and the development of the law, [the domestic judge] may also consider the argument that a certain solution found in another legal system fosters the harmonization of European law. With this argument, he may, as the result of his comprehensive evaluation of all relevant facts and circumstances of the case before him, adopt the solution found in the foreign legal system. This argument should be used more frequently with the growing European integration.<sup>51</sup>

46. Hedemann, op. cit. above n. 40, at 286; see also Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (1921), 143: 'The feeling is that nine times out of ten, if not oftener, the conduct of right-minded men would not have been different if the rule embodied in the decision had been announced by statute in advance.'

47. Heinsheimer, *Lebendiges Recht* (1929), 25; Krebs, (1995) 195 AcP 171, 182 ff.; Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen* (2nd edn 1991), no. 103; Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriffe* (2nd edn 1991), 510.

48. Ulmer, (1999) ZGR 751, 777; see also Sendler, in Merten and Schreckenberger (eds.), *Kodifikation gestern und heute* (1995) at 147, 150 ff.

49. Holmes, 'The Path of The Law', in Holmes, *Collected Legal Papers* (1920), at 167, 173: 'The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law'; see also Llewellyn, *The Bramble Bush* (1930, repr. 1991), 78.

50. McCormick and Summers, op. cit. above n. 41, at 542.

51. Odersky, (1994) ZEuP 1, 2 (translation by the author, emphasis added); see also Zweigert and Kötz, op. cit. above n. 26, § 2.III.

In fact, the German Federal Supreme Court has rendered decisions in which it has referred to statutes and precedents of other European jurisdictions to establish an international standard with an almost normative effect on the construction of German law.<sup>52</sup>

For the English common law, Judge Brooke has hinted at the Europeanisation of decision-making of English courts by referring to England's long lasting involvement in the European Union:

One effect of 25 years' involvement in the European Union has been to give to English common law Judges and European civil law Judges a much greater understanding of the strengths and weaknesses of each other's system of law . . . As the world gets smaller, and communications between lawyers and judges from different legal systems become easier, there is everything to be said for a common approach to the solutions of problems [ . . . ] unless principle or precedent stand irremovably in the path of progress.<sup>53</sup>

This openness towards comparative law methodology is reflected in a series of English court judgments.<sup>54</sup> The case law of the European Court of Justice also provides strong input for the development of a European system of precedents. In the practice of the Court, judgments are prepared by comprehensive comparative studies. Deviations from previous case law must be revealed and justified.<sup>55</sup> The legislative purpose of the relevant provisions is thoroughly examined by means of a teleological interpretation. English courts have been called upon to follow this historical approach which was hitherto unknown in English judicial practice and regarded as a 'naked usurpation of the legislative function'.<sup>56</sup> German courts have been called upon to adopt the Court's comparative decision making approach in order to make their judgments more acceptable to the public.<sup>57</sup>

#### 2. THE EUROPEANISATION OF LEGAL METHODOLOGY

The recognition that comparative law is an independent legal science, the realisation that its principal goal is to transform the mentality of lawyers and the acceptance that it is today impossible for lawyers to limit their reasoning to the

52. See Schulze, (1997) *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 183, 186.

53. *Laceys Footwear (Wholesale) Limited v Bowler International Freight Limited & Another* [1997] 2 Lloyd's L Rep 369, 385.

54. *Woolwich Building Society v Inland Revenue Commissioners* [1972] WLR 366, 393; *Henderson v Merrett* [1994] 3 WLR 761, 779; *White v Jones* [1995] 2 WLR 187, 201; *Hunter v Canary Wharf Ltd.* [1997] 2 WLR 684, 690; *Barry v Midland Bank* [1998] 1 All ER 805, 821; *McFarlane v Tayside Health Board* [1999] 4 All ER 961, 975.

55. Möllers, *Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration* (1999), 56; see also Lord Goff, op. cit. above n. 8, at 747: 'A doctrine of precedent is beginning to develop, not all that different from our own.'

56. See Lord Denning in *Buchanan v Babco* [1977] 1 All ER 518, 523 (CA): 'Just as in Rome, you should do as Rome does, so, in the European Community, you should do as the European Court does.'

57. Kötz, in Heldrich and Hopt (eds), *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Vol. II* (2000), at 825, 842; Möllers, op. cit. above n. 55, at 75.

framework of their own domestic system must have a substantial impact on the decision-making process of domestic courts within the EU. The combined effect of the ever growing significance of comparative law and the Europeanisation of the law, must lead to a European system of precedents. Such a decision-making practice would do justice to the specific quality of the EU which is characterised not by domestic isolation, but by the 'coexistence and combined effect of different legal systems'.<sup>58</sup> The work which supports this ongoing process of horizontal integration of the EU Member States is not limited to the EU institutions or organs. This process is to a large extent shaped and influenced by subordinate institutions, not only administrative bodies but also domestic courts.<sup>59</sup>

A European doctrine of precedents would enable the courts to take account of the changing reality which they are facing today and to which they have to react in their decision-making. It has been emphasised in connection with the theory of the comparative construction of domestic law that in view of these realities, the classical task of legal science is gradually changing: the co-ordination and harmonisation of the law with other jurisdictions must be put on an equal footing with the classical task to preserve and develop the domestic legal system.<sup>60</sup> If the classical ideal of the unity and completeness of the major statutes and of legal systems in general is gradually being destroyed under the increasing pressure of the Europeanisation of the law, which goes well beyond the mere harmonisation by the EU Commission, then the domestic courts may no longer remain in domestic isolation by referring to the long standing tradition of their legal system. Instead, they have to take into account the solution found for certain problems by the courts of other EU jurisdictions, even if the case before them involves a legal problem that has not been harmonised by the EU Commission.

This comparative approach to decision-making is strongly influenced by the increasing significance of comparative law.<sup>61</sup> The functional comparative method is 'horizontal' in nature.<sup>62</sup> It directs the focus of legal analysis across the border, i.e. away from the 'vertical' view of the technicalities and historic origins of the domestic legal systems. Based on the assumption that every society faces essentially the same problems and solves them by quite different means but with often similar results, the functional comparative analysis carries with it the potential of gradual convergence of legal systems and methods.<sup>63</sup>

58. Rodríguez Iglesias, (1999) NJW 1, 8.

59. See for this 'horizontal system' within the EU von Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform* (1999), 18 ff.; see for the necessary redefinition of the notion of 'state sovereignty' within the step-by-step process of European integration Denninger, (2000) JZ 1121, 1125 ff.

60. Schulze, op. cit. above n. 52, at 195.

61. See above Introduction.

62. See Dölle, op. cit. above n. 2, at 12.

63. Peters and Schwenke, (2000) ICLQ 800, 809 ff.; see also Gordley, op. cit. above n. 42, at 566: 'one needs a transnational method simply to understand the law within one's own country. If I am right, that law can rarely be described as a purely national law. It is in large part a transnational law.'

The functional nature of comparative methodology thus provides a strong justification for the development of a European doctrine of precedents in the application and construction of domestic law. The precedential effect of judgments should not be based on their origin from a certain legal system (German courts feel bound only by German precedents). The reason for looking at precedents of foreign courts lies in the similarity of the factual background and the functional equivalence of the solutions found in the foreign jurisdiction and in the country where the court is located before which the dispute is pending. Recourse to foreign case law is no longer a means to take account of the changing constitutional framework and value system caused by European integration,<sup>64</sup> but serves the more general purpose of allowing for a 'European standard' in the decision of legal disputes by the courts in the EU Member States.

### C. *The General Principle of Equal Treatment as the Methodical Basis*

In German legal doctrine, the binding nature of precedents is derived from the general principle of equal treatment in Art. 3 of the German Constitution. Equal cases have to be treated equally.<sup>65</sup> On the EU plane, the general principle of equal treatment,<sup>66</sup> formerly unwritten and now fixed in Art. 21 of the EU Charter of Basic Rights, may serve a similar purpose. The justification for this approach lies in the paramount importance of this principle within the legal framework of the EU. Maximum scope can be given to the principle of equal treatment because of its general significance and the fact that it is derived from the Treaties of Rome, provided that one is dealing with subjects which are regulated in the Treaty.<sup>67</sup> Extending the scope of the principle of equal treatment beyond the EU Treaties, however, would mean to bind the Member States in areas where harmonisation has not (yet) been achieved.<sup>68</sup>

Irrespective of these natural limits, the principle of equal treatment may guide the way from 'a European constitutional law to a European law of methodology'.<sup>69</sup> It is the law creating process that has resulted from the strong interaction between European constitutional law and European private law which provides a methodical basis for a European doctrine of precedents. This creative process is by no means limited to the plane of substantive law. It also has a strong influence on the development and Europeanisation of legal meth-

64. See Schulze, op. cit. above n. 52, at 186.

65. See Michael, *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme* (1997), 253; Krebs, op. cit. above n. 47, at 186.

66. ECJ of 5 Nov 1994, Rat C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, I-4973, 5062; ECJ of 25 Nov 1986, verb. Rat 201/85 and 202/85 (Klensch), Slg. 1986, 3477, 3507; ECJ of 21 Feb 1990, Rat C-267/88 to C-285/88 (Wuidart), Slg. 1990, I-435, 480; cf. generally Lenaerts, (1991) Cahiers de droit européen 3, 25 ff.; Zuleeg, in *Festschrift B. Börner* (1992), at 473 ff.

67. Zuleeg, op. cit., 477.

68. Bleckmann, *Europarecht* (6th edn, 1997), no. 1780.

69. See Michael, op. cit. above n. 65, at 211.

ods.<sup>70</sup> Traditional methodical structures and categories, such as the 'above/below' scheme of the classical theory of legal sources, are being gradually qualified in view of the force and persuasiveness of the structures and principles of European constitutional law.<sup>71</sup> These changes in paradigm caused by the methodical pressures of the Europeanisation movement together with the gradual dissolution of the traditional notion of 'sovereignty' are felt even in those areas of law such as administrative law which by their very nature have not been the subject of external influences in the past.<sup>72</sup> The influence of this reorientation of dogmatic concepts is not limited to the 'vertical cooperation'<sup>73</sup> between domestic courts and the European Court of Justice. It also extends to the horizontal relationship between the domestic courts in the EU Member States. This relationship is a natural consequence and integral part of the 'sub-institutional' integrative processes in the EU which follow from the horizontal integration of the EU Member States. Within this horizontal relationship, it is the combined effect of the general principle of equal treatment and the 'spirit'<sup>74</sup> of the harmonisation of European contract law which directs courts in the EU Member States to follow precedents rendered by courts in other Member States.

#### D. Increased Quality of Judicial Decision-Making

The notion of treating equal cases equally as the essence of the principle of equal treatment, is also reflected in functional comparative methodology:

The full benefit of comparing systems comes . . . when one compares factually equivalent litigated circumstances. The immediate obvious similarities encountered when one is comparing similar litigated situations makes the 'foreign' reader feel reassured by what he is discovering rather than put off. For such a reader then easily grasps a problem which is familiar to him and notices with interest (and, perhaps, some amazement) that this answer, not infrequently, is analogous if not identical to the one he finds in his own system.<sup>75</sup>

This comparative approach may have a positive effect on the quality of judicial decision-making. The comparison of similar litigated situations in foreign

70. See E. A. Kramer, in Meyer-Schatz (ed.), op. cit. above n. 11, at 88; see also Schulze, op. cit. above n. 52, at 184.

71. Häberle, *Europäische Rechtskultur* (1994), 48.

72. Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß* (1999), 286.

73. Ibid. 290.

74. See for the 'spirit' (of Roman law) as a driving force behind the development of the law Philipps, *Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechtsvereinheitlichung* (1965), 86; K. Schmidt, in Behrends (ed.), *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken* (1993), at 77, 84 ff.; see for the 'international spirit' as the driving force of comparative law Rabel, in Leser (ed.), *Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze, Bd. III* (1967), at 1, 21; see for the European spirit of a trans-border doctrine of precedents von Bar, (1994) *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 221, 231.

75. Markesinis, (2000) *Cambridge Law Journal* 294, 295.

court precedents forces the court to focus on the facts, interests and socio-economic framework of the foreign case. This comparative process can lead to a reverse effect, ie a better understanding of the facts and legal issues which are at stake in the dispute before a judge. Very often, the judge will discover that despite differences in methodology, there are striking similarities in mentality, resulting not only in a similar evaluation of the factual background but also in the similar approach to the finding of sensible and interest-oriented solutions for the dispute before them:

[I]f an observer from another planet came to Earth to see how *homines judicantes* behaved in different parts of the world, he would find that they spoke different languages, wore different garments, observed different rules of the game, and were governed by different laws in deciding the merits of disputes. But if he came to study their minds, their behaviour and their actual decisions, he would discover striking similarities.<sup>76</sup>

The realisation that foreign legal systems are able to cope with certain factual problems without a highly sophisticated dogmatic legal framework may lead the judge to realize that the systemisation of the law in his own country is not so much done in a concern for the functioning of the legal system but merely 'out of a tendency to suffer theoretical controversies'.<sup>77</sup> Thus, the functional comparative process, which forms the basis of a European doctrine of precedents, will lead to more sophisticated, more creative and more efficient judicial decision-making because it makes the judge more aware of the specificity of the case before him. A judge is not led outside the scope of his official duties if he compares the legal technicalities of his own and other legal systems to create a solution that is functionally similar to foreign precedent.<sup>78</sup> This method reduces the distance between him and his own domestic law, which he is called upon to apply in the dispute before him.<sup>79</sup>

76. Lando (1998) *Unif L Rev.* 535, 544; see also Großfeld, (2000) *Richmond J Glob L & Bus* at 1, 32: 'Comparative law leads us into temptations we never dared to contemplate; imagination, intuitive perception, discipline, and our courage will be tested. We lose our traditional shelters and sometimes regret entering this vast and dangerous field . . . But the rewards are worth the risk. The comparative lawyer might gain the chance to present practical results, not just transplants, but new ideas and wider exposure. Seeds he can sow. Above all, however, he will learn about himself, about his own law, about his own culture.'

77. Kötz, op. cit. above n. 57, at 842 (translation by the author).

78. Schulze, op. cit. above n. 52, at 194 for the comparative construction of domestic law hinting at the fact that 'a provision of contemporary German private law may, according to its underlying purpose, policy, function and scope, be closer to a corresponding provision of Dutch or Italian law than to the intentions of the historic German legislature . . .'

79. Markesinis, op. cit. above n. 75, at 302: 'Certainly this moving "to and fro" between texts to another makes one question the strengths and weaknesses of the arguments advanced. More significantly, one must be asked to consider the merits and demerits of thrashing out in a judicial decision wider policy points and giving the judge the task of not merely adjudicating but also trying his hand at social engineering'; see also Gordley, (1998) *Am J Comp L* 607, 614.

### E. *The Use of a European Doctrine of Precedents in Contract Law*

The benefits of a European doctrine of precedents can unfold in the area of contract law, where written law and legal doctrine leave enough leeway for progress in methodology. The norms and doctrines in this vast field of private law are dominated by the notion of party autonomy. They do not want to implement domestic policies which are embedded in the value system of their respective legal system. Instead, the statutory norms and unwritten rules governing contract law leave maximum room for the creative ingenuity of the parties. This, in turn, leaves room for a just and interest-oriented decision of disputes by domestic judges or arbitrators. It is due to the specific nature of contract law that the judge is freed from the stringent methodical constraints which govern other areas of law. The courts enjoy ample freedom to take account of the individual circumstances of the case before them and the possible socio-economic consequences of their decision. Therefore, the existence of a comparative system amounts to a duty for the court to take account of this new means to ensure greater individual justice, which is the underlying goal of contract law.<sup>80</sup>

### F. *Limits of a European Doctrine of Precedents*

A duty to take into account foreign precedents is subject to two important limitations. First, it is recognised that without the necessary political legitimacy, the use of precedents in the courts' decision-making may not lead to a creeping harmonisation through the backdoor of methodology without the necessary political legitimacy. A European doctrine of precedents may not lead to a '*gouvernement des juges*'. This natural limit is inherent both in the principle of equal treatment and the functional comparative analysis which forms the basis of a European doctrine of precedents.<sup>81</sup> Foreign court precedents may not be taken into account by the domestic courts of EU Member Countries when the comparative analysis leads to the conclusion that the divergent treatment of a certain problem by a foreign court is based, not on technical, but genuine functional differences between the legal systems compared.<sup>82</sup>

The second limitation is set by the legal system of the court which wants to apply a foreign precedent. In doing so, the court can not go beyond the limits set by its own law for the construction of statutes, the filling of statutory gaps and the development of the law.<sup>83</sup> Again, a European doctrine of precedents is intended to open the huge stockpile of legal solutions of the courts of the EU

80. Michael, op. cit. above n. 65, at 213.

81. See for the latter aspect Kötz, (1999) *Rev int dr comp.* 753, 755 ff.

82. See for this general limit of the right for equal treatment ECJ of 13 Feb 1969, *Rat 14/68* (Wilhelm), *Slg.* 1969, I, 16; ECJ of 3 July 1979, *verb. Rat 185/78 u. 204/78* (Van Dam), *Slg.* 1979 2345, 2361; Bleckmann, op. cit. above n. 67, no. 1782.

83. Schulze, op. cit. above n. 52, at 193 (for the comparative construction of domestic law).

Member Countries without interfering with domestic mandatory rules and the dogmatic constraints of their legal systems. Beyond these limits, a European doctrine of precedents is based on the '*persuasive authority*' of domestic court decisions from EU Member Countries which are not limited to the national territory but transcend national boundaries. Ultimately, a European doctrine of precedents should be an expression of a 'shared values' approach to the decision of legal disputes which flows from the spirit of European integration.<sup>84</sup>

### G. *A European Doctrine of Precedents as a Precursor of a European Contract Law*

A European doctrine of precedents would have an important side effect. It would provide the breeding ground for a European contract law, immaterial of whether such a law is imposed 'from above' as a Code or developed from below, through a creeping process of harmonisation.<sup>85</sup> The approximation of judicial customs and judicial mentalities in the EU Member States is generally regarded as an indispensable prerequisite for a functioning EU Single Market.<sup>86</sup> A European system of precedents would provide a legal instrument to achieve this goal.

The PECL play a central role in this process. As a comparative reference point and as the '*ratio scripta*' of European contract law, they provide the medium through which the development of a European doctrine of precedents may be developed. Even though they do not constitute binding law in the proper sense, the PECL's specific quality, being formulated as black letter rules makes them an ideal reference point for the Europeanisation of the case law of the courts of the EU Members Countries.<sup>87</sup> As the herald of a European *ius commune*, the PECL together with a European doctrine of precedents may serve to make judges and practitioners acquainted with individual rules and principles contained therein.<sup>88</sup>

#### IV. THE PLAN FOR THE EUROPEANISATION OF THE GERMAN CIVIL CODE: A MILESTONE IN THE HARMONISATION OF EUROPEAN CONTRACT LAW?

The third example for the use of comparative law in the context of the harmonisation of European contract law involves the third actor in this area, the domestic legislature.

84. See for the UNIDROIT Principles, A. Rosett, (1998) *Am J Comp L.* at 349; see for the 'consensus of values' ('Wertekonsens') as a methodical instrument in the context of European integration Möllers, op. cit. above n. 54, at 42 ff.

85. See below II.1.

86. Basedow, op. cit. above n. 31, at 1, 3.

87. *Ibid.* 2.

88. Matteucci, in *UNIDROIT Annuaire 1967-1968, Vol. II*, at 267, 268 for the influence of international restatements of contract law.

A. *Legislative Activities and the Harmonisation of European Contract Law: The 'Thibauts' versus the 'Savignys'*

One of the central issues in the discussion on the harmonisation of European contract law is whether it should be accomplished through legislative activity. Two schools of thought are dominating the scene. They revive the old dispute between Thibaut and Savigny about the right way to codify the law.<sup>89</sup> The positivistic school favours a formal unification of European contract law 'from above'.<sup>90</sup> Its proponents can refer to two Resolutions of the European Parliament calling for the drafting of a European Civil Code<sup>91</sup> and the revival of the codification idea.<sup>92</sup> The other school doubts whether the time has come for a Europe-wide codification of contract law.<sup>93</sup> Like Savigny's idea of a historical development of the law, this school advocates the development of a *ius commune europaeum* 'from below', through an informal, 'creeping' process.<sup>94</sup> The benefits and disadvantages of these two schools of thought have been discussed extensively in the past. Rather, the question here is: immaterial of the way in which the harmonisation of European contract law will ultimately be achieved, is there a role for domestic legislatures in this process?

B. *The Comparative Input of Domestic Legislatures*

The 'comparative law-making technique' employed by domestic legislatures in drafting contemporary legislation has a significant impact on the harmon-

89. See Grossfeld and Bilda (1992) *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 426 ff.; Zimmermann (1994/95) *Col J Europ L* 81 ('In a way, [...] it is Savigny versus Thibaut all over again'; see also for a survey of the various options EU Commission (ed), Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law of 11 July 2001 (COM (2001) 398 final), at 13 *et seq*; cf. also Staudenmayer, 2001 *EuZW* 485 *et seq*; Staudenmayer, in: Schulze/Schulte-Nölke (eds.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (2001), at 419 *et seq*.

90. See Lando, in Weyers (ed.), *Europäisches Vertragsrecht* (1997), at 81, 101; Lando, (1997) *Eur Rev Priv L* 525, 534; Gandolfi, (1992) *Rev trim dr civ* 707 ff.; E. A. Kramer, in Schlupe *et al.* (eds.), *Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends* (1993), at 729, 748; Tilmann, in *Festschrift Helmrich* (1994), at 437, 439 *et seq.* and the contributions from Martiny, Schwartze, Eger, Drobnig, and Remien, in Martiny and Witzleb (eds.), *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch* (1999).

91. OJEC 1989 No. C 158 of June 26, 1989, at 400; OJEC No. C 205 of April 25 1994, at 94.

92. See Kötz, (1987) *Modern L Rev* 1 ff.; K. Schmidt, *Die Zukunft der Kodifikationsidee* (1985), p. 47 ff.; see also Zimmermann, (1995) *JZ* 477, 479.

93. See Schulze, (1993) *ZEuP* 442, 473: 'Our time does not seem to be ripe to approach legal unity in Europe through an EU codification of private law'; Sandrock, (1996) *JZ* 1, 8; Markesinis (1997) *Eur Rev Priv L* 519 ff.

94. See generally Berger, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit* (1992), p. 374, n. 196; Berger, *International Economic Arbitration* (1993), 543; id., *Formalisierte oder 'schleichende' Kodifizierung des Transnationalen Wirtschaftsrechts* (1996), 191 ff.; id. (1998) *JZ* 369, 374; Berger, *op. cit.* above n. 15, at 210 ff.; *ibid.*, in CENTRAL (ed.), *Transnational Law in Commercial Legal Practice* (1999), at 121, 124 ff.; Lando, in 'Centre for the Advanced Study of European and Comparative Law' (ed.), *The Harmonization of European Contract Law through a Restatement of Principles* (1997), at 1, 20.

isation movement.<sup>95</sup> This law-making technique was not only used in the drafting process of the major European codifications of 'the second generation'<sup>96</sup> such as the Swiss Obligation Law,<sup>97</sup> the German Civil Code and the Italian *Codice Civile*. It is also employed to an increasing extent in the drafting of 'third generation codes'<sup>98</sup> like the new Dutch Civil Code (*Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, NBW) and the new Civil Code of the Russian Federation. Once again, the Restatements of international contract law play a vital role in this process. They have had a considerable influence on the drafting of the Dutch and Russian Civil Code. Also, the UPICC were considered as important and authoritative terms of reference for the drafting of the new Estonian, Lithuanian and Czech Civil Code.<sup>99</sup> The Scottish Law Commission also made reference to the UPICC in its proposals for the reform of rules on the interpretation of legal acts.<sup>100</sup> Thus, through their influence on distinct domestic legislations, the Restatements have an important indirect influence on the gradual approximation of the contract laws of the current or future EU Member States. This, in turn, is an important step in the ongoing harmonisation process, as it makes domestic legislatures, courts and legal practice less hesitant to accept uniform models which are based on them.

C. *The Plan for a Sweeping Reform of German Contract Law*

On 19 September 2000 the German Ministry of Justice announced a comprehensive and sweeping reform of German contract law which is scheduled to enter into force on 1 January 2002.<sup>101</sup> The reform project is generally regarded as the most significant legislative intervention into German contract law since its enactment in the Second Book of the German Civil Code on 1 January 1900.

1. THE HISTORY OF THE REFORM

The first suggestions for a major reform were presented in 1992 by a Working Group of Experts to the German Ministry of Justice.<sup>102</sup> The Group had deliberated on the reform proposals for almost a decade. As a central element of their reform proposals, the experts suggested abolishing the long standing

95. Cf. for the functional qualification in private international law Sandrock, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung* (1966), at 25 ff.; Kropholler, *Internationales Privatrecht* (2nd edn 1994), § 17.

96. Cf. Wieacker, in *Festschrift Boehmer*, at 46 *et seq*.

97. Esp. the French Code Civil and the Austrian Civil Code, cf. Merz, in *Festschrift Zweigert*, at 667, 670 ff.

98. Cf. Blaurock, (1994) *JZ* 270.

99. Bonell, *op. cit.* above n. 7, at 236 ff.

100. *Ibid.*

101. See Prantl, (20 Sept 2000) *Süddeutsche Zeitung* 1; Jahn (25 Sept 2000) *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 10.

102. Bundesministerium der Justiz (ed.), *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts* (1992).



distinction of German law between the various forms of non-performance: supervening impossibility ('Unmöglichkeit'), default ('Verzug'), culpa in contrahendo, positive violation of contractual duties ('Positive Vertragsverletzung'), the latter remedy being available as a subsidiary remedy in those cases of breach of a contractual duty where the requirements of the other remedies are not met. For a long time, this distinction has caused great confusion and embarrassment among German law students, courts and practitioners. To remedy the defect of German law on non-performance, the experts suggested that German contract law should follow the example of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), and implement the broad notion of 'breach of contractual duty' as a basic prerequisite for any claim for non-performance.<sup>103</sup> This would convert the exceptional remedy of 'positive violation of contractual duties' into the regular remedy for non-performance. The experts also suggested codifying in the BGB legal institutions such as frustration of contracts ('Wegfall der Geschäftsgrundlage'), which had been developed by the German courts and which has assumed a significance in legal doctrine that exceeds that of many institutions of statutory law.<sup>104</sup>

In spite of the substantial expertise behind this proposal, it was never taken up by the German legislature in the 1990s. The time was simply not ripe for such a substantial interference with the long standing tradition of German contract law. Also, the presentation of the Report of Experts was not considered a sufficient incentive to enter into a comprehensive reform of German contract law.

## 2. CONSUMER LAW AS THE CATALYST FOR THE REFORM OF GERMAN CONTRACT LAW

The incentive came in 2000 when the German legislature was faced with the need to implement three EU Directives which have a direct influence on German contract law: the Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees,<sup>105</sup> the Directive on Combating Late Payment in Commercial Transactions<sup>106</sup> and the Directive on Electronic Commerce.<sup>107</sup> It is argued that the EU Commission's consumer protection policy results in an unnecessary and sometimes unsystematic intrusion into domestic contract law

103. Ibid. 29 ff.

104. Ibid. 31 ff.

105. Council Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, OJEC L 171 of July 7, 1999, at 12 ff.

106. Council Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions, OJEC L 200 of 8 Aug 2000, at 35.

107. Council Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), OJEC L 178 of 17 July 2000, at 1 ff.

of the EU Member States, that the consumer is the 'phantom in the opera of European and German law'.<sup>108</sup> In fact, the Commission's policy to protect the consumer from himself has led to a whole array of new laws and regulations in the EU Member Countries. It has created a new layer of contract law outside the civil codes, and has occupied the capacities of domestic lawmakers to an extent that made it impossible to devise, let alone implement, comprehensive reforms of general contract law. Now, German legal doctrine is facing a reverse development: the EU Commission does not possess the competence for a sweeping harmonisation of the general contract law of the EU Member Countries,<sup>109</sup> but consumer protection has assumed the role of a catalyst for a sweeping reform of German contract law comprising *both* consumer and general contracts. This conforms with ideas of an 'extensive implementation' of EU Directives, going far beyond the actual scope of the subject-matter covered in the Directive.<sup>110</sup> There is, however, an important difference. Here, the pro-consumer spirit of the Directive is not extended to other areas of law, but is prompting a reverse pro-industry reform approach from the German legislature extending to the whole area of the law of non-performance in order to restore the balance between consumer-friendly rules and general contract law.

The main reason for this development is the Consumer Sales Directive which has to be implemented in German law by 31 December 2001. This Directive does not follow the 'pointillistic' patchwork approach of previous directives but cuts deep into the general contract law of the Member States. The modifications which this Directive will introduce into German contract law in order to provide more legal protection to consumers are seen to require some form of compensation for the commercial parties to these consumer contracts. This compensation will be implemented through the adoption of the proposals of the Working Group of Experts from 1992.<sup>111</sup> The Information Memorandum of the German Ministry of Justice on the First Draft of a German Law on the Modernisation of the German Obligation Law ('*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*') states:

The modifications which have to be introduced [into German law] due to the Consumer Sales Directive put a substantial burden on the commercial sellers. *This burden must be mitigated by introducing the compensatory elements of the Contract Law Reform . . .* The Consumer Sales Directive does **not directly** require to adopt the proposals of the Working Group of Experts on the reform of the general law of non-performance. However, . . . *the Consumer Sales Directive exerts a substantial indirect pressure to implement the Working Group's proposals with respect to the law of non-performance.*<sup>112</sup>

108. See Dreher, (1997) JZ 167 ff.; Roth, (1999) JZ 529 ff.

109. See Berger, op. cit. above n. 15, at 194 ff.

110. See Schulze, (1997) Deutsche Richter Zeitung 369, 374.

111. See Schmidt-Räntsch, (2000) ZIP 1639.

112. Bundesministerium der Justiz (ed.), *Informationspapier zum Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes* (4 Aug 2000.) 3 *et seq.* (emphasis added).

## 3. SOME ELEMENTS OF THE REFORM PROJECT

The reform-project will be implemented through substantial changes in the area of statutory periods of limitation, interest, law of non-performance, sales law and law of works. In April 2000, the German Ministry of Justice presented a 566-page draft law for discussion, the official ministerial bill was introduced in the German Parliament on 14 May 2001 and a public hearing of experts was conducted in early July 2001.<sup>113</sup> Thus, the different periods of limitation for contractual claims of six weeks, six months, one year, two years or thirty years<sup>114</sup> will be substituted by a uniform period of three years. For warranty claims arising out of sales or service contracts the period is two years. The new period applies to both consumer and general sales law. This was necessary because Art. 4 of the Consumer Sales Directive requires that the commercial seller can have effective recourse against his wholesaler if he is subject to a claim for non-performance from his buyer under the new and extended rights granted by this Directive. The minimum period of limitation of two years for consumer sales required by the Directive, and the general period of six months for the current German sales law would not have allowed such an efficient recourse if the buyer raised a claim later than six months after delivery of the goods.<sup>115</sup> In the area of non-performance, the different claims for non-performance which exist under the present law will be streamlined, both with respect to their prerequisites and with respect to their legal effects. Remedies will be available if one party commits a breach of a contractual duty.<sup>116</sup> Damages can be claimed in addition to the termination of the contract and not merely as an alternative. The uncodified remedies for breach of contractual ('positive Vertragsverletzung') or pre-contractual ('culpa in contrahendo')<sup>117</sup> duties, as well as for cases of frustration of contract ('Wegfall der Geschäftsgrundlage') which have been developed by German legal doctrine and the courts, and which have assumed a central role in many areas of contract law, will be included in the new law of non-performance. In the area of sales law the traditional and heavily criticised statutory distinction between sale of livestock and sale of goods and rights will be abolished. Also, the difference between material defects ('Sachmangel') and defects in law ('Rechtsmangel') will be abolished. In order to implement the Consumer Sales Directive, a special section on consumer sales will be included in the sales law. Also, consumer protection

113. Bundesministerium der Justiz (ed.), *Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes* 4 Apr 2000); see also Ernst/Zimmermann (eds), *Rechtswissenschaft und Schuldrechtsreform* (2001); Schulze/Schulte-Nölke (eds), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (2001); Pick, (2001) ZIP 1173 et seq.

114. The Ministry of Justice emphasised that under the present law there are more than 130 provisions on limitation periods in over 80 statutes.

115. See Schmidt-Räntsch, op. cit. above n. 111, at 1639.

116. Sec. 280 of the Draft, above n. 123, at 15 provides that 'if the debtor violates a duty arising out of the contractual relationship, the other party may claim damages caused by the breach. This duty does not arise if that party is not liable for that breach'.

117. See generally Lando, in *Festschrift til Birger Stuevold Larssen* (1997), at 623 ff.

laws in the area of contract law which have hitherto been codified outside the BGB, and which were based on EU Directives such as the Law Regarding Revocation of Door-To-Door and Similar Dealings,<sup>118</sup> the Time-Sharing Law,<sup>119</sup> the Law on Consumer Credits,<sup>120</sup> the Law on the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts<sup>121</sup> and others, will be integrated into the Civil Code. This includes the Act on Unfair Standard Terms<sup>122</sup> which had been codified in a separate statute ('Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen') in 1976. In fact, during the deliberations of the Act on Unfair Standard Terms, the question whether one should continue to pursue the approach of enacting separate statutes or whether separate statutes should be incorporated in the BGB had been discussed extensively.<sup>123</sup>

## 4. THE GOALS: MODERNISATION, SIMPLIFICATION, EUROPEANISATION

This latter step exemplifies the basic regulatory approach which the German Ministry wants to take to achieve the three basic goals of the reform project: the modernisation, simplification and Europeanisation of the German Civil Code. Rather than enacting just another special statute on consumer protection,<sup>124</sup> all rules and principles on German contract law, immaterial of whether they apply to consumer sales or not, shall be integrated into the German Civil Code. The German legislature had already pursued this integrative approach in 1999 when it implemented the Council Directives on Cross-Border Credit Transfers<sup>125</sup> and on Settlement Finality<sup>126</sup> in Secs. 676 to 676g of the Civil Code. That approach, however, was limited to banks and other credit institutions, and did not change the general contract law in the Civil Code.<sup>127</sup>

118. The Law is based on Council Directive 85/577/EEC of 20 Dec 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, OJEC L 372 of 31 Dec. 1985, at 31 ff.

119. The law is based on Council Directive 94/47/EC of 26 Oct 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis, OJEC L 280 of 29 Nov 1994, at 83 ff.

120. The Law is based on Council Directive 87/102/EEC of 22 Dec 1987 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit, OJEC L 042 of 12 Feb 1987, at 48 ff.

121. The Law is based on Council Directive 97/77/EC of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJEC L 144 of 4 June 1997, at 19 ff.

122. The Act contains substantive provisions on the control of general contract conditions as well as procedural provisions on injunctive relief against general contract conditions. The procedural provisions will not be integrated into the Civil Code but will be transferred into a special statute on injunctive relief, see Schmidt-Räntsch, op. cit. above n. 121, at 1643.

123. Bundesministerium der Justiz (Ed.), above n. 112, at p. 14.

124. This was a solution favoured by the German industry, see Schmidt-Räntsch, op. cit. above n. 111, at 1643 ff.

125. Council Directive 97/5/EC of 27 Jan 1997 on cross-border credit transfers, OJEC No. L 043 of 14 Feb. 1997, at 25 ff.

126. Council Directive 98/26/EC of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems, OJEC L 166 of 11 June 1998, at 45 ff.

127. See for the necessity of a Banking Law Code in Germany Berger, in *Festschrift Schimansky* (1999), at 3 ff.

## 5. THE INFLUENCE OF COMPARATIVE LAW

The influence of comparative law can be felt everywhere in the project. The 1992 proposals of the Working Group of Experts, which form the basis of the far reaching project, were based on a look at other legal systems, on the draft UPICC<sup>128</sup> and on the CISG.<sup>129</sup> The simplification of the German law of non-performance was seen to be in line with the legal systems of most EU Member Countries.<sup>130</sup> The Experts Report of 1992 which forms the basis of the reform contains numerous comparative references to 'domestic and supranational legal systems'.<sup>131</sup> These influences are mixed in the draft with the consumer protection policy of the EU Commission, as reflected in the three Directives. Due to this unique blend of European consumer protection law, modern contract law and traditional and well established doctrine, the reform project is considered by the German Ministry of Justice as 'a major step towards a Euro-BGB'.<sup>132</sup> It remains to be seen whether this ambitious project, after its entering into force on 1 January 2002, will be accepted in Europe as a model for the Euro-Civil Code.

## V. CONCLUSION

For legal doctrine, the courts and domestic legislatures, comparative law is the driving force behind the legal integration of European contract law. The revived dialogue between domestic contract law doctrine and comparative law<sup>133</sup> instils new momentum into the harmonisation of European contract law. At this point in time it is impossible to predict whether this process will be achieved 'from above' through the enactment of a European Civil Code, or 'from below' through a creeping process of harmonisation. In any event, the PECL as a comparative reference point and the *ratio scripta* of European contract law play a pivotal role in this process. Every effort has to be made to acquaint courts, practitioners and legal doctrine with their purpose, content and value for everyday legal work. Towards this end, a suggestion has been made to amend the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Relations so as to allow the parties to choose the PECL as the law governing their contract, not only before arbitral tribunals,<sup>134</sup> but also before

128. See Bonell, *op. cit.* above n. 7, at 235 ff.

129. The Working Group of Experts had commissioned a separate expert opinion from Professor Basedow on the reform in the light of the UN Sales law, see Bundesministerium der Justiz (ed.), above n. 112, at 16.

130. Schulze, *op. cit.* above n. 110, at 375, n. 54.

131. See, eg Bundesministerium der Justiz (Ed.), above n. 112, at 134; in the context of the proposed provision on hardship, reference was made to Italian, Greek, Dutch, Belgian, Polish, Hungarian, Czech, Swiss, English, French and US law and to Art. 5.2.1, 5.2.2, 5.2.3 of the (draft) UNIDROIT Principles, *idem*, 149.

132. See Prantl, *op. cit.* above n. 101, at 1.

133. Basedow, *op. cit.* above n. 31, at 3.

134. According to most modern arbitration laws, the parties may choose the 'rules of law'

domestic courts.<sup>135</sup> As progressive as this proposal may seem, in an era of increasing globalisation the law must take account of these far reaching and dramatic socio-economic changes. Comparative law has become a vital tool to adapt European contract law to these changing conditions of everyday life. Hessel Yntema's famous words about the evil of self-sufficient isolation apply to the influence of comparative law on the Europeanisation of contract law: 'Blind without history, jurisprudence without comparative understanding can scarcely rise above the level of provincial casuistry and empirical craft.'<sup>136</sup>

('*règles du droit*, 'Rechtsvorschriften') applicable to their contract. This includes the choice of transnational legal principles such as the UPICC or the PECL, see Berger, *op. cit.* above n. 15, at 179; see for the PECL's function as 'a statement of internationally accepted principles' for international arbitrators Lando and Beale, *op. cit.* above n. 6, at XXIV.

135. Blase, (1999) *Vindobona Journal* 3, 14; cf. also Boele-Woelki, *Principles en IPR* (1995), 15 ff.

136. Yntema, in Rabel, *The Conflict of Laws* (1945), at XIII.

Felipe O. Leiva Padua, 28.05.09.

*Pure Pure*

# Introducción al derecho comparado

Konrad Zweigert  
(1911-1996)

Hein Kötz

MCL (MICH.), FBA, PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE HAMBURGO,  
DIRECTOR DEL INSTITUTO MAX PLANK DE DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO

TRADUCCIÓN  
ARTURO APARICIO VÁZQUEZ

REVISIÓN TÉCNICA  
ALEJANDRO TORRES ESTRADA

Colección

Estudios

Jurídicos

OXFORD  
UNIVERSITY PRESS

## C. Contrato

### VII. La formación de contratos

#### 24. La libertad de contrato y sus límites

##### I

Quienquiera que busque en el *Código Civil* alemán declaraciones de principios generales en torno al papel del contrato en la sociedad, su composición y sus efectos, recorrerá en vano sus páginas. En el BGB, la *Ley de Contratos* no tiene siquiera una sección especial acerca de sí misma. En la Parte General, el contrato no es más que una subcategoría del “acto jurídico” y en el propio Libro Segundo no se le menciona sino como un caso especial de “relación obligatoria”. Menos escuetos, los códigos civiles no sólo contienen secciones especiales dedicadas al contrato (*véanse* los arts. 1101 y ss. del *Código Civil* francés y los arts. 1 y ss. del OR), sino que en ocasiones abundan en originalidades acerca de éste. Así, en el art. 19(1) del OR encontramos el revelador pronunciamiento de que “dentro de los límites de la ley, el contrato puede tener el contenido que las partes decidan”, mientras que en el art. 1134 del *Código Civil* francés leemos la célebre fórmula en el sentido de que “los contratos formados legalmente poseen valor legal para las partes que los formalizan”.

Desde luego, los artífices del *Código Civil* alemán estaban muy conscientes de la importancia y la libertad del contrato: al igual que otros códigos novecentistas, el BGB es producto de una sociedad basada en el concepto liberal de que una vez que el individuo se libera de las restricciones de la tradición y de todas las formas de autoridad, sean éstas feudales, políticas o religiosas, alcanzará la suficiente madurez para escoger su destino y deberá gozar de libertad para dar a su vida el curso que mejor convenga a sus intereses; debe colocársele en una posición en la que pueda decidir por sí mismo si formaliza o no un contrato, respecto del cual asumirá una obligación reconocida legalmente y cuyo contenido deberá conocer hasta sus últimos detalles. Ciertamente, un contrato que contradice el *ordre public* o las “políticas públicas” carecerá de efectividad; pero, aun en estos casos, los magistrados tienen por un principio fundamental la imprudencia que significa:

“extender arbitrariamente los preceptos que señalan que un contrato determinado carece de validez por atentar contra las políticas públicas, ya que si hay algo que requiera dicha política es que las personas de edad y capacidad probadas gocen de la mayor libertad posible de celebrar contratos, y que éstos, cuando se formalicen de manera libre y voluntaria, sean considerados como sagrados y se les proteja en las Instancias de Justicia”. Tales son las palabras

de Sir George Jessel MR en el caso *Printing and Numerical Registering Co. contra Sampson*, 1875 LR 19 Eq, pp. 462, 465. En la actualidad, el liberalismo es objeto de críticas. No se le considera productivo ni equitativo desde los puntos de vista económico y social, respectivamente, y se duda de los principios y preceptos que genera. Más adelante profundizaremos en este tema; entretanto, conviene no olvidar que el liberalismo fue el gran emancipador que desencadenó una enorme cantidad de energía creativa. No siempre se ha aceptado la libertad de contrato como un principio legal. Lejos de ello, durante siglos los derechos y las obligaciones de la persona eran determinados por su nacimiento, su familia, su grupo social, su tribu, su posición, su gremio, su condición de vasallo ante un superior feudal o de siervo ante un terrateniente. Tales eran las condiciones en las que se nacía y que duraban hasta la muerte. Sin embargo, las relaciones legales de las personas cambiaron cuando la economía recibió nuevos bríos de la división del trabajo, y en vez de que se les definiera de acuerdo con su posición, las personas comenzaron a gobernarse a sí mismas al celebrar contratos de bienes, servicios o créditos. Este desarrollo se resume en la célebre frase de Sir Henry Maine: "hasta ahora, el movimiento de las sociedades progresistas ha sido el paso de la posición al contrato" (*Ancient Law*, 1864, p. 165).

¿Cuáles son los argumentos de los sistemas jurídicos de hoy para justificar la obligatoriedad de los contratos y su protección en los tribunales? Aunque se han propuesto muchas, acaso las respuestas puedan reducirse a dos.

Según algunos, el cometido primordial de todo sistema jurídico es proteger la libertad de las personas y salvaguardar su poder de autodeterminación. Todos deben gozar de libertad para actuar como mejor les parezca, libres de presiones gubernamentales o sociales. La persona debe contar con el albedrío suficiente para definir sus relaciones con los demás, sin restricciones ni prescripciones, así como de perseguir sus propias metas a condición de que no infrinja la libertad de los demás. Por consiguiente, es obligación del Estado respetar la libertad de la persona y brindarle un espacio en el cual construya su propio estilo de vida; esto requiere libertad de credo y opinión, libertad para tener propiedades y libertad para escoger el propio *modus vivendi*. Las libertades anteriores también comprenden la libertad de contrato. El aceptar o no una relación de permuta es una decisión que depende, en principio, de la propia persona y de la parte que ésta escoja como socio.

La idea que subyace al contrato es el compromiso que implica un acuerdo, ya que al celebrar el contrato las partes aceptan que éste debe expresar sus derechos y sus responsabilidades (Flume, *Das Rechtsgeschäft*, 2a. ed., 1975, p. 7). Históricamente, el concepto de la libertad de contrato como manifestación del principio de autonomía individual guarda estrecha relación con la llamada *teoría de la voluntad*, según la cual la verdadera razón para reconocer y cumplir con las obligaciones contractuales es que éstas constituyen un producto de la "voluntad" del obligado. Aunque la "teoría de la voluntad" ha sido desplazada por la "teoría de la declaración" —se está obligado no tanto por lo que se quiso decir cuanto, en realidad, por la interpretación que hace la otra parte de nuestras intenciones—, ello no implica ningún conflicto con la idea de la autonomía: ésta no da derecho a pasar por alto los intere-

nteses de otros o a negar el significado que, en términos razonables, se atribuyen a nuestras palabras en la situación particular en que las pronunciamos.

La otra respuesta es de tipo utilitario. A la pregunta de cómo ha de organizar la sociedad sus instituciones y su toma de decisiones a fin de procurar la mejor satisfacción posible de las necesidades en vista de la escasez de recursos de nuestro mundo, los utilitaristas señalan que la ejecución de los acuerdos contractuales puede significar una contribución mayor. Ilustraremos esto como sigue.

Normalmente, una persona que valora un artículo de su propiedad en 500 libras deseará venderlo en 600 pero, desde luego, sólo podrá hacerlo si hay una persona que lo valore en 600 libras y esté dispuesta a pagar esa cantidad. Esta última persona actuará de forma racional y de acuerdo con sus propios intereses si accede a comprar el artículo en 600 libras, y si el acuerdo es formalizado y ejecutado ambas partes estarán mejor que antes: ambos son más ricos, ninguno es más pobre. Multiplíquese esta operación por millones —como sucede en lo que se ha dado en llamar el *mercado*— y se comprobará que, por este medio, todos los participantes se benefician. Dicho proceso favorece el bienestar de la sociedad al garantizar que los escasos bienes y servicios de que se dispone se dirijan a quienes les atribuyen el mayor valor.

Para que este sistema funcione se debe cumplir con una importante condición: las leyes deben establecer reglas claras respecto de quién posee qué —llámese propiedad tangible o intangible o cualquier otro derecho protegido legalmente—, de forma tal que se sepa quién puede disponer de la propiedad e impedir que otros interfieran la operación. Las ventas deberán tener lugar siempre que se conozca al propietario del artículo y la otra parte pueda adquirirla no tomándola, sino mediante un pago.

Considérese el sencillo caso de la adquisición de un sillón en una mueblería. Detrás de este contrato se encuentra una multitud de otros contratos. La tala de los árboles, la transportación de la madera al aserradero, la conversión de aquella en tablones, todo ello bajo contrato. El ebanista no sólo compra la madera: también emplea personal, arrienda el taller y adquiere la maquinaria y el barniz necesarios, todo ello por medio de contratos. Luego, el ebanista se contrata con el diseñador para el diseño de los muebles y con un agente de negocios para la distribución en las mueblerías. Éstas, a su vez, arriendan la tienda, emplean vendedores, contratan los servicios de una agencia publicitaria y adquieren los materiales de embalaje. Tuvo que ocurrir todo lo anterior para que, finalmente, el sillón pudiera ofrecerse al cliente. En esta verdadera catarata de contratos, todos los participantes perseguían su propio beneficio, con el resultado de que los recursos escasos se destinaron al uso que mejor respondía a las necesidades de las personas, contribuyendo al bienestar general.

Se explica así por qué la ley permite la formación de contratos; empero, ¿por qué la ley también garantiza acciones de ejecución y una acción para los daños y perjuicios causados por el incumplimiento? Tales medidas no serían necesarias si los intercambios

acordados se realizaran de inmediato y ambas partes pudieran cerciorarse de que el otro cumple con lo estipulado en el contrato. Aunque estas situaciones menudean en las economías primitivas, son mucho más raras en la actualidad, pues ocurren sólo cuando resulta fácil para el comprador revisar los artículos antes de adquirirlos. En una economía desarrollada, los contratos suelen implicar una ejecución en el futuro, ya que los bienes suministrados podrían tener que usarse durante un tiempo antes de que se decida si son o no satisfactorios. Ahí, siempre se corre el riesgo de que una de las partes se apropie de la ejecución del otro y luego aproveche la oportunidad para renunciar a su compromiso, en especial cuando la ejecución se ha tornado más difícil para ella o los cambios en las condiciones del mercado permiten que imponga un precio más alto. Las personas esperan que se cumplan las promesas contraídas, por lo que la ley debe proteger dicha expectativa ordenando una asignación equitativa de los riesgos que pudieran presentarse después de la formación del contrato. Desde luego, puede haber incentivos extralegales para ejecutar los contratos de manera apropiada. Una persona que planea permanecer en los negocios sabe que una conducta oportunista podría perjudicar su reputación como contratista responsable; el riesgo de dicha conducta puede prevenirse en las condiciones del contrato o tomando un depósito u otro valor del cual pueda disponerse en caso de incumplimiento. Pero como sucede a menudo que la reputación de las partes no representa un problema y dichas provisiones contractuales resultan costosas o imprácticas, la ley debe intervenir proporcionando reglas que comprometan a las partes con el acuerdo, disuadan de cualquier forma de oportunismo y, en defensa de los intereses de la sociedad, promuevan el cumplimiento de los contratos para su ejecución en el futuro.

Es verdad que cuando los contratistas formulan provisiones explícitas para cualquier contingencia imaginable que pudiera presentarse en el intercambio acordado, sólo se requiere un precepto: *pacta sunt servanda*. Sin embargo, se necesitan muchas negociaciones para abarcar aun los riesgos más obvios, en un costo que puede evitarse cuando la ley proporciona reglas para subsanar las brechas de la forma más adecuada. La presencia de dichas reglas (denominadas *dispositives Recht* en Alemania, *lois supplétives* en Francia e *implied terms* en Inglaterra) favorece la formación de contratos, aumentando así los beneficios para las partes y para la sociedad en general.

## II

Como señalamos, la *libertad* de contrato puede justificarse con los argumentos ya sea de la autonomía individual o del bien público; sea cual fuere la base que se prefiera, lo cierto es que la ley de contratos también debe imponer *restricciones*; debe haber reglas que invaliden ciertos acuerdos, o permitan su invalidación, por muy serias que sean sus intenciones o por mucha que sea la madurez con que les considera. Lo anterior resulta más evidente cuando el contrato contradice el orden público, la moral o la ley misma (véase el cap. 28), aunque también se puede invalidar un contrato cuando presenta de-

fectos en su elaboración, como cuando se considera que la empresa de que se trata no fué iniciada de modo responsable: el que promete pudo haber carecido de la capacidad de juicio suficiente a la celebración del contrato (véase el cap. 25), o pudo haber sido engañado o defraudado por la otra parte o sometido a una presión inadecuada (véase la sección VI del cap. 31) o, en fin, su promesa pudo haber resultado de un malentendido grave (véanse las secciones I-V del cap. 31).

Otro tipo de defecto en el procedimientos precontractual ocurre cuando se induce a la persona a celebrar un trato en su casa o a la entrada de ésta, en su lugar de trabajo, en la calle o en un sitio público, lugares todos donde no hay oportunidad de comparar precios y por los cuales, si dicha persona está poco familiarizada con los negocios, se le puede engañar con facilidad. Tal es la razón por la que a los Estados miembros de la Unión Europea, a menos que se encuentren en el curso de un negocio, se les concede cierto periodo dentro del cual pueden renunciar al contrato sin aducir mayores razones (Instrucción del 20 de diciembre de 1985).

De lo anterior podría inferirse que el *contenido* del contrato no afecta su validez, a menos, desde luego, que sea inmoral o atente contra el orden público, que no importa que el valor de lo prometido guarde una relación justa con el valor de lo que se promete a cambio; y que, a condición de que no haya nada en el contrato que impida a la persona alcanzar una decisión meditada y responsable, aquélla contrae un compromiso con el contrato, por muy malo que sea éste. Este concepto concuerda con las palabras del *common law* según las cuales "lo inadecuado de la consideración" no invalida un contrato; antes bien, que la promesa adquiere carácter obligatorio aun cuando lo que se prometa a cambio no valga un comino. Así pues, la distinción entre inequidad "de procedimiento" e inequidad "sustantiva" indica que sólo en el primer caso se invalida un contrato, y no debido a la inequidad o la desigualdad de su contenido.

Acerca de la distinción entre equidad "de procedimiento" y "sustantiva", véase Leff, "Unconscionability and the Code: The Emperor's New Clause", en 115 *U. Pa. L. Rev.*, 1967, p. 485, Farnsworth §4.28 (pp. 506 y ss.); Von Mehren (véase la bibliografía de este capítulo), pp. 64 y ss.; Gordley, "Equality in Exchange", en 69 *Cal. L. Rev.*, 1981, p. 1587 y los importantes artículos de Atiyah, "Contract and Fair Exchange", en 35 *U. Tor. LJ* 1, 1985 = *Essays on Contract*, 1988, pp. 329 y ss., y Eisenberg, "The Bargain Principle and Its Limits", en 95 *Harv. L. Rev.*, 1982, p. 741.

La distinción categórica entre equidad "de procedimiento" y "sustantiva", por muy clara que sea en la teoría, nunca se aplica con precisión en la práctica. Siempre se ha creído que la justicia conmutativa exige cierta equivalencia entre la ejecución y la contraejecución, aun cuando el énfasis de los autores en este requerimiento varíe de una a otra situación; los tribunales, por su parte, no siempre se han mostrado ingenuos en sus intentos por aplicar dicha exigencia. Uno de los métodos más frecuentes para alcanzar

esto es la *interpretación* del contrato (véase el cap. 30): cuando las condiciones del acuerdo son poco claras o incompletas, el juez interpreta el contrato de acuerdo con los requerimientos de la "buena fe" (*Treu und Glauben*, §157 del BGB), "decencia" (§914 del ABGB) o "la equidad, el uso común o el derecho" (art. 1135 del *Código Civil* francés). Todos éstos exigen una relación entre la ejecución y la contraejecución. Cuanto más marcado resulte el desequilibrio, tanto más destacará el juez el defecto "de procedimiento" del contrato, es decir, que la parte más débil fue defraudada, engañada o presionada. Por lo demás, si hay una notoria discordancia en el contrato, tanto más dispuesto se mostrará el juez a declararlo inválido como inmorales o incompatible con el orden público. Corbin está en lo correcto al señalar que "los conceptos de fraude, dolo, coacción e influencia indebida... poseen la suficiente flexibilidad para que los tribunales impidan la ejecución de un acuerdo cuya inadmisibilidad se demuestra por razón de la evidente insuficiencia de la consideración, acompañada por otros factores relevantes" (§128). Por consiguiente, cuando los juzgados invalidan un contrato por estas razones, especialmente por un "defecto" de procedimiento, cabe suponer que la expresión que deberían utilizar los jueces es la *violación del principio de igualdad*.

La cuestión de si debe haber una relación equitativa entre la ejecución y la contraejecución ha generado intensos debates en Europa durante muchos años. En el derecho romano tardío, cuando una persona vendía sus tierras por menos de la mitad de su valor real, se podía impedir la venta (C.4.44.2), una regla ideada para proteger a los campesinos empobrecidos por las brutales políticas fiscales del emperador y contra los capitalistas urbanos, quienes se mostraban ávidos de comprar tierras en precios irrisorios a fin de proteger sus riquezas contra los efectos de la inflación. La idea de que todos los contratos deben tasarse en el valor justo fue aceptada plenamente por los juristas medievales. Tomás de Aquino y otros padres de la Iglesia enseñaban que debe haber paridad entre ambas partes del contrato: era pecado pagar un precio inferior al considerado justo (*iustum pretium*) por lo que se deseara adquirir. Los abogados del *iusnaturalismo* también aceptaban el precepto de que un contrato podía anularse por *laesio enormis*, aun cuando atribuyeran esto a los dictados de la razón humana y no a la moral cristiana. Esta idea fue recogida por el ABGB austriaco y el *Código Civil* francés, aunque con alcances diferentes: según el §934 del ABGB, una parte puede rescindir un contrato en el que haya prometido menos de la mitad de lo que debería pagar (*Verkürzung über die Hälfte*), mientras que los arts. 1674 y ss. del *Código Civil* francés conceden al vendedor de bienes raíces dos años para que suspenda la venta en caso de que el precio resulte inferior a siete doceavas partes del valor actual de los terrenos. Véase Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1990, pp. 259 y ss.; Von Mehren (véase la bibliografía de este capítulo), pp. 75 y ss.; Carbonnier (véase la bibliografía), n. 36 y ss.; Merz (véase la bibliografía), pp. 62 y siguientes.

Los códigos más modernos no cuentan con estos preceptos, pues se les consideraba inapropiados en una economía dominada por el liberalismo: en la adquisitiva sociedad burguesa fundada en la libertad de contrato, de comercio y de competencia, parecía paternalista y prejuicioso para la seguridad legal aplicar un precepto que permitiera a los

tribunales rescindir contratos sólo porque resultaban inequitativos, ya que se consideraba a la persona suficientemente inteligente y emprendedora como para actuar de manera responsable y de acuerdo con sus propios intereses. Hasta el último minuto, los redactores del BGB consideraron que bastaba ordenar la invalidez de un contrato si éste resultaba ilegal o inmoral (§138(1) del BGB), si bien, al final prevaleció la idea de que hay algo ofensivo al espíritu de la justicia en los contratos leoninos, por lo que se agregaron provisiones al §138 del citado *Código*. Dichas provisiones contienen una prueba en la cual se combinan tanto la inequidad "sustantiva" como "de procedimiento": los contratos se anulan según el §138(2) del BGB (según enmienda de 1976) cuando hay una "desproporción marcada" entre la ejecución y la contraejecución y el contrato se celebró mediante la "explotación de las dificultades, la inexperiencia, la ausencia de juicio o la indecisión patente" de la otra parte.

Casi todos los demás códigos civiles europeos implantaron provisiones semejantes (§879(2), n. 4 del ABGB; art. 21 del OR; §31 de la *Ley de Contratos* sueca). Sólo el *Código Civil* italiano conserva una prueba aritmética de desproporción: la parte que celebra un contrato desventajoso en *stato di bisogno*, o por necesidad, puede rescindirlo sólo cuando el valor de la ejecución sea dos veces superior al de la contraejecución (art. 1448). En contraste, el nuevo *Código Civil* holandés no requiere dicha desproporción entre ambas partes del contrato: según el art. 3:44(4) del NBW, puede anularse un contrato por "abuso situacional" cuando el acreedor obliga al deudor, de manera por demás indebida, a formalizar el contrato sabiendo (o debiendo saber) que el deudor atraviesa por dificultades, dependencia, inexperiencia o penuria.

No hay una provisión comparable en el *Código Civil* francés, aunque los tribunales de ese país alcanzan los mismos resultados señalando que la parte afectada puede renunciar al contrato por dolo (*dol*). Puede acusarse a la persona por *dol* cuando se aprovecha de la vejez, la enfermedad grave, la inexperiencia juvenil o las dificultades personales de la otra parte, aun cuando no profiera mentiras y, por ende, no se le pueda acusar de engaño o dolo en el sentido estricto: el solo hecho de explotar las dificultades patentes de una persona aun sin contribuir a éstas puede constituir *manoeuvres dolosives*.

El derecho inglés tampoco cuenta con principios generales que permitan a una persona incumplir con un contrato manifiestamente perjudicial argumentado un aprovechamiento de su incapacidad para negociar. No obstante, las leyes de dicho país tienen varios preceptos, aplicables en diferentes circunstancias, que permiten a la persona sustraerse a este tipo de compromisos de un modo similar a su contraparte continental. No sólo puede alegarse *coacción económica* para que la persona, presionada por las circunstancias, formalice tratos desventajosos para sí misma (véase el cap. 31); de manera significativa, los contratos también pueden anularse por *influencia indebida*: se considera que, cuando las partes guardan una relación de confianza tal, que una de ellas puede recurrir a la otra para obtener información y asesoría —como la relación que suelen mantener padre e hijo, pupilo y tutor, paciente y médico, penitente y sacerdote, cliente y consejero



legal o de otro tipo—, cualquier contrato que celebren las partes y resulte perjudicial para la parte más débil se deberá a la “influencia indebida” de la otra parte, es decir, a un abuso de la confianza depositada en ésta. Aunque la conjetura pueda refutarse, esto sucede muy raras veces, ya que casi la única forma de hacerlo es demostrando que el demandante recibió asesoría independiente por parte de un abogado o de otra persona informada.

En la actualidad, hay debates en Inglaterra acerca de si estos dispersos preceptos pueden remontarse a un principio general. En el caso *Lloyd's Bank contra Bundy*, 1975, QB 326, Lord Denning señalaba la presencia de dicho principio. Un joven que necesitaba un crédito adicional explicó al funcionario del banco que su padre, quien poseía una pequeña granja, podía proporcionar garantías, de tal suerte que el funcionario acompañó al joven a la granja para entrevistarse con el padre; éste, a quien no se proporcionó información adicional acerca de la posición financiera de su hijo ni de la posibilidad de recibir asesoría independiente, terminó por entregar su granja, virtualmente su único activo, como garantía. Cuando el banco intentó apropiarse de la granja, el Tribunal de Apelaciones rechazó su demanda. Dos de los tres jueces que presidieron el proceso basaron su dictamen en las reglas de *influencia indebida*, ya que el padre había sido cliente del banco durante muchos años y, en las circunstancias del caso, tenía derecho a recibir asesoría e información, pese a lo cual Lord Denning formuló un principio general. Después de estudiar las diversas formas en que el *comon law* protege a la parte más débil contra acuerdos desfavorables, emitió la siguiente conclusión:

Tras reunir todas las pruebas, me parece percibir un hilo conductor a través de todos estos casos. Todos ellos se basan en la desigualdad del poder de negociación. En virtud de éste, las leyes inglesas protegen a la persona que, careciendo de consejo independiente, formaliza un contrato en condiciones injustas o transfiere propiedad echando mano de una consideración del todo inadecuada, cuando su poder de negociación se ve afectado por sus propias necesidades o deseos, o por ignorancia o debilidad, aunado a influencias o presiones indebidas que obran en beneficio de la otra parte. (p. 339.)

### III

La expresión *desigualdad en el poder de negociación* plantea una cuestión muy frecuente entre los teóricos de los contratos: siendo las condiciones modernas lo que son, ¿debemos aun así considerar el contrato como el pilar central del sistema legal? ¿No se le debería limitar *ex lege* cada vez que haya desigualdad en el poder de negociación de las partes, cuando se violente la “paridad de contrato” y la parte más débil requiera protección? ¿No es tiempo ya de reemplazar o suplementar el principio de libertad de contrato con un principio de “justicia contractual”?

La forma en que se celebran los contratos en la actualidad tornan inevitables estas preguntas, pues, como todos sabemos, las condiciones rara vez se negocian en el senti-

do real de la expresión. A menudo, esto se debe a que una de las partes goza de tal solvencia económica, que la parte más débil no puede menos que someterse a las condiciones que le impone el más fuerte. En muchos mercados, como los de la vivienda y el empleo, la demanda es tan intensa y la oferta tan escasa, que el solicitante no tiene, en realidad, la menor posibilidad de ejercer su libertad de contrato ni de modificar las condiciones del acuerdo. En muchos otros casos, una de las partes acepta ciegamente las condiciones que le ofrecen sin ninguna forma de negociación, ya que carece de la experiencia, de la destreza negociadora o simplemente de interés para obtener condiciones favorables.

Todos los sistemas legales han reaccionado de una u otra forma a esta situación, pues se reconoce la necesidad de mecanismos como la ley de competencia para contener el libre juego de las fuerzas económicas, ya que, de otro modo, prevalecería el dominio económico y el abuso. Por tanto, cuando no hay una competencia verdadera y una persona necesita con urgencia el recurso controlado por otra persona, la ley puede conceder dicho recurso, a menudo según las condiciones que establezca una autoridad estatal o que aquéllas sean aprobadas por ésta, como en el caso de la provisión de servicios o transporte. Muchos otros contratos, como los de empleo, enseres domésticos, aseguramiento y crédito al consumidor, están sujetos a una multiplicidad de preceptos que brindan alguna protección a la parte más débil. Hoy, estos contratos “regulados” parecen haber cobrado vida propia fuera del ámbito de la ley general de contratos, con lo cual se reduce aun más el área en que puede ondear la bandera de la libertad de contrato. Pero incluso las condiciones de los contratos “no regulados” están sujetos a supervisión; actualmente, los tribunales de casi todos los países gozan de facultades generales para invalidar condiciones que resulten “inmorales” o “desmedidas”, o que generen “un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes de una manera contraria a los dictados de la buena fe”. En ocasiones, esta facultad sólo puede ejercerse cuando las condiciones son formuladas de antemano por una de las partes y aceptadas sin modificaciones por la otra parte, en ocasiones sólo cuando la parte que invoca el poder es un “consumidor”; no obstante, no puede negarse que la libertad de contrato sigue limitándose. ¿A qué se debe este desarrollo? Para muchos, es una fantasía pensar que, en la actualidad, el individuo adulto es una persona responsable preocupada por su propio beneficio y capaz de prever y evaluar las consecuencias de sus actos, y que el cometido de la ley de contratos actual sea el de garantizar la “justicia contractual”: el contrato debe transformarse en un mecanismo de cooperación y equidad incrementando la protección de la parte más débil y obligando a las dos partes a cuidar recíprocamente de sus intereses.

Acerca de las ventajas y desventajas de la “justicia contractual”, véanse los autores mencionados en la bibliografía de este capítulo y, en particular, Kessler, Adams/Brownsword, Collins (pp. 16 y ss.), Carbonnier (n. 36 y ss.), Bydlinski, Merz (pp. 59 y ss.), Kramer y

Von Mehren, todos ellos con extensos detalles acerca de los textos que se han producido en torno a este tema.

Hoy es muy frecuente que las personas se vean obligadas a formalizar contratos inequitativos cuyas consecuencias no pueden prever y sobre cuyo contenido no pueden actuar. Por consiguiente, el sistema legal no puede limitarse a observar y hacer efectivo cada contrato que se le presente con independencia de su contenido (condicionado tan sólo a que no contradiga la ley ni el orden público) simplemente porque se le formó de acuerdo con las reglas normales de la oferta y la aceptación. De lo anterior no se sigue, empero, que el paternalismo, por muy bien intencionado que sea, se convierta en el principio rector de la ley de contratos, o que adopte lemas tan vagos como "equidad", "justicia social" y "protección de la parte más débil". Los promotores del liberalismo, respecto del cual la libertad de contrato es una manifestación, no desconocen las nuevas circunstancias en las que se formalizan los contratos en la actualidad, pero tampoco (hay que reconocerlo) han intentado disminuir su importancia ni, mucho menos, limitarse a contemplar este fenómeno. No se les escapa la inexistencia de las condiciones en las que la libertad de contrato puede "funcionar" adecuadamente y producir los resultados esperados en un bienestar cada vez más general. A nadie se le ocurriría negar que, en tales casos, toca al legislador o a los tribunales el limitar la libertad de contrato. Estas restricciones deben imponerse no sólo en los casos tradicionales en los que una de las partes carece de capacidad para tomar decisiones apropiadas debido a la debilidad inducida por la juventud extrema o la enfermedad, o porque hayan sido engañadas o coaccionadas por la otra parte, o porque se haya explotado su simplicidad o su ingenuidad; también deben aplicarse a situaciones análogas en las que una parte puede dictar las condiciones contractuales por razón de su superioridad económica. Ahora nos percatamos de que, cuando los contratos se forman sobre la base de condiciones de negocios preformuladas, se verifica una especie de "falla de mercado" (véase la sección siguiente), pues la información es un valioso recurso que pocas veces se obtiene gratuitamente. Asimismo, resulta perfectamente justificable en otros casos imponer el deber de informar o advertir, o bien, la más extensa obligación de considerar los intereses de la otra parte, por la buena razón —tanto mejor para no dejarse atrapar por las emociones— de que la imposición de dichas obligaciones se traduce en una mejor distribución de los riesgos, enriqueciendo así las ventajas que ofrecen los contratos tanto a las partes como a la sociedad en general.

#### IV

Las condiciones normativas de los contratos, o las condiciones generales de negocios (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*), constituyen un subproducto de la Revolución industrial del siglo XIX. Así como se estandarizó la producción de bienes y servicios, también se normaron las condiciones en las que se proveían dichos bienes y servicios. El estan-

darizar las condiciones contractuales de esta forma contribuye a racionalizar los grandes negocios: las condiciones normativas de los contratos tornan innecesaria la negociación por separado de cada acto; pueden ser más completos, más claros y más adecuados que las condiciones que, en otras circunstancias, pudieran implicar las leyes; y, por último, favorecen la realización de contratos y el cálculo de sus efectos. Sin embargo, la racionalización de los negocios rara vez representa el único objetivo cuando se emplean condiciones estandarizadas. Las compañías también las usan para transferir a la otra parte la mayor cantidad posible de los riesgos que implica el contrato. Las cláusulas típicas pueden excluir la responsabilidad de la organización por incumplimiento o negligencia, o permitir que aquélla aumente los precios o el suministro de bienes sustitutos; a la inversa, pueden impedir que el cliente exija el pago de lo que se le adeuda, renuncie al convenio o cancele el contrato, o bien, imponer castigos o la reparación de los daños en caso de que haya demoras de su parte. En la actualidad prevalece el consenso de que dichas cláusulas deben someterse al control legislativo y judicial. Lo que no está del todo claro es por qué debería ser así. No puede atribuirse al solo hecho de que el cliente, por lo común, acepta sin objeciones las condiciones que se le proponen, por muy adversas que sean éstas. Lo que importa determinar aquí es *por qué* acepta esas condiciones. La respuesta más frecuente que se proporciona a esta pregunta se relaciona con el "poder de negociación desigual": ante la superioridad económica del empresario, el cliente no tiene otra opción que "ceder" a las condiciones generales de negocios de la otra parte. Con frecuencia, el empresario ejerce un poder monopólico, por lo que no tiene que molestarse en negociar sus condiciones; además, los competidores que pudiera haber suelen utilizar las mismas condiciones. De nuevo, la superioridad del empresario puede ser de orden psicológico o intelectual, de tal forma que, para el cliente, puede parecer inútil protestar frente a tal portento de experiencia empresarial y de conocimiento de las leyes. Tal es la razón por la que, como escribió Friedrich Kessler en un influyente y citado artículo en 1943:

los contratos normativos en particular pueden... convertirse en eficaces instrumentos en las manos de industriales poderosos y comerciantes monopolistas, pues les permiten imponer un nuevo orden feudal de su propia creación sobre una multitud de vasallos (véase la bibliografía de este capítulo, p. 640).

La idea de que las condiciones generales de negocios deben controlarse a fin de proteger a los débiles y a los profanos contra quienes ejercen el poder ha resultado de gran efectividad en los debates sobre las políticas legales. Este lema fue acuñado por el movimiento de consumidores moderno y, desde los primeros años de la década de 1960, las leyes promulgadas por casi todos los países europeos se han basado, en mayor o menor medida, en el concepto de que el consumidor, en tanto la parte "más débil", debe ser protegido contra las condiciones contractuales que les imponen los empresarios, en un flagrante abuso de su superioridad económica.

Empero, consideramos que esta idea no penetra en el meollo de la cuestión. Ciertamente, hay casos en los que un cliente que desearía objetar condiciones contractuales desfavorables se abstiene de hacerlo porque la superioridad económica o de otro tipo del empresario torna inútil cualquier intento de negociación. No son éstos, sin embargo, los casos más comunes. Prueba de ello es que las condiciones contractuales preformuladas suelen aceptarse cuando no intervienen cuestiones de superioridad económica, es decir, cuando los contratistas son hombres de negocios experimentados que operan en una rama comercial donde la competencia es encarnizada: los comerciantes no negocian las condiciones impuestas que formulan los transportistas, los almacenes, las instituciones de crédito, las compañías de valores o las agencias de información crediticia. En estos casos, la razón de que el cliente se "somete" a las condiciones de negocios del proveedor estriba en que no vale la pena invertir tiempo y dinero en discutir una enmienda o en buscar otros proveedores cuyas condiciones podrían ser preferibles en uno u otro sentido. La persona que guarda su automóvil en un estacionamiento o contrata la transportación de bienes o adquiere una computadora, acepta sin reparos las condiciones de la oferta, no porque se las imponga un "industrial poderoso o un comerciante monopolista", sino porque el costo de la negociación o de buscar una alternativa mejor no guarda ninguna proporción con la ventaja por obtener en el primer contrato; esta realidad se cumple tanto entre los clientes individuales como entre las empresas. El empresario aprovecha esta situación echando mano de sus condiciones de negocios a fin de transferir al cliente los riesgos del contrato, consciente de que éste casi nunca opone resistencia. Claro está que el cliente accede a dichas condiciones, pero no representa ningún conflicto con el principio de la libertad de contrato el someter ésta al control legal, ya que dicho principio debe respetarse sólo cuando ambas partes tengan posibilidades de modificar las condiciones del contrato. En estos casos, el cliente carece de tal posibilidad, no porque el empresario sea superior desde el punto de vista económico u otro, sino por los costos prohibitivos que implica la operación.

Cabe observar que, mientras los proveedores de bienes o servicios compiten en lo referente a precio y calidad, no lo hacen en lo que respecta a otras condiciones, quizá con excepción de las cláusulas, como el periodo de garantía de un automóvil, el cual es bastante simple como para que lo entienda el comprador y lo compare con los beneficios que ofrecen los competidores. Por lo común, las condiciones generales de negocios se ocupan de complejas cuestiones relacionadas con la asignación de los riesgos, ya que normalmente los clientes no entienden sus alcances, por no mencionar su comparación con otras opciones. Supóngase que en la venta de una aspiradora hay una condición por la que el comprador debe absorber el gasto de enviar el artículo al proveedor en caso de que aquél resulte defectuoso y requiera repararse: ¿por qué querría el comprador modificar esta condición cuando sólo una aspiradora de cada 100 resulta defectuosa y, en todo caso, el costo de transporte es bastante bajo? Acerca de este tema, véase Trebilcock y Dewees, "Judicial Control of Standard Form Contracts", en Burrows y Veljanowski (eds.), *The Economic Approach to Law*, 1981, p. 93; Rakoff (véase la bibliografía de este capítulo); Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen*

*Analyse des Zivilrechts* 2a. ed., 1995, pp. 420 y ss.; Behrens, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, 1986, pp. 155 y ss., 170 y siguientes.

1. *La familia legal alemana.* Durante muchos años, eran los tribunales de la República Federal Alemana los únicos que brindaban protección contra las condiciones de negocios inequitativas. Ante todo, preguntaban si las condiciones normativas de que se trataba formaban parte del contrato. Esto podía generar dudas cuando las condiciones de negocios se imprimían en letra tan pequeña que apenas se podía leer, o cuando se llamaba la atención del cliente respecto de dichas condiciones mediante una oscura referencia en el dorso de un *hat-check* o mediante un aviso colocado en el vestíbulo de un banco. En este sentido, los jueces se mostraban tolerantes. El Reichsgericht adoptó la idea de que contratar con base en condiciones normativas no representaba un acuerdo contractual "genuino", sino más bien, para decirlo con el tribunal en DR 1941, 1210, "el someterse a un régimen legal ya existente"; por tanto, "cuando una persona acepta voluntariamente un régimen legal, poco importa el conocimiento que tenga de los detalles de su contenido". Aun cuando el Bundesgerichtshof no se expresaba en estos términos, no vaciló en considerar como incorporadas las condiciones de negocios normativas cuando forman parte de un uso general y cuando el cliente avezado hubiera sabido de su existencia y su aplicabilidad (véase, por ejemplo, BGHZ 32, 216, 219). Sin embargo, se decidió que las condiciones no podrían tenerse por incorporadas de forma válida en un contrato a menos que presentaran tales características que "el cliente supusiera de manera justa y equitativa que se les podía incluir" (BGHZ 17, 1, 3); el acuerdo del cliente no se extiende a las cláusulas "inesperadas" o "inusuales". Sin embargo, el método más probado, al cual recurren los tribunales en innumerables casos, es el de la *interpretación estricta*. Primero, los jueces declaran oscuras o ambiguas las condiciones en disputa —¿y qué documento no es ambiguo u oscuro cuando un abogado lo revisa concienzudamente?—, para luego resolver las incertidumbres en favor del cliente, invocando el precepto de que, en caso de duda, cualquier restricción de la responsabilidad se deberá construir de manera estrecha, o bien, la regla según la cual todas las cláusulas ambiguas deberán interpretarse *contra proferentem*, es decir, contra la parte que las formuló.

Sin embargo, la verdadera razón de la preferencia de los magistrados por la "interpretación estricta" o de que afirmen que las cláusulas "sorpresivas" no son producto de un acuerdo real, era que desaprobaban la sustancia de la cláusula que nos ocupa: no hacían más que ejercer un control "encubierto" o "cerrado" de las condiciones del contrato. Pero cuando el control de los juzgados se torna "abierto", puede abordarse adecuadamente la cuestión real de estos asuntos: que la sustancia de la condición sea aceptable. Los tribunales alemanes han dado ya este paso. Al principio, el Reichsgericht lo aplicaba sólo cuando la compañía se valía de una posición monopolística para imponer condiciones al cliente, es decir, "cuando las empresas con el monopolio virtual de un comercio esencial explotan la necesidad general de sus servicios a fin de hacerse de condiciones ventajosas e incompatibles con la ley y la práctica comercial" (RGZ 103,

82, 83). Sin embargo, la superioridad económica no es el único caso en el que se abusa de la libertad de contrato mediante la imposición de condiciones de negocios normativas: también ocurre cuando el redactor "manifiesta la superioridad intelectual del virtuoso legal" y lucra con la indiferencia e inexperiencia del cliente, como señalaba Ludwig Raiser en 1935 en su revolucionaria obra *The Law of Standard Terms of Business (Das Recht der AGB)*. Los fallos que se emitieron después de la Segunda Guerra Mundial incorporaban esta idea y desde la mitad de la década de 1950 el Bundesgerichtshof ha ejercido un "control abierto" de las condiciones normativas en un amplio frente. Los tribunales no tardaron en desarrollar directrices para probar la equidad de dichas condiciones al distinguir diferentes tipos de cláusulas y diferentes tipos de casos. Aunque los dicámenes pueden invocar el §242, la cláusula general del BGB, dicha invocación es un mero ritual, ya que ese parágrafo se limita a señalar que los contratos deberán ejecutarse de acuerdo con la "buena fe" y, por consiguiente, no contienen conceptos "que se puedan subsumir". Lo que tenemos aquí es jurisprudencia de la cepa más pura; al crearla, los juzgados alemanes han hecho un trabajo notable y digno de elogio respecto del cual no hay paralelos en la historia del derecho.

En la década de 1970, todos coincidían en que había llegado el momento de legislar. Los abogados pugnaban por una base estatutaria sólida para las decisiones de tal importancia y detalle, mientras que los políticos deseaban presentar a sus electores algunos resultados en la esfera de la protección al consumidor. Se redactó rápidamente un anteproyecto de ley. Sin duda, se trataba de una medida de protección al consumidor, ya que sometía a control las condiciones normativas de negocios sólo cuando participase en el contrato una parte no dedicada al comercio. Este aspecto fue objeto de severas críticas, especialmente porque se argüía, de manera por demás lógica, que casi todas las operaciones que se habían presentado al Bundesgerichtshof eran entre comerciantes. Por tanto, se volvió a redactar la ley, la cual entró en vigor el 1 de abril de 1977 con el nombre de *Ley para el Control del Estatuto de Condiciones Generales de Negocios (ABGB)*, por sus siglas en alemán). Contrariamente al deseo de quienes consideraban que el asunto debía formar parte de las competencias del BGB, dicha ley fue promulgada como un estatuto independiente del *Código Civil*.

Muchas secciones de esta Ley se limitan a erogar los principios que habían establecido los juzgados. Entre dichos principios se cuenta el "precepto de ambigüedad" (§5), es decir, el principio de interpretación "accesible al cliente" de condiciones ambiguas *contra proferentem*; el principio de que un acuerdo *ad hoc* tiene precedencia sobre las condiciones normativas en caso de conflicto (§4), y la regla según la cual las cláusulas "sorpresivas" no son parte del contrato si resultan "a tal grado inusuales, que no cabe esperar que la otra parte suponga que esas cláusulas se encuentren en el contrato" (§3). Tampoco hay nada nuevo en el §6, el cual señala que cuando se invalida una condición normativa, el resto del contrato sigue en vigor, sustituyendo la cláusula anulada por las condiciones estipuladas por el BGB u otras legislaciones. La cláusula general del §9 causó muchos problemas al redactor. Aunque es más larga que el §242 del BGB,

toda su contribución se reduce a unos pocos tropos, resonantes pero vacíos de significado: señala, en efecto, que las condiciones normativas se invalidan cuando representan una desventaja "inequitativa" para el cliente al modificar los derechos u obligaciones "esenciales" que dimanaban de la "naturaleza del contrato", de forma que "comprometan la consecución del propósito contractual".

El recurso a la cláusula general del §9 resulta innecesario cuando las condiciones normativas de que se trata sean del tipo especificado en el brevísimo "catálogo de condiciones" de los §§10 y 11. Ahí, la legislatura, guiada aún por la valiosa experiencia de los tribunales, pudo clarificar y generalizar una parte de la jurisprudencia para incluir en la "lista negra" algunas cláusulas que no se habían presentado aún a los tribunales.

La Ley se aplica cada vez que se hayan utilizado las condiciones generales del contrato; incluso en los casos en que ambas partes se dediquen al comercio. Así, es claro que dicho estatuto no se concentra de manera exclusiva en la protección al consumidor. Es verdad que por el §24 de la Ley se excluyen los actos entre comerciantes de algunas otras provisiones, incluidos los §§10 y 11, con su invalidación automática de las condiciones normativas de los tipos especificados, si bien la cláusula general del §9 conserva aplicabilidad; en general, cuando los comerciantes utilizan una cláusula que se encuentra dentro de las categorías prohibidas en los §§10 y 11, los tribunales no vacilan en invocar el §9 a fin de invalidar dicha cláusula.

Como lo indica su nombre, el *Konsumentenschutzgesetz* austriaco se aplica sólo a los "contratos entre compañías y consumidores". Las condiciones que formen parte de una lista negra son anuladas con independencia de que se les haya "negociado individualmente" o no (§6(1)); las pocas condiciones mencionadas en el §6(2) fueron consideradas por el legislador menos refutables y se invalidan sólo cuando figuran en las condiciones normativas de negocios.

No obstante, las leyes austriacas reconocen que las condiciones acordadas entre hombres de negocios no deben excluirse por completo de las medidas de control, ya que el §879(3) del ABGB ordena la anulación de "una cláusula contenida en las condiciones generales de negocios o en los formularios de contratos" cuando, "en todas las circunstancias del caso, resulten notoriamente perjudiciales para una de las partes". Dichas cláusulas ni siquiera formarán parte del contrato si se detecta que son "inusuales", como cuando la parte en desventaja, "en las circunstancias reinantes, en especial por la apariencia del documento, no podía haberlas esperado" (§864a del ABGB). No se requirieron preceptos especiales para las condiciones poco claras, ya que el principio de interpretación relevante *contra proferentem* era ya aplicable a todos los contratos (§915 del ABGB).

En Suiza, la única protección que se proporciona contra las condiciones contractuales inequitativas se encuentra en la ley general que aplican los juzgados. Con excepción de la regla según la cual una parte culpable de mala conducta intencional o negligencia flagrante no puede refugiarse en una cláusula que excluya la responsabilidad (art. 100(1) del OR), la protección que se concede es casi siempre "cerrada" o "camuflada". Así, hay

un precepto acerca de las cláusulas "inusuales" en el sentido de que las condiciones de negocios generales que la persona afectada no tenga razón de esperar no tienen carácter obligatorio. Por ejemplo, el Bundesgericht considera "inusual" toda cláusula que, en el caso de una persona no familiarizada con los negocios, brinda jurisdicción en cualquier parte que no sea su domicilio; dicha cláusula escapa a la anulación sólo cuando forma parte de "una declaración explícita claramente separada de las otras provisiones del contrato, de contenido inequívoco y de expresión manifiesta respecto de la intención de hallar jurisdicción en otra parte" (BGE 91 I 11, 14). La "regla de ambigüedad" también presta un gran servicio. No obstante, los tribunales que podrían ejercer un control genuino sobre las condiciones reales de los contratos por referencia a las normas de la buena moral, del orden público o de la limitación indebida de la libertad, se muestran renuentes a hacerlo (compárese con los arts. 19 y ss. del OR y 27 párr. 2 del ZGB; y véase, por ejemplo, el BGE 109 II 213).

La Ley suiza contra la Competencia Desleal, adoptada en 1986 para solucionar el problema que enuncia su nombre, no significó un éxito rotundo, pues considera "desleal" el uso de condiciones normativas en los negocios que "difieran significativamente de las leyes de aplicación general", o la "transferencia de obligaciones y derechos de una manera que, materialmente, contradiga la naturaleza del contrato", si bien esto se aplica sólo cuando las condiciones se formulan "de forma engañosa"; para satisfacer esta prueba, el efecto perjudicial de la condición debe seguirse de una redacción ambigua, oscura o compleja, de la ocultación por medio de un documento muy largo o de que se localice en un lugar inesperado. Aunque se satisfagan estas condiciones, la única conclusión que pueda extraerse es la de una conducta "desleal"; queda por resolver, pues, la cuestión de si la condición se invalida por incumplir con los arts. 19 y 20 del OR. Para críticas acerca de este tema, véase Kramer en *Berner Kommentar* VI mn. 281 y ss., los arts. 19 y 20 del OR; Merz (véase la bibliografía de este capítulo), pp. 55 y siguientes.

2. *La familia legal romana.* Los tribunales franceses también han empleado el principio de *contra proferentem* para brindar protección contra las condiciones contractuales inequitativas; se niegan a confirmar cláusulas ininteligibles o impresas en letra pequeña, o que se sometan a la consideración del cliente hasta la conclusión del contrato (véase Calais-Auloy, en la bibliografía de este capítulo, n. 136). Aun cuando se le incorpore al contrato, es posible invalidar, en determinadas circunstancias, las cláusulas de exención, y pueden ser invocadas por una parte a la que se finque responsabilidad por engaño o negligencia flagrante (*dol ou faute lourde équivalente au dol*). Los tribunales han establecido un principio de gran importancia política: que al vendedor se le tratará como si tuviera conciencia de cualesquier defectos que presenten los bienes que comercializa. Así, el art. 1643 del *Código Civil* francés imposibilita invocar una cláusula de exención contractual, de forma que ésta, ya sea que se exprese como condiciones normativas o como acuerdo específico, se tendrá por nula a menos que el comprador tenga conocimiento del defecto o sea él mismo un comerciante dedicado a la venta de bienes de ese tipo

y, por consiguiente, no necesita protección (véase Civ. 30 de oct. de 1978 y Com. 6 de nov. de 1978, JCP 1979. II. 19178, señalado por Ghestin). Por añadidura, las cláusulas de exención en contratos de transportación de bienes son invalidadas por el art. 103 del *Código de Comercio*.

Los preceptos que hemos mencionado hasta ahora no se dirigen especialmente a la protección del consumidor en virtud de que se aplican a las cláusulas de exención, ya sea que éstas formen parte de las condiciones de negocios normativas o sean resultado de negociaciones individuales. Sin embargo, la protección del consumidor representa el objetivo de muchas promulgaciones recientes, las cuales fijan las condiciones de ciertas operaciones realizadas por los consumidores con tal detalle que no dejan lugar a la desviación de las condiciones normativas. Destacan entre dichos contratos los arrendamientos residenciales, los acuerdos de crédito al consumidor (aquí, los principios dependen de que el crédito se aplique a bienes o tierras), cursos por correspondencia, "acuerdos de escalón" (mediante los cuales se distinguen las ventas de los acuerdos de crédito) y la adquisición de viviendas o edificios ya construidos o por construir.

La legislatura francesa también ha iniciado acciones contra las condiciones contractuales inequitativas (*clauses abusives*), con independencia del tipo de contrato. Se trata de acciones sumamente *sui generis*. La ley del 10 de enero de 1978 (n. 78-23) faculta al gobierno para emitir decretos mediante los cuales se prohíban determinadas cláusulas contractuales entre profesionales y consumidores en la medida en que brinden al profesional una ventaja indebida y éste parezca imponerlas al consumidor "por un abuso de poder económico" (art. 35).

La *Commission des clauses abusives*, conformada para tal fin, planteó numerosas propuestas de ordenanzas, pero, con una sola excepción, el gobierno las pasó por alto, con lo cual se frustró la esperanza de que las organizaciones de negocios respetaran voluntariamente las propuestas de la Comisión. En 1991, empero, la Corte de Casación determinó que los juzgados podían invalidar las cláusulas que se situaran dentro del art. 35, en una temeraria decisión que concordaba con los términos de la ley, aunque no con las intenciones de quienes la redactaron. (Civ. 14 de mayo de 1991, DS 1991, 449, señalado por Ghestin; de igual forma, Civ. 26 de mayo de 1993, JCP 1993.II.22158, señalado por Paisant; Civ. 6 de enero de 1994, JCP 1994.II.22237, también señalado por Paisant.)

El especial interés de las leyes italianas radica en que el problema de las condiciones normativas fue abordado de manera específica por el *Código Civil* de ese país desde su entrada en vigor en 1942 (arts. 1341 y ss., 1370). Sin embargo, el progreso destruyó la ventaja de la modernidad de que gozaba el *Codice Civile* en comparación con otros códigos europeos de este tipo: los preceptos que parecían modernos en 1942 han perdido vigencia, debido en gran medida a que sólo permiten un control "encubierto" y "camuflado", no "abierto", de las condiciones normativas. En el art. 1370 observamos la conocida regla de interpretación según la cual, en caso de duda, las cláusulas en las con-

diciones de negocios normativas o en los formularios contractuales se interpretarán en favor de la parte a la que se impongan dichas condiciones. El art. 1342 ordena que cuando haya un conflicto entre las palabras añadidas por las partes y el texto preformulado, aquéllas adquieren precedencia. En el art. 1341 se aborda la incorporación al contrato de las condiciones normativas. Según el primer párrafo de dicho artículo, basta que el cliente conozca las condiciones de negocios a la celebración del contrato, o sea su deber conocerlas, tratándose de una persona cuidadosa. Los requerimientos del párr. 2 son un tanto más estrictos: ahí, se presenta una lista de las cláusulas "peligrosas", que adquieren validez sólo cuando el consumidor "las aprueba específicamente por escrito". Se incluyen cláusulas que limitan la responsabilidad del proveedor, cláusulas que permiten a éste rescindir el contrato o abstenerse de participar en el mismo, cláusulas que definen el periodo dentro del cual el cliente debe hacer valer sus derechos, cláusulas que limitan la libertad de contrato de aquél con otras partes (por ejemplo, la fijación de los precios de reventa), cláusulas que proveen una prolongación tácita o la renovación del contrato, cláusulas de jurisdicción y cláusulas de arbitraje.

La aplicación práctica del párr. 2 del art. 1341 ha generado muchos problemas, no tanto acerca de la cuestión de si una cláusula resulta "peligrosa", pues en este sentido los tribunales han interpretado exhaustivamente y aplicado el segundo párrafo del art. 1341 a las cláusulas no especificadas pero de efectos similares, cuanto a las dificultades que puede entrañar el determinar cuándo una cláusula ha sido "aprobada específicamente por escrito" por el cliente. Por ejemplo, supóngase que se entrega al cliente el documento con todas las condiciones de negocios normativas para que estampe su firma en la línea punteada: ¿deben reproducirse *verbatim* las "cláusulas peligrosas" justo arriba de la línea punteada, quizás en letras negritas o en tipos más grandes, o basta que se aluda a ellas mediante números? (Véase Cass. 29 de mayo de 1973, n. 1610, Foro pad. 1973 I 177; Cass. 5 de nov. de 1974, n. 3355, Temi 1977, 151.) El objetivo de lo anterior es que la solución dependa de los talentos tipográficos del redactor, pues seguramente ningún cliente se abstendrá de firmar una cláusula ni exigirá su modificación sólo porque está impresa en negrita.

3. *Common law*. También en Inglaterra hay casos ocasionales, que se remontan al siglo XIX, en los que los juzgados imponen límites a la validez de las condiciones contractuales inequitativas. Por ejemplo, en los llamados *casos de boletos* los tribunales se negaron una y otra vez a validar las cláusulas de exención que los pasajeros no pudieran leer apropiadamente, ya fuera porque se les imprimía al reverso del boleto de ferrocarril o porque figuraran en las "Condiciones de Transporte" que podían consultarse en la estación de ferrocarriles (por ejemplo, Parker contra South Eastern Ry., 1877, 2 CPD 416). De nuevo, no cabe esperar que la persona que alquila una silla en la playa suponga que al reverso del boleto que se le entrega hay una cláusula en la que la compañía alquiladora deslinda toda responsabilidad por las lesiones personales que pudiera sufrir el cliente a causa de las malas condiciones de la silla (Chapelton contra Barry UDC, 1940, 1 KB 532). Una decisión tomada recientemente por el Tribunal de Apelaciones señala

que cuanto más inesperada y prejuiciosa sea una cláusula, tanto más clara y enfática será la forma en que se comunique su presencia a la otra parte.

Véase *Interfoto Library Ltd. contra Stiletto Ltd.*, 1989, 1 QB 433, caso en el que los materiales comparativos empleados por Bingham LJ hacen que su opinión merezca leerse. Pero ¿basta realmente que la cláusula se imprima con tinta india y se le adorne con una flecha es-carlata?

Los tribunales hicieron un uso cada vez más intensivo del precepto *contra proferentem* y de otros métodos de interpretación artificiales para "limpiar" las cláusulas de exención, pero, en deferencia a la libertad de contrato, dictaminaron que dichas cláusulas eran perfectamente válidas desde el punto de vista intrínseco. No fue sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando comenzó realmente el control "abierto" del contenido de dichas condiciones. En este sentido, resulta de particular interés la jurisprudencia, convertida en precepto, de que la cláusula de exención no podía usarse como defensa contra una demanda basada en "incumplimiento fundamental de contrato". La justificación de lo anterior es que si dicho incumplimiento es "fundamental", tendrían que darse por terminadas todas las cláusulas del contrato, con el resultado de que también la cláusula de exención queda sin efecto. Desde luego, hubo problemas para discernir entre un incumplimiento "fundamental" y un incumplimiento "normal", pues nunca se pudo determinar si la regla era un mero "precepto de interpretación" por el cual, en caso de duda, la cláusula de exención no se interpretaría como un incumplimiento fundamental, o más bien, como un "principio legal", el cual invalidaría la cláusula de exención *ipso iure* siempre que se observara un incumplimiento fundamental.

Por último, en 1980, a raíz del importante caso *Photo Production contra Securicor Transport*, 1980, AC 827, la Cámara de los Lores dio la espalda a la doctrina del "incumplimiento fundamental de contrato".

Un incendio, iniciado por un velador nocturno empleado por la compañía de seguridad acusada, había destruido totalmente la fábrica del demandante. El incendio no pudo contenerse debido a los materiales inflamables que había dentro de la fábrica. Cuando el quejoso entabló una demanda por daños, la compañía de seguridad fincó su defensa en una cláusula del contrato, que señalaba que "en ninguna circunstancia" se haría responsable de los daños causados por sus empleados. La exención no podía aplicarse al daño, ya que éste podría haberse evitado si el acusado hubiera tomado las medidas de precaución necesarias; sin embargo, se coincidió en que no podía culparse a la compañía de seguridad, en virtud de que había actuado correctamente respecto del empleado de que se trataba. No obstante, el Tribunal de Apelaciones falló a favor del actor debido a que encender un fuego en un inmueble con materiales inflamables representaba una negligencia o "incumplimiento fundamental" del contrato de la compañía de seguridad, por lo que la cláusula de exención no podía aplicarse. Sin embargo, la Cámara de los Lores revocó el fallo. Debía abandonarse la doctrina del "incumplimiento fundamental", delegando el control, en lo sucesivo, al acuerdo de las partes, incluida la cláusula de exención, la cual, en el caso presente, se aplicaba a la situación. En su

alocución, Lord Wilberforce reconoció que, aun cuando la doctrina del incumplimiento fundamental había servido a los tribunales para combatir las cláusulas de exención arbitrarias, su aplicación práctica había dado lugar a muchos problemas. Mientras tanto, el Parlamento había promulgado la *Ley de Condiciones Contractuales Inequitativas* de 1977. Esta Ley permitía la anulación de las cláusulas de exención, especialmente cuando se utilizaran contra los consumidores:

De acuerdo con esta Ley, aplicable a cuestiones comerciales generales, cuando las partes no gocen del mismo poder de negociación y cuando los riesgos se cubran mediante una póliza de seguro, no sólo no hay razón para la intervención judicial, sino queda aún todo por decir, lo cual parece haber sido la intención del Parlamento, esto es, permitir que las partes se repartieran los riesgos como mejor les pareciera y respetar sus decisiones. (*ibid.*, p. 843.)

En verdad, el Parlamento británico ha intentado solucionar el problema de las condiciones de negocios inequitativas mediante varias series de estatutos, como la *Ley de Crédito al Consumidor* de 1974, que regula la concesión de créditos a los consumidores y, la más importante de todas, la *Ley de Condiciones Contractuales Inequitativas* de 1977, con amplios poderes de control sobre las cláusulas que pretendan excluir o limitar la responsabilidad.

A pesar de lo que indica su nombre, esta ley no se ocupa de las "condiciones contractuales inequitativas", sino sólo de aquellas condiciones que intenten excluir o restringir la responsabilidad. En principio, dicho ordenamiento se aplica sólo a la "responsabilidad de negocios", es decir, a la responsabilidad que emana de ciertos negocios o actividades gubernamentales, o de la posesión de edificios empleados con fines comerciales u oficiales. Muchas provisiones de esta ley se aplican con todo el rigor cuando el comprador firma un contrato "como consumidor", por ejemplo, las secciones 5-7, relacionadas con la exclusión de la responsabilidad del fabricante o del vendedor por los defectos físicos o legales de los bienes. Dicha ley se ocupa principalmente de la responsabilidad contractual, aun cuando la sección 2 se aplique también a las demandas por daños y perjuicios: la responsabilidad en los daños por *lesiones personales o muerte causada por negligencia* no puede ser excluida ni limitada por ninguna cláusula contractual o notificación unilateral. La cláusula de exención que el acusado pueda establecer como "razonable" (secciones 2(2), 11(5)) puede adquirir validez en los casos de *daños a la propiedad* causados por negligencia. La prueba de la "aceptabilidad" se emplea también en otras provisiones de la Ley, en particular cuando la cláusula de exención se encuentra en un contrato no celebrado con el consumidor. Se considera "aceptable" la exclusión de la responsabilidad cuando puede afirmarse que "la condición equitativa y razonable se incluirá sólo respecto de las circunstancias que, en términos aceptables, debieran conocer o contemplar las partes a la celebración del contrato" (sección 11(1)). Las circunstancias que el juez deberá tomar en consideración al determinar la "aceptabilidad" de una exención se mencionan en las "Directrices" que se incluyen como catálogo de la Ley.

Las leyes de Estados Unidos de América son tan complejas que sólo podemos exponer aquí algunos aspectos básicos. Allí —como en cualquier país— los tribunales niegan, en determinadas circunstancias, que las condiciones normativas se incorporen al contrato,

las construyan *contra proferentem* o las pasen por alto cuando significan un conflicto con un acuerdo específico (acerca de esto, véanse los §§203, 206, 211 de la (Segunda) Reformulación de Contratos, con extensas referencias de precedentes). Por añadidura, muchas promulgaciones, la mayoría de ellas muy recientes, establecen condiciones para ciertos tipos de contratos celebrados normalmente por los consumidores, como la venta, las negociaciones crediticias, etc. Sin embargo, los tribunales gozan de facultades generales de control sobre el principio de que las cláusulas contractuales pierden validez cuando contradicen las políticas públicas. Sobre esta base, los juzgados anulan las cláusulas por las que los "transportistas comunes", es decir, los transportistas que ofrecen sus servicios al público en general, intentan inmunizarse contra la responsabilidad por conducta errónea o negligente, y aplican un enfoque similar en los "servicios públicos" como las compañías telefónicas, las estaciones de radio y televisión y las instituciones dedicadas al cuidado de la salud, las cuales suelen ser administradas, en Estados Unidos de América, por compañías privadas. En los últimos años, los tribunales señalan "que una empresa de banca es una empresa pública y, al igual que a los transportistas comunes, no se permite a las instituciones bancarias exculparse por sus propios errores o negligencia" (Corbin §1472, Supl. 1982).

Empero, la fuente más importante para el control judicial de las condiciones contractuales se encuentra en el §2-302 del *Código de Comercio Uniforme*. Esta sección permite al juez invalidar un contrato de ventas o determinadas condiciones de éste cuando el contrato y sus condiciones resulten "inadmisibles". Esta provisión se aplica con independencia de que las condiciones sean o no de tipo normativo o que las partes del contrato se dediquen o no al comercio: por ejemplo, se incluyen en esta categoría los contratos de ventas celebrados con una persona privada. No hay una definición del concepto de *inadmisibile*. Por ello, se trata de una cláusula tan vaga e imprecisa como el §242 del BGB. Debido a que la mayoría de los abogados estadounidenses la desconocen, dicha cláusula ha dado origen a un torrente de publicaciones.

Uno de los artículos más destacados es el Leff, "Unconscionability in the Code, The Emperor's New Clause", en 115 *U. Pa. L. Rev.* 485, 1967; véase también Epstein, "Unconscionability: a Critical Reappraisal", en 18 *JL&Econ.* 293, 1975; Kornhauser, "Unconscionability and Standard Forms", en 64 *Calif. L. Rev.* 1151, 1976; Hillman, "Debunking Some Myths about Unconscionability: A New Framework for U.C.C. §2-302", en 67 *Cornell L. Rev.* 1, 1981.

Los juzgados acogieron con entusiasmo esta provisión, y la usan con preferencia sobre los métodos tradicionales del *common law* para invalidar contratos: influencia indebida, dolo y falsedad (véase la sección VI del cap. 31); en verdad, los Comentarios al §2-302 indican que su principal cometido era reemplazar las conocidas técnicas de control "oculto" de las condiciones. Esta sección se ha aplicado en cientos de fallos; tanta es su popularidad que, aunque en términos estrictos se aplique sólo a los contratos de venta, suele utilizarse en otros tipos de contratos que concuerden con los lineamientos del *Código de Comercio Uniforme*, e incluso otros contratos, con base en el argumento de que

dicha sección "no hace sino declarar un principio general preexistente" que, por ende, se aplica a toda la ley de contratos. Tal es la conclusión a la que llegó la (Segunda) Re-formulación de Contratos, 1981, pues el §208 señala lo siguiente:

Si un contrato o una condición contenida en éste resulta inadmisibles a la celebración del mismo, el tribunal puede negarse a ratificarlo, o admitir sólo la parte del documento que no contenga dicha condición inaceptable o, incluso, declarar nula la aplicación de cualquier condición de este tipo a efecto de prevenir un resultado igualmente inadmisibles.

4. *Derecho europeo*. El 5 de abril de 1993, la Instrucción de la CE en torno a Condiciones Inequitativas en Contratos de Consumidores concedió a los Estados miembros un plazo de 21 meses para introducir provisiones que permitieran a los juzgados invalidar una cláusula "si, de manera contraria a los requerimientos de la buena fe, genera un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes relacionadas con el contrato" (art. 3). Puesto que la finalidad de esta Instrucción es establecer un nivel de protección mínimo en todos los Estados miembros, permite a éstos conservar o introducir provisiones que brinden una mayor protección (art. 8). En consecuencia, las leyes pueden variar de uno a otro país.

Dicha Instrucción afecta las cláusulas sólo cuando éstas figuran en los contratos con consumidores, definido el consumidor como "una persona natural que actúa con fines ajenos a su actividad, negocio o profesión" (art. 2(b)). En consecuencia, al igual que la ley francesa del 10 de enero de 1978, la cual brinda protección sólo al *non-professionnel ou consommateur*, no se aplica a los contratos entre hombres de negocios. Esta restricción es desconocida en las leyes de Alemania, Austria, Suecia y los Países Bajos.

Véanse los §§9, 24 del AGBG y los §§864a, 879 (3) del ABGB; el §36 de la Ley de Contratos sueca. En los Países Bajos no puede invocarse la cláusula general contenida en el art. 6:233a del NBW para el hombre de negocios que tenga más de 50 empleados o a quien se le exija publicar estados financieros de su compañía cada año (art. 6:235(1) del NBW), aun cuando esta limitación contradiga el principio general de que los contratistas deben actuar de acuerdo con la "decencia y la equidad" (arts. 6:2 y 6:248 del NBW).

Seguramente es un error circunscribir el poder de los tribunales para controlar las condiciones contractuales a los casos en que se vea afectado un consumidor. Ciertamente, las condiciones que se negocien entre comerciantes deben controlarse de manera más flexible, prestando más atención a las circunstancias, que los contratos con consumidores, aunque no hay razón para abandonar el control de las cláusulas que emplean *inter se* los hombres de negocios. Las cosas son así, pese a cualquier justificación que pueda aducirse para controlar las condiciones: si se trata de proteger a la parte "más débil", ello es que una compañía puede ser superior a otra organización desde el punto de vista económico, y si lo que se busca es la aceptación de las condiciones normativas debido a que los costos de operación son demasiado altos (véase la p. 350), ello significa que el hom-

bre de negocios no tiene por fuerza que gastar más tiempo y dinero que el consumidor. Además, la distinción entre "actos de consumidores" y otras operaciones resulta demasiado arbitraria para subsanar las dificultades de aplicación, al igual que la distinción entre consumidores y otros contratantes (se suele incluir a las "pequeñas empresas" en la categoría de consumidores).

Así, los tribunales franceses señalan que una persona dedicada a los negocios debe considerarse como *non-professionnel ou consommateur* cuando adquiera bienes y servicios en cuya negociación no intervenga y, por consiguiente, tenga menos conocimientos acerca de dichos bienes o servicios que su proveedor. Véase Calais-Auloy (en la bibliografía de este capítulo) n. 145 y Civ. 28 de abril de 1987, D. 1988, 1, señalado por Delebecque (un corredor de bienes raíces que adquiere sistemas de alarma para sus inmuebles es un *consommateur*). Los juzgados ingleses también consideran que el corredor de embarques o el agente de bienes raíces que compra un automóvil para fines vinculados con sus actividades se relaciona con el vendedor comercial "como consumidor". Véase Peter Symmons & Co. contra Cook, 1981, New LJ, p. 758; R & B Customs Brokers Co. contra United Dominions Trust, 1988, 1 All ER 847, criticado por Cheshire/Fifoot/Furmston, pp. 185 y ss. En contraste, el Tribunal de Justicia Europeo proporciona una construcción más estrecha del término *consumidor* cada vez que éste figura en la Instrucción del 20 de diciembre de 1985 sobre los Contratos Concluidos lejos de la Sede de la Compañía: cualquier persona que anunciara sus actividades en los diarios con fines de venta no era un "consumidor", pues la prueba no tenía como fin demostrar que la operación formara parte normal de los negocios, sino que guardara o no alguna relación con las actividades de negocios (ECJ 14 de marzo de 1991 (*di Pinto*), 1991, ECR I-1189).

Según la Instrucción, sólo se invalidará la condición de un contrato cuando, en vez de haberse "negociado individualmente", "se ha redactado de antemano y, en consecuencia, el consumidor no ha podido influir en la sustancia de la condición" (art. 3(2)). Aunque las leyes alemanas contienen una provisión casi idéntica en el §1 del AGBG, no hay tal restricción contra las *clauses préédictées* en la Ley francesa del 10 de enero de 1978, ni en las leyes suizas ni, de manera significativa, en los reglamentos austriacos. Podría aceptarse la postura de la Instrucción si se corriera el riesgo de que los tribunales provistos de facultades para seguir condiciones negociadas de manera individual intentaran controlar el equilibrio entre ambas partes del contrato, si bien se trata de un temor infundado: no sólo es obvio que los juzgados no invalidarían un contrato arguyendo el valor relativo de la ejecución y la contraejecución, sino que la Instrucción explica claramente este aspecto (art. 4(2)), que sólo comprende condiciones ancilares. Bien pudiera ser que éstas resultaran "abusivas" e "inequitativas" en los contratos de consumidores aun en los casos excepcionales en que se hubieran negociado de manera individual; después de todo, siempre se invalidará cualquier condición que infrinja las leyes de protección especiales, como las que se han creado explícitamente para los créditos, los paquetes vacacionales, las ventas y la enseñanza a distancia, con independencia de que se hayan



negociado o redactado con antelación. El verdadero problema del precepto según el cual sólo se pueden investigar las condiciones preformuladas radica en que dicho principio hace de la ley una cosa incierta, pues, a menudo, no se puede determinar con precisión si el cliente realmente tenía ocasión durante las negociaciones de “influir en la sustancia” de la cláusula que ahora impugna.

En Alemania, los informes legales abundan en casos donde la demanda gira en torno a si la compañía había “brindado espacio para la negociación” o “permitido a la otra parte modificar la cláusula a fin de proteger sus propios intereses”, o había proporcionado “una oportunidad real de influir sobre la sustancia de las condiciones”; véase BGH NJW 1988, p. 410. El Bundesgerichtshof ha señalado en varias ocasiones que cuando una cláusula que exime al vendedor de toda responsabilidad es incorporada al contrato de venta de una casa a instancias del notario, dicha cláusula se considerará “negociada de manera individual”, por lo que no se aplica la *Ley de Condiciones Generales de Negocios*; no obstante, deberá someterse esa cláusula al control del §242 del BGB. Véase BGHZ, pp. 101, 350, 353 y siguientes.

5. *Control preventivo*. Cuando se declara inválida la condición de un contrato, la parte que se vería perjudicada por dicha condición tendrá la razón sobre su contratista, ya sea que actúe como actor o como demandado. Por satisfactorio que suene esto, nunca bastará para poner fin al uso de condiciones contractuales inequitativas, ya que a menudo no sirve de nada que la parte afectada invoque los preceptos creados para su protección: lo más fácil es no impugnar la cláusula, por inválida que sea, ahorrándose así las molestias y los costos que implica investigar los principios relevantes, o contratar a un abogado para que se encargue del problema, negociar con el contratista o, incluso, acudir a los tribunales. Las compañías están conscientes de esto, de ahí que sigan usando condiciones a todas luces inválidas con la esperanza de que los clientes no opongan ninguna objeción. Si un cliente llegara a oponerse, siempre quedará la opción de acceder a sus deseos y seguir haciendo uso de la cláusula inválida en los contratos que celebren con otros clientes. Aun cuando el cliente logre llevar el asunto a los tribunales para anular la cláusula, la compañía podrá, si así lo decide, usarla en los contratos con otros clientes. Por estas razones, muchos países han introducido sistemas de “control preventivo” para evitar el empleo de cláusulas inequitativas desde el principio. A tal efecto, se ha hecho un uso intensivo de la “acción de grupo”.

Esto se hace en Alemania (§§13 y ss. del AGBG), Austria (§§28 y ss. del Konsumentenschutzgesetz), los Países Bajos (arts. 6:240 y ss. del NBW) y Francia (Leyes del 5 de enero de 1988 y 18 de enero de 1992) (véase Calais-Auloy, en la bibliografía de este capítulo, n. 343 y ss.). La instrucción de la CE del 5 de abril de 1993 exige a los Estados miembros la introducción de provisiones que permitan a las “organizaciones promover un interés legítimo, bajo las leyes nacionales, en la protección de los consumidores” y solicitar a los tribunales o a los órganos administrativos “que determinen si las condiciones contractuales planteadas para usos generales son o no inequitativas...” (art. 7(2)).

Así, las organizaciones de consumidores y de otros tipos pueden obtener mandatos judiciales contra las compañías que persistan en utilizar cláusulas manifiestamente inequitativas, sancionando el incumplimiento del mandato con una multa o, como se hace en Francia, un *astreinte* pagadero al consumidor. Es verdad que dicho mandato no se extiende a todas las compañías, pero sería imprudente de parte de éstas el usar condiciones idénticas, ya que los grupos de consumidores se encargarán de que los mandatos que logren obtener se publiquen en la prensa tanto especializada como cotidiana y, como en Alemania, se ingresen en un registro de acceso fácil para el público en general.

Sin embargo, los grupos de consumidores suelen carecer de fondos, por lo que se ha propuesto el establecimiento de autoridades administrativas con amplios poderes para controlar las conductas en el mercado. Suecia fue el primer país en tomar esta decisión. Desde 1971 hay una autoridad especial, dirigida por el *ombudsman* de los consumidores, encargada de vigilar que los comerciantes satisfagan “las normas comerciales de rigor”. Si este organismo descubre que una organización comercializa bienes demasiado peligrosos o difunde publicidad engañosa, actúa de manera desleal para con los competidores o —a propósito de nuestro tema— aplica condiciones contractuales leoninas, puede conversar con los administradores de dicha organización para persuadirlos de que enmienden sus acciones. Aunque ésta es la principal faceta de sus actividades, la autoridad puede, en caso de que fracasen las negociaciones, acudir al “Tribunal de Mercado”, organizado para este fin, a efecto de obtener un mandato judicial.

Véase Bernitz en Strömholm (ed.), *An Introduction to Swedish Law*, 2a. ed., 1988, pp. 278 y ss. Y para mayores detalles, Bernitz/Draper, *Consumer Protection in Sweden*, 2a. ed., 1986, en el cual se presentan las leyes más relevantes en traducción inglesa.

Gran Bretaña también tiene una autoridad especial, la Oficina para el Comercio Leal, organizada por mandato de la *Ley de Comercio Leal* de 1973, y que, entre otras cosas, se encarga de supervisar el comportamiento de mercado de las empresas respecto de las prácticas:

que pudieran afectar de manera adversa los intereses (sean éstos económicos o sanitarios, de seguridad o de otros tipos) de los consumidores (sección 2). La campaña contra las condiciones inequitativas en la realización de negocios no es más que una de las funciones de esta autoridad. Por ejemplo, también puede solicitar al gobierno que prohíba o exija ciertas condiciones de negocios normativas, así como pedir a los tribunales la emisión de un mandato contra una compañía que aplique condiciones contractuales contrarias al espíritu de la ley, sea ésta de orden privado o penal. Véase Borrie, *The Development of Consumer Law and Policy*, 1984.

Uno de los mayores éxitos de la Oficina para el Comercio Leal en los últimos años ha sido la participación de grupos de comerciantes en la elaboración de códigos de prácticas voluntarias, a las que se someten los proveedores de ciertos bienes y servicios a consu-

midores (por ejemplo, automóviles, muebles, paquetes vacacionales). Estos códigos de prácticas se aplican sólo a los miembros de la asociación mencionada, algunos de los cuales pueden optar por abandonar ésta y aplicar sus propias condiciones de negocios; aun así, la utilidad de dicho *Código* es incuestionable.

#### Bibliografía

- Adams/Brownsword, "The Ideologies of Contract Law", en 7 *LS* 205, 1987.  
 Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979.  
 —, "The Development of the Law of Contract", en *An Introduction to the Law of Contract*, 4a. ed., 1989, cap. 1.  
 Berlioz, *Le Contrat d'adhésion*, 2a. ed., 1976.  
 —, "The Protection of the Consumer in French Law", en *J. Bus. L.*, 1985, p. 342.  
 Borrie/Diamond, *The Consumer, Society and the Law*, 4a. ed., 1981.  
 Bydlinski, "Die Grundlagen des Vertragsrechts im Meinungsstreit", en *Basler jur. Mitt.*, 1982, p. 1.  
 Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, 3a. ed., 1992.  
 Carbonnier, *Théorie des obligations*, 1963.  
 —, *Droit civil, Les obligations*, 13a. ed., 1988.  
 Cohen, "The Basis of Contract", en 46 *Harv. L. Rev.* 553, 1933.  
 Collins, *The Law of Contract*, 2a. ed., 1993.  
 Cornu, "L'Évolution du droit des contrats en France", en *Journées de la Société de législation comparée*, 1979, p. 447.  
 Deutch, *Unfair Contracts, The Doctrine of Unconscionability*, 1977.  
 Eisenberg, "The Bargain Principle and its Limits", en 95 *Colum. L. Rev.* 323, 1982.  
 Fried, *Contract as Promise, A Theory of Contractual Obligations*, 1981.  
 Friedman, *Contract Law in America*, 1965.  
 Friedmann, *Law in a Changing Society*, 1959, pp. 90 y siguientes.  
 Hondius, *Standaardvoorwaarden*, 1978.  
 Horwitz, *The Transformation of American Law*, 1977, cap. 6, "The Triumph of Contract".  
 Jacobs, "The Battle of the Forms: Standard Form Contracts in Comparative Perspective", en 34 *ICLQ* 297, 1985.  
 Kessler, "Contracts of Adhesion, Some Thoughts About Freedom of Contract", en 43 *Colum. L. Rev.* 629, 1943.  
 —, "Freiheit und Zwang im nordamerikanischen Vertragsrecht", *Festschrift für Martin Wolff*, 1952, p. 67.  
 —/Gilmore/Kronman, "Contract as a Principle of Order", *Introduction to Contracts, Cases and Materials*, 3a. ed., 1986.  
 Kramer, *Die "Krise" des liberalen Vertragsdenkens*, 1974.  
 —, "Vertragsrecht im Umbau", en *ÖJZ*, 1980, p. 233.  
 Llewellyn, "What Price Contract?, An Essay in Perspective", en 40 *Yale LJ* 704, 1931.  
 Merz, *Vertrag und Vertragsschluß*, 2a. ed., 1992.  
 Minor, "Consumer Protection in French Law", en 33 *ICLQ* 108, 1984.

Pound, "Promise or Bargain?", en 33 *Tul. L. Rev.* 455, 1959.

Raiser, *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977, "Vertragsfreiheit heute", en *JZ* 1958, p. 1, y "Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit", —*Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, I Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, 1960, p. 101.

—, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1935.

Rakoff, "Contracts of Adhesion, An Essay in Reconstruction", en 96 *Harv. L. Rev.* 1173, 1983.

Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, 1993.

V. Hippel, *Verbraucherschutz*, 2a. ed., 1979.

Von Mehren, *A General View of Contract*, en *Int. Enc. Comp. L.* VII, cap. 1, 1982.

Zweigert, "'Rechtsgeschäft' und 'Vertrag' heute", en *II Ius Privatum Gentium, Festschrift Rheinstein*, 1969, p. 493.

# *The Theory of Contract Law*

## *New Essays*

*Edited by*  
Peter Benson  
*University of Toronto*



CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS  
Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo

Cambridge University Press  
The Edinburgh Building, Cambridge CB2 8RU, UK

Published in the United States of America by Cambridge University Press, New York

www.cambridge.org  
Information on this title: www.cambridge.org/9780521640381

© Cambridge University Press 2001

This publication is in copyright. Subject to statutory exception and to the provisions of relevant collective licensing agreements, no reproduction of any part may take place without the written permission of Cambridge University Press.

First published 2001

*A catalogue record for this publication is available from the British Library*

*Library of Congress Cataloguing in Publication data*

The theory of contract law : new essays / edited by Peter Benson.  
p. cm. – (Cambridge studies in philosophy and law)

Includes bibliographical references.

ISBN 0-521-64038-5

1. Contracts. I. Benson, Peter, 1953- II. Series.

K840. T48 2001

346.02-dc21

00-033710

ISBN 978-0-521-64038-1 hardback

Transferred to digital printing 2007

idea of contract as transfer is in fact worked out more fully and completely via the analysis of contract doctrines. For example, at this point, while we have identified the main conditions of contract as transfer, we do not yet understand how this conception can coherently combine the two seemingly contrary features of temporal sequence and simultaneous co-presence in the double consent needed to constitute a transfer. Nor have we explained how the parties can have individual exclusive rights yet have one identical thing at the same time, as is required by the principle of continuity. It will be through the analysis of contract doctrines in Part II that I hope to explain these features, in this way deepening our understanding of the organizing idea itself.

### III. The Common Law Conception of Contract

My object in this part is to elucidate, through a detailed analysis of the doctrines of offer and acceptance, consideration, and unconscionability, the conception of contract that is implicit in the common law of contract. The analysis which follows orients itself by, and seeks to remain internal to, the legal point of view. It is guided by the idea of a public basis of justification. We begin with these doctrines of contract law, not because we assume that in their authoritative legal formulations they are fully true and reasonable nor because we view them as incontrovertible data which any theory must fit. Rather, we treat the doctrines just as provisionally fixed points for working out a conception of contract and we begin with them because no better or more natural starting point offers itself for the purposes of a public basis of justification. There is no guarantee in advance that the doctrines as ordinarily formulated and understood can be so justified. Moreover, as I emphasized in the Introduction, the reasonableness of a particular doctrine can be established only through its integration with the other doctrines in an intelligible and juridically meaningful whole. Finally, wherever possible, we begin with doctrines that are not only fundamental but settled and uncontested as well, at least from the legal point of view. Once again, we do this, not because it warrants their truth or reasonableness, but because it signifies that on these matters the authoritative public reason presents itself as of one mind and therefore provides us with doctrines and principles that can perhaps be worked up into a *public* conception of contract.

#### A. Offer and Acceptance

The first doctrine I examine is offer and acceptance. To begin, I present a brief summary of its main features. The description that follows will not, I believe, be controversial. Taking this set of features as a provisionally fixed starting point for further discussion, I then make more explicit the conception of contract which the doctrine seems to imply and I specify its role within this conception. Since, we shall see, promise is essential to offer and acceptance, the question

naturally arises as to the significance of promise in the analysis of offer and acceptance. Does the presence of promise mean that contractual obligation is based upon the moral duty to keep one's word? After addressing this question, I end the discussion of offer and acceptance by explaining the limits of its role within the conception of contract and the need for other doctrines to supplement it.

**I. THE MAIN FEATURES OF OFFER AND ACCEPTANCE AND ITS ROLE IN THE CONCEPTION OF CONTRACT.** Along with the doctrine of consideration, the doctrine of offer and acceptance is traditionally thought to stipulate definite conditions that are essential to the formation of non-formal contracts at common law. This requirement is general. Put briefly, the doctrine of offer and acceptance holds that formation can only result from mutually related voluntary manifestations of assent by two parties to the same identical terms. The existence of these assents as well as the determination of their contents are decided in accordance with the so-called objective test. By this test, it is the *manifestation of assent as it reasonably appears to the other party* that is operative in bringing about formation. The relevant factor is not its author's state of mind; nor is the expression of assent treated as evidence of his or her mental attitude. Rather, the reasonably construed expression of assent in and of itself, not the thought process that produced it, is the operative factor in formation.<sup>27</sup>

The prevailing view<sup>28</sup> at common law is that there must be a first expression of assent, the offer, that is followed in time by a second, the acceptance. The offer must come before and must request the acceptance which, in turn, must be made after and in response to the offer. Now, it is widely supposed that, to constitute an offer, the first assent must include a promise. "An offer," Williston writes, "necessarily looks to the future [and] gives the person to whom it is addressed an assurance that, on some contingency at least, he shall have something."<sup>29</sup> To qualify as an offer, then, the first expression of assent must manifest a fully crystallized and fixed present decision to do or not do something in the future, thereby creating in the offeree the reasonable expectation that the offeror does not presently intend to change this decision before the time comes for performance. Further, the offer must say not only what the offeror promises to do but also what the offeree must do in return. The offer must contain all the terms of the contract to be made and must request an acceptance that assents to precisely the same terms.

27. On the definition and the role of the objective test, see S. Williston, "Mutual Assent in the Formation of Contracts" (1919) 14 Ill. L. Rev. 85 reprinted in *Selected Readings*, *supra* note 3, pp. 119-127 [hereinafter *Mutual Assent*].

28. Corbin thought differently. See Corbin, *supra* note 17 at Ch.1, s. 12 ("Simultaneous Expressions of Assent"). I note here that Kant takes the view that the empirical acts of assent must be temporally successive. Kant, *supra* note 19 at pp. 422-423.

29. S. Williston, "An Offer is a Promise" (1928) 23 Ill. L. R. 100 reprinted in *Selected Readings*, *supra* note 3, pp. 213-217.

In legal contemplation, such mutually related expressions of assent in their externality (that is, as they reasonably appear to the other party) are acts that alter the legal relations between the parties in the following ways. The immediate necessary legal consequence of an offer, standing alone, is that it gives the offeree a power – *not* a right – of acceptance. So long as an offer continues to stand (and this is decided in accordance with the objective test), the offeree may bring into existence a contractual relation, comprising contractual rights and corresponding duties, simply by accepting the proposed terms in the manner expressly or impliedly stipulated by the offer. It cannot be emphasized too much, however, that a contract results from two acts of will, not one, and therefore that unless and until there is acceptance, no contractual rights or duties whatsoever arise between the parties.<sup>30</sup> It follows from the fact that an offer confers merely a power but not a right of acceptance that prior to acceptance an offer may be revoked without infringing any contractual right in the offeree. In other words, there is in law a liberty to revoke an as yet unaccepted offer.

There is a final feature of offer and acceptance that must be noted. The doctrine of offer and acceptance, we have seen, requires that the offer precedes the acceptance in time. Absent temporal sequence, there is no contract formation. The assents must figure as separate acts which each originate with an individual party at a different moment in time. Temporally sequenced assents function, we may say, as the efficient cause of contract. This, however, is not the end of the matter. For the common law also holds that these same assents, still construed in accordance with the objective test and functioning as the efficient cause of contract, must be given at the same time: it must be possible to construe the assents in some sense as absolutely co-present and simultaneous, in addition to being temporally successive.<sup>31</sup> Unless they can be so conceived, there will not be contract formation. So viewed, the assents are treated under the rubric of the “union or meeting of the minds.” The common law presents us, therefore, with the apparent paradox that the assents necessary for contract formation must be both separate in time and simultaneous.

30. It is worth noting here that the very first paragraph of Langdell’s *Summary of the Law of Contracts* (Second Edition, 1880) states this basic requirement that a legally enforceable promise must be constituted by two acts of will, not one. Langdell’s now generally derided method, often pejoratively referred to as “logical,” “deductive,” or “axiomatic,” is nothing but an effort to understand, and to present the analysis of contract as rooted in and as implied by, this fundamental juridical thought. Its starting point is legal experience and it attempts to bring out the order which governs this experience. I would have thought that this makes his account, while not necessarily correct or satisfactory in all its details, at least systematic in the right way.

31. This feature is supposed in the case law. See, for example, *Dickinson v. Dodds*, (1874) 2 Ch. D. 463 at p. 472; *Household Insurance Co. v. Grant*, (1879) 4 Ex. Div. 216 at 220. A typical statement is found in J. P. Bishop’s purely descriptive account of the positive law, *The Doctrines of the Law of Contracts in Their Principal Outlines, Stated, Illustrated, and Condensed* (St. Louis: F. H. Thomas and Company, 1878) at p. 62: “Each [party] must consent to exactly the same thing to which the other does, and at the same instant of time.”

How, if at all, can these diverse features be held together? And what conception of contract do they imply? These are the main questions for discussion.

To begin, the expressions of assent that constitute offer and acceptance must be voluntary. Generally speaking, voluntariness goes to the existence, character, and conditions of the activity of choosing. Here, however, we seek a definition of the voluntary that belongs to the juridical and, in particular, to the law of contract. We need not assume that the voluntary in contract is identical with the voluntary in other domains of moral experience. Now, according to the traditional understanding of contract law, the voluntary plays a special role in contract in that it is the parties’ wills, mutually related and objectively construed, that are in themselves the source of the parties’ contractual rights and duties. I shall pursue this fundamental thesis and argue that each of the main doctrines of contract – more specifically, offer and acceptance, consideration, and unconscionability – contributes to the full and complete definition of the voluntary in contract. Through an ordered examination of these doctrines, we build up this definition step by step.

The first step in defining the voluntary in contract is provided by the doctrine of offer and acceptance. It is first because, we shall see, it sets out the elementary form of mutual assent that is obtained at contract formation. However, it should be kept in mind in the following discussion that it is *only* the first step and does not provide the complete elaboration of the definition of the voluntary. This it cannot do precisely because, as I will explain in more detail, it articulates *just* the form of mutual assent and does not specify the content which the assents must have if they are to give rise to contractual rights and duties. Besides stipulating formally that the parties must assent to the same terms, it does *not* determine *what* those terms must be for there to be a contract. This latter function, I shall argue, is performed by the doctrines of consideration and unconscionability.

The doctrine of offer and acceptance presents an extremely restricted criterion of voluntariness. It categorically excludes much that is relevant to the determination of the voluntary in other domains of law and morals, and perhaps this is the chief significance of its role. Under the doctrine of offer and acceptance, the voluntary is simply the quality of choice that is needed for expressions of assent to function as offer or acceptance. By this test, an expression of assent is voluntary if it is the product of a decision or choice in given circumstances. Here the voluntary equals purposiveness. Assent is purposive and hence voluntary so long as it need not be viewed as just the simple mechanical effect of some internal or external cause, whether human or natural. For example, my signature is not the outcome of choice and so not voluntary if it is produced by someone else forcibly moving my hand in the necessary way. But the fact that I sign in order to avoid an outcome which may be unwanted or even unjust does not preclude my signature from being something chosen in response to particular circumstances. It can still be a decision, and so be voluntary, whatever its motivation and however mistaken it may turn out to be.

The absence of the voluntary, so understood, entails the absence of one or both acts that are necessary for contract formation. At common law, it renders an agreement absolutely null and void *ab initio*. Where, however, the assents are the product of choice and thus purposive but are either mistaken or given to avoid an unwanted or even an unjust alternative, this does not vitiate their capacity to function as offer and acceptance. It does not make the agreement void *ab initio*. At law, it can result in the agreement being at most voidable at the election of the party who would not have transacted in the absence of the mistake or unwanted circumstances, where the mistake goes to the very foundation of the agreement or where the unwanted circumstances have been created by the other party's wrong. These considerations that render an agreement voidable do not come under the doctrine of offer and acceptance. To repeat, so far as offer and acceptance goes, the voluntary acts necessary for contract formation can exist even where an agreement is voidable. And that is precisely why, so long as there are offer and acceptance, the parties can decide to affirm their agreement even in the face of mistake or unwanted circumstances.<sup>32</sup>

In keeping with the objective test, the voluntary assent that is required by the doctrine of offer and acceptance does not, however, necessarily take into account or depend upon a party's actual particular reasons for giving assent. What a party must reasonably ascertain is just the existence, as an external fact, of the other party's assent to definite terms. It bears repetition that what counts is only what is made reasonably manifest to another and this need not coincide with a party's actual reasons or purposes. Further, while assent is voluntary only

32. To elaborate, if a party alleges that he or she has entered a contract on a mistaken assumption of fact, this does not prevent contract formation. There can still be offer and acceptance, even though the resulting obligation may be qualified by a tacit presupposition concerning the presumed existence of certain facts at the time of contract formation – facts about which one or both parties may have been mistaken. If the contract can be reasonably construed as implicitly founded upon such presupposition, it may be voidable at the election of the mistaken party. At the same time, the parties may choose to enforce the contract despite the mistake – something they cannot do if the agreement is void *ab initio*. Where assent has been given under the influence of another's unlawful conduct, the latter cannot enforce the agreement, not because there has been no consent, but rather because the agreement represents the materialization of his or her wrong. Enforcement of the contract is something of benefit to the wrongdoer – therefore something which the latter should not obtain when it results from his or her wrong. But here again the existence of duress does not prevent contract formation and the coerced party may elect to have the agreement enforced. As for the relation between the conception of voluntariness in offer and acceptance and norms of substantive fairness in contract, I discuss this in detail in the section on unconscionability, *infra* pp. 198ff. I simply note here that, like fundamental mistake or duress, unconscionability renders an agreement voidable, not void *ab initio*. For a helpful discussion of the distinction between void *ab initio* and voidable, see Corbin, *supra* note 17 at pp. 10–12. For a detailed and full treatment of the relation between consent (within offer and acceptance) and mistake, see G. E. Palmer, *Mistake and Unjust Enrichment* (Ohio: Ohio State University Press, 1962). The proposed analysis of the relation between consent and duress is an accord with writers of the natural law tradition such as Grotius as well as with contemporary scholars such as Dawson. See Grotius, *supra* note 17 at Bk. II, Chap. XI, v. and J. Dawson, "Economic Duress – An Essay in Perspective" (1947) 45 Mich. L. Rev. 253 at pp. 266–267.

insofar as it is purposive, the purpose or reason which makes it voluntary must, in accordance with the objective test, be intrinsically relational. To be intrinsically relational, a party's reason for making an offer must be the other's acceptance and vice versa. It is this – and *only* this – reason which is contractually relevant. But a party's particular reasons for transacting need not as such be relational in the required way. Therefore the fact that a party happens to have this or that reason for offering or accepting does not necessarily assure its relevance for the purposes of contract. Through the doctrine of offer and acceptance and in particular the objective test, contract law begins the procedure of specifying the sort of reason or purpose that is relevant to and necessary for contract formation by *not* according intrinsic juridical significance or weight to the particular reasons and purposes which the parties may happen to have.

The doctrine of offer and acceptance identifies voluntariness with a capacity to choose that is conceived in abstraction from the circumstances of choice. I have suggested further that the particular reason a party agrees to terms is not in and of itself a factor that is operative in bringing about formation. Consequently, the fact that a transaction does not fulfill a party's reason for entering it, or the fact that the party now views this reason as mistaken, does not, in itself, prevent or otherwise affect contract formation. Taking this analysis one step further, one can conclude that contract formation is, by its very nature, independent of whether transactions are to the overall advantage or benefit of one or even of both of the parties. The impact of performance on the well-being of the parties is, in itself, wholly irrelevant to the question of formation. This indifference to particular interest and advantage as such is reflected in the (contractually) unfettered liberty of a party to revoke an offer before it is accepted or to decline, for whatever reason, to make an offer in the first place, irrespective of the impact which such decisions may have on the other party's well-being. In and of itself, the fact that my interests or welfare will be adversely affected by your decision does not give me a claim – or even the beginning of a claim – in contract against you. The doctrine of offer and acceptance seems at its core to be indifferent to the very kinds of considerations that centrally concern distributive justice.

The doctrine of offer and acceptance implies, then, a very bare conception of the person. Parties are attributed a capacity for decision and purposive action that abstracts from the circumstances in which the capacity is exercised; that is, they are viewed as having a capacity for choice that is not determined by, but rather is independent of, all given factors both internal and external. In chains, we say, one can still be free. A party's particular intentions and motives, his or her personal features and moral qualities, and finally, his or her resources and interests, are all, as such, irrelevant to the analysis of offer and acceptance. This analysis does not directly take into consideration, then, the very things that distinguish one individual from another. Viewed in abstraction from them, individuals are necessarily identical. Hence, we may say, persons are conceived

here as free just in virtue of their having a capacity for choice that is undetermined by the circumstances of choice and that they are equal just insofar as, being free, they are identical. Finally, because what matters for the analysis of offer and acceptance is simply whether one party has *acted* in a way that reasonably can be construed by the other as a voluntary expression of assent to certain definite terms, parties count just in virtue of their acts. The doctrine of offer and acceptance views them simply as free and equal agents who jointly bring about contract formation.<sup>33</sup>

In addition to being voluntary, the parties' assents, we have seen, must satisfy certain further requirements if they are to function as offer and acceptance: the assents must be mutually related in such way that they can be construed both as temporally successive and as simultaneous in accordance with the objective test. How are these aspects interconnected and what conception of contract do they suggest?

Consider, first, the requirement that the parties' assents must be temporally successive. To be a valid offer, the first assent must call for an acceptance; and reciprocally, to be a valid acceptance, the second assent must be given in response to the first and on the very same terms. The fact that the assents must be made in temporal sequence makes it possible for the parties themselves to bring about contract formation *in and through their interaction*. Because an offer must come first in time, it can address the other party who can then, in turn, respond to it. In this way, the offer can invite the participation of the offeree and

33. This conception of the person is essentially the same as the concept of personality that Hegel, for one, argues underlies abstract right. The difference between the two is just that the former belongs to a public basis of justification whereas the latter is part of a comprehensive philosophical account of right in which right expresses, and is constituted by, the freedom of the will as practical reason. In the public justification, the conception of the person is presented simply as implicit in the public legal culture – here, in the doctrines of contract law – and as fitting both with a certain idea of legal relation – here, a contractual relation in which parties are vested with correlative rights and duties at contract formation – as well as with the principles of contract law. The conception of the person is not presented as the ground or as constitutive of either this legal relation or these principles. In a public justification, no part is foundational relative to the others; rather, the distinct parts are presented as mutually supportive and intrinsically interconnected. In the philosophical accounts of Hegel or Kant, by contrast, personality, as freedom of the will and practical reason, is the conceptual basis and is itself constitutive of definite principles of right. According to Hegel, the claim that this is, and *must* be, the case can be vindicated only by viewing the account of right as one section or element in the whole chain of systematic philosophy set out in the *Encyclopaedia*. See, Hegel, *supra* note 19 at paras. 2 and 4. The truth and deepest significance of the account of right – and therefore of personality itself – can only be established as part of this totality. At the same time, Hegel himself suggests that the account of right can be detached from this comprehensive context and can be presented on its own in way that appeals to everyone's educated self-consciousness and moral experience. *Ibid.*, para. 4. In this way, the elements in the philosophical account can be presented as parts of a public basis of justification. For a more detailed discussion of the role of the conception of the person in a public basis of justification of private law, see P. Benson, "Public Justification," *supra* note 12 at pp. 314–321. For a summary presentation of Hegel's conception of personality, see P. Benson, "Rawls, Hegel, and Personhood" (1994) 22 *Political Theory* 491.

be completed by it. The offer contemplates and creates the possibility of a relation between the two assents and this possibility is realized by the acceptance. No third party, such as a court, is needed to create a relation between the expressions of assent. The parties do so themselves. Since the objective test applies, the relevant point of view is always how what is said or done by one party reasonably appears to the other in the circumstances of their interaction. And this appearance the first party, as a reasonable person, is deemed to know. The cause of contract lies, then, entirely in the interaction between the parties.

Moreover, because each of the assents must state the terms of the whole transaction, each side necessarily incorporates on its face the whole relation between them. Mutual relatedness is intrinsic to each of the assents in their role as cause of contract. Thus the manner in which the parties' mutual assents bring about formation through interaction is itself relational through and through. The fundamental and irreducible unit of contract formation is not each of the assents taken separately and then summed together but rather these assents in their mutual relatedness. They have no standing or even existence, contractually speaking, outside of their relation. The basic form of contract is relation to another.

Unless an objective test is adopted, the expressions of assent cannot be temporally sequenced. On a subjective test, which holds that it is actual, inner assent to terms that is causally necessary for contract formation and that expressions of assent are merely evidence of such actual assent, the second party is not justified in treating even a clear expression of actual assent given by the first party at one moment as actual assent an instant later. For in the interval, however brief, the first party's mind may have changed. And, of course, a party is entitled to change his or her mind unless or until there is a valid acceptance. But there must be an interval between the offer and the acceptance, at least if the offeree is to ascertain the existence of the offer and to give the acceptance in response to it. So in this necessary interval, however small, between the offer and acceptance, the continued existence of assent must be confirmed by a fresh expression of actual assent given by the offeror. This, however, does not do away with the difficulty since, as long as we suppose that the offeree must respond to the this newest expression of assent, there must be a further interval and during this interval the offeror's intentions may have changed, requiring a new assent. And so on, *ad infinitum*. To avoid this consequence, the offer must be made at the very moment the offeree accepts. Accordingly, a subjective test requires that offer and acceptance be initiated at the same time. Whatever is said or done by the parties before or after that moment is irrelevant because it is assent that is either no longer or not yet in existence.

A subjective test rules out, therefore, a temporally sequenced offer and acceptance. Even if the simultaneous assents happen to state the identical terms, they do not do so *as mutually related*. They are just two expressions, having the same content, that exist side by side. In giving their assents, the parties do not themselves bring about any relation between them.

By contrast, on the objective test, the first party's expression of assent *continues* to exist as an external fact, prior to acceptance, unless or until it lapses by its own terms or is revoked by a further separate external expression of will by the first party. During the interval that necessarily separates the two assents, the offeror "must be considered in law as making during every instant . . . the same identical offer"<sup>34</sup> to the offeree. In virtue of its continuing existence, the first assent can be met by a second assent in response. There can be offer and acceptance on the basis of the parties' interaction alone.

Why, it may be asked, is it fair and reasonable for the law to impose an objective test on parties in a contractual setting? By way of an answer, a public justification of contract seeks a fit between this test and the essential character of the contractual relation as disclosed by the main doctrines of contract law. The doctrine of offer and acceptance teaches that contract is a certain union of assents. More particularly, it presents each side as contemplating the other as necessary to fulfill the very terms it proposes. Now, by making the participation of the other side a necessary condition of the fulfillment of its own terms, each side must reasonably acknowledge the pertinence of the standpoint of the other in construing what it has said or done to engage that participation. The other-directed orientation of the objective test mirrors the fact that each assent contemplates the existence and the participation of – and therefore a relationship with – the other as a condition of the fulfillment of its own terms. In addition, because the objective test abstracts from the parties' particular preferences, purposes, inward intentions and motives and makes salient just their mutually related acts, it refers solely to the external dimension in interaction and not at all to subjective moral factors that pertain to judgments of virtue and character. This is appropriate where the sole question is whether the parties are subject to coercible obligations *inter se*. The doctrine of offer and acceptance and the objective test are mutually supportive in conceiving contract under the idea of relation to another.<sup>35</sup>

On this basis, moreover, we can see why entitlements acquired at formation must be personal, that is, as between the contracting parties only. By the ob-

jective test, the parties' assents are construed in accordance with their reasonable meanings *inter se*. The meaning is public only as between the parties. Taking publicity as a formal requirement of the assertion of rights, a party's contractual rights can be exclusive, therefore, only as against the other party, not as against a stranger to the contract. It is worth noting, finally, that we have reached the conclusion that contract rights can only be personal rights through a discussion of the doctrine of offer and acceptance alone, without as yet any reference to the doctrine of consideration.

Taking the requirement of temporal succession as given, how can the law also hold that the assents must in some sense be simultaneous? And precisely in what sense is this further requirement to be taken?

Viewed in light of the objective test, an unrevoked offer continues to be made up to and including the moment it is met by an acceptance. This is how the offer must be represented if there is to be contract formation. It is also necessary, we have seen, if contract formation is to result from the parties' interaction alone. Given this interpretation of the offer, it follows that when the offer is met by an acceptance there is a present expression of assent to definite terms (the offer) which is united with a second present expression of assent to the identical terms (the acceptance). In other words, to produce contract formation, there must be two absolutely *co-present and simultaneous* expressions of assent. The so-called meeting of minds, which is often stated to be an essential condition of contract formation, is just the parties' mutual assents viewed as simultaneous and co-present.

It is important to emphasize here that the so-called meeting of the minds is to be construed in accordance with the objective test and consists in this union of assents at the same instant. In legal contemplation, this union abstracts from the parties' inner mental dispositions and intentions, their personal features, needs, interests, and well-being. It is a relation between the two expressions of assent just in their externality. Like the analysis of the assents as temporally sequenced, their representations as simultaneous is framed in terms of the objective test. Unless the expressions of assent are appropriately detached from the parties' actual particular intentions and reasons, the entire doctrine of offer and acceptance must instantly collapse.

Viewed as simultaneous and co-present, offer and acceptance are formally identical and mutually related acts. Each is an assent to the very same terms – the whole transaction, whatever it may be. The fact that the assents are given by different persons is indeed a distinction; but, given the abstraction from temporal sequence as well as from particularities that differentiate one individual from another, it is a distinction that imports no difference. It is true that one party's right is the other's duty, and vice-versa. But we will see that the full definition of contract postulates a baseline in which the rights and duties of one party are identical in content to those of the other and in which parties have

34. *Adams v. Lindsell*, (1818) 1 B & Ald. 681 at p. 683.

35. It should be noted that this explanation does not invoke the idea of estoppel. On an estoppel approach, if parties have actually assented to certain terms, they are bound because of their assent; if, however, one of them has *not* actually assented but nevertheless reasonably appears to the other to have done so, and the other party in accepting has reasonably relied on this appearance of assent, the first party is bound because estopped from denying the foreseeable consequences of such reliance. Now, in general, the kind of reliance which estoppel requires involves a change of position to one's detriment. And, in particular, to explain the enforceability of a wholly executory contract, estoppel must apply just to the fact that a party has accepted an apparent offer prior to and independent of any further action taken in reliance upon it. An obvious difficulty with this approach, as Williston correctly points out, is that the mere act of accepting an offer and the mere supposition that one has made a contract do not, in and of themselves, amount to such detrimental reliance. See Williston, "Mutual Assent," *supra* note 27 at p. 122.



rights only insofar as they have duties.<sup>36</sup> here again, there is no difference. In short, the union of simultaneous assents that is necessary to bring about contract formation is a relation between two formally equal expressions of will.

The idea that contract formation depends upon and results from the offer and acceptance being simultaneous and co-present follows therefore from an analysis of contract formation that roots it in the parties' interaction alone in accordance with the objective test. Both representations of the assents – as separate in time and as simultaneous – belong to a single conception of contract formation. They are two aspects of one doctrine of offer and acceptance. Viewed in terms of *when* the parties *actually posit or originate* their acts of offer or acceptance, the assents must figure as temporally separate. When, however, these same assents are viewed at contract formation in light of the objective test, they are construed as co-present. But in so construing them, it cannot be the case that the common law is saying that the parties actually give their assents at the same time. This would directly contradict the requirement that they be made at different times. "Simultaneity" must therefore mean something other than "at the same moment in time." It cannot have a temporal significance. Perhaps it is on account of this contrast with the familiar and necessary fact that the assents must be given in time and indeed at different times that the notion of simultaneity – including the idea that an unrevoked offer is made at each instant up to and including the moment it is accepted – is commonly regarded as a legal fiction. I will return to this point later.

The foregoing analysis of mutual assent in the doctrine of offer and acceptance seems on its face to reflect certain central premises of the logic of a transfer of ownership. The doctrine requires that there be *two* mutually related assents that are initiated in *temporal sequence* yet that, when viewed objectively at contract formation, can be construed as absolutely *co-present*. The fact that there must be two assents is consistent with the fundamental idea that a transfer of right requires two parties and two acts of will: There must be alienation and appropriation. The requirement that the assents must be separate in time is compatible with their being viewed as acts of alienation and appropriation that are sequenced in accordance with the logic of a transfer of ownership: that the acceptance must come after the offer is consistent with the idea that appropriation by one from another must acknowledge and respect the other's initial right and must only take place with the other's consent. The fact that it is possible to view the parties' temporally sequenced assents as also simultaneous makes the requirement of offer and acceptance compatible with the idea of continuity as applied to the acts that constitute a transfer of ownership. Finally, the presentation of the parties in accordance with the objective test focuses just on their acts in abstraction from the their particular interests, needs, purposes and so forth –

36. See the analysis of equality in a contract of exchange under the doctrine of unconscionability, text at *infra* note 89 *et seq.*

in the very way that persons are viewed as participants in a transfer of ownership. In these respects at least, offer and acceptance construes the parties' interaction consistently with the logic of transfer.

**2. THE SIGNIFICANCE OF PROMISE IN OFFER AND ACCEPTANCE.** An offer, I have said, must contain a *promise* by at least the offeror. The admittedly essential presence of promise might seem to suggest that a more appropriate, or at least an intuitively more appealing, way to view the obligation in contract would be to understand it as rooted in the moral duty to keep one's promise. There is no need to invoke the more complicated idea of a transfer of ownership. This, however, would be mistaken. To see why, it is necessary to identify certain important differences between promise and contract, when the latter is conceived on the model of a transfer of right.<sup>37</sup> I should emphasize that in the following discussion I consider promissory duty and contractual obligation as they arise absent reliance.

In ordinary moral experience, one's duty to keep a promise – let us call it a duty of fidelity – arises just from the fact that one has made a promise: that is, from one's own undertaking in and of itself. Although the promise may be made to another, for another's benefit, or even with another's approval, the other's assent is not a causally operative element in bringing the duty of fidelity into existence. The promisor's act *alone* is sufficient to give rise to a duty of fidelity. By contrast, the obligation in contract arises only through the combined assents of two parties, not just one.

There is a second related difference between promise and contract. Given that the source of the duty of fidelity is in the promisor's will alone, the determination of whether this duty exists, what it requires in particular circumstances, and whether it has been properly discharged must take into account the promisor's own conscientious evaluation of the pertinent considerations. (Recall here that what is under discussion is promissory duty that arises apart from reliance.) In contrast with contract, it would be unreasonable to use an objective test to determine whether someone has acted to bring him or herself under a duty of fidelity. Here in judging a promisor's conduct, a promisee should reasonably consider the subjective side; the promisor's actual intentions and motives as well as insight into the matter are morally relevant. In coming to a decision to promise or not in the first place, a promisor may, and morally speaking, should reasonably take into account such factors as the legitimate particular needs, interests, and responsibilities not only of him or herself and of the promisee but also of third parties. The promisor must ascertain whether promising someone

37. The following discussion draws on distinctions between contract and promise that are suggested by a number of writers including Grotius, Hobbes, and Hegel. See Grotius, *supra* note 17, Bk. II, Ch. XI, iv; T. Hobbes, *Leviathan*, ed. C. B. Macpherson (New York: Penguin Books, 1968), Part I, Ch. 14; and Hegel, *supra* note 19 at para. 79.

something in particular circumstances is good, all things considered. The relevant point of view must make reference to the promisor's own conception of the good. This standpoint governs right up to the moment of performance. The promisor must conscientiously determine that the relevant considerations, which existed at the time the promise was made, continue to exist when performance is expected. And these considerations, it bears repetition, make reference to particular needs, interests, purposes, and so forth. Whether a promisor has lived up to the requirements of fidelity is determined, at least in part, by the carefulness and conscientiousness of the promisor's assessment.

A third difference between promise and contract is that in making a promise, a promisor undertakes to do or give something in the *future*: consistent with the promisor's intention, the promisee does not acquire anything unless and until this undertaking is fulfilled.<sup>38</sup> From the standpoint of rights, everything depends upon whether this future performance takes place and whether the latter takes place permissibly depends in part upon the promisor's conscientious but subjective (that is, first-person) evaluation of what the duty of fidelity requires of him or her in the circumstances. In the case of contract, however, the parties' agreement exhaustively enshrines their full and complete present decisions to transfer ownership. At the moment of contract formation, the parties' assents have, then and there, *already* transferred entitlements: (at least) one party has *now* given up ownership and already recognizes it as vested in the other party who has *now* acquired it. As between the parties, the doing or giving is already and completely accomplished: From the juridical point of view, nothing remains to be done in the future except for the parties to act consistently with what they have already done.

That an offer must contain a promise in order to bring about contract formation may be explained in a way that is consistent with the foregoing differences between contract and promise. An offer must contain a promise, that is, a present and fully crystallized assurance, because otherwise there is no ascertainable juridical act or decision to which the law can attach legal consequences, such as the conferral of a power of acceptance on the offeree. The fact that the assurance must be future-oriented means that an offeree may, in accordance with the objective test, take the assent to continue for a definite duration after it has been initially given. In this way, an offer can anticipate and call forth a second assent which, in turn, can be given in response to it and on the very same terms. In other words, in virtue of the fact that an offer contains a promise, the parties can bring about contract formation through their interaction alone. In performing this role, the promise does not import any obligation, con-

38. This characteristic, which, in my account, belongs to promises only so far as they give rise to the moral duty of fidelity, Fuller attributes also to promises as they function contractually. In this context as in others, it is of the first importance to recognize and to keep clearly in mind the difference between the moral and the juridical. The basic flaw with Fuller's treatment of contract – as with Fried's – is that it fails to do so.

tractually speaking. It must be recalled here that the fact that an offer contains a promise goes hand in hand with the fundamental legal proposition that a not yet accepted offer, even if stated to be irrevocable, always remains revocable at will for whatever reason (provided the revocation is reasonably manifest). A promise confers only a power, not a right, upon the promisee. The fact that the offer contains a promise does not give rise to any obligation in law but simply determines the kind of existence which this inherently revocable assent has, objectively construed: It has a continuing existence for a certain duration.

What significance might the future-oriented form of promise have at the moment of contract formation, when the assets are viewed as simultaneous and co-present and when, *ex hypothesi*, entitlements are already transferred, leaving nothing more for the parties to accomplish in the future? The answer, in brief, is that the promissory element in the offer and, also, let us suppose, in the acceptance makes possible the essential contractual distinction between agreement and performance. For intrinsic to the form of every promise is the differentiation between the moment an assurance is given and the time for its fulfillment in action. In virtue of the promissory form of offer and acceptance, contract formation can be construed as a moment of non-physical appropriation that is separate and distinct from the time of physical delivery, as is required if the wholly executory contract is to be enforceable in accordance with the expectation principle understood as a principle of compensation. The fact that the promise is future-oriented does not imply that an actual transfer of rights has still to take place. From a legal point of view, the contractual relation and its immediate juridical consequence are fully realized, making the promisor's conscientious evaluation of the goodness of the promise or of the performance irrelevant. To repeat, the role of the promissory form at contract formation is that it allows the parties reasonably to view formation as consisting of acts of will that are distinct from and prior to actual performance. The difference between contract and promise is preserved.

**3. MUST OFFER AND ACCEPTANCE BE SUPPLEMENTED BY OTHER DOCTRINES?** The role of offer and acceptance within the common law conception of contract may be summarized as follows: it sets forth *the form of relation* which voluntary interaction between two parties must have if it is to give rise to contractual rights and duties. There must be two assents, not one, and these assents must be mutually related such that each can be conceived only in relation to the other. Each side postulates relation to the other as its defining feature. Moreover, in keeping with the objective test and the idea that contract arises through the parties' interaction alone, the assents must necessarily be conceived as empirically initiated in a temporal sequence and yet as co-present and simultaneous in some, as yet undefined, non-temporal sense. Construed as temporally successive, the assents are differentiated one from the other. Viewed as simultaneous, the assents can only be identical, since there is absolutely

nothing that might distinguish them. The parties figure simply as identical, hence equal, participants in contract formation.

Nevertheless, precisely because the doctrine of offer and acceptance sets out *just* the form of relation that is distinctive of contract, it can be only the first step in articulating the conception of contract that takes the expectation principle as a principle of compensation. While offer and acceptance require that the parties must be *ad idem* with respect to the very same terms of the entire transaction, *what* those terms must consist in aside from holding that the offer must contain a promise remains unspecified. In other words, the doctrine does not identify a content that is suitable to the form of contractual relation which it sets out. Unless, however, such content is specified, the conception of contract remains incomplete. In addition, the worry that it is a legal fiction to interpret the parties' assents as simultaneous in addition to their being situated in time cannot be dispelled.

The need for a suitable content can be further explained as follows. Unless it is possible to represent the parties as having *some legally relevant reason or cause* for offering or accepting, their acts cannot count as voluntary and purposive. If no such reason or cause for transacting is apparent, how can one party reasonably conclude that the other *intends* to contract and if either party cannot so conclude how can he or she reasonably expect the other's performance? In accordance with the objective test, the doctrine of offer and acceptance holds, we have seen, that the parties' actual particular reasons for wishing to contract are in and of themselves irrelevant. However, it is not enough for the law to say in merely negative terms that a party's particular reasons are not relevant; it must also specify in positive terms what *does* qualify as a legally relevant reason. By requiring that there be two sides, each of which is given in relation to the other, the doctrine of offer and acceptance implies that each party acts in order to obtain the return act of the other. It implies, in other words, that the cause of or reason for each side is just the other side. This implication must be made explicit as a fully articulated doctrinal requirement of contract formation. It is by taking this further step that contract doctrine provides a suitable content for the form of contractual relation postulated by offer and acceptance.

More particularly, this further doctrinal requirement must represent each party as reasonably *wanting* the other's act. Unless the law makes reference to *some* conception of want, it cannot purport to be a doctrine of reasons for offering or accepting. It must therefore specify an object of want that can reasonably be attributed to an offeror or offeree as a participant in contract formation. However, this object of want – and therefore a party's legally relevant reason for acting – cannot be the other's act in a merely formal sense. One does not want another's act as such but rather the substance of that act: the thing promised or done by the other party. Moreover, in keeping with the standpoint of the objective test, this substance must be intrinsically relational in character. And the elucidation of the object of want must fit with the analysis of the parties'

assents as both temporally successive and absolutely simultaneous. It must fully satisfy the principle of continuity and clarify both its essential character as well as its precise fit with the aspect of temporal succession. By showing that the interpretation of the parties' assents as simultaneous can be reflected in a content that is internal to their interaction and that makes reference to a conception of wants, contract doctrine can vouchsafe the reality of this interpretation from a legal point of view, thereby dispelling the suspicion that it might be a makeshift or mere fiction.

In short, contract doctrine must further specify a content that reflects the fact that there are two sides which, being both temporally successive and simultaneous, are at once *distinguished* from each other and *identical*. Only a content of this sort can reflect the analysis of mutual assent that is set out by the doctrine of offer and acceptance, in this way completing it as well as the conception of contract that underlies it. In the following two sections, I argue that the common law accomplishes this further doctrinal development in two steps, each of which is necessary and supportive of the other: the first is via the requirement of consideration; the second through the principle of unconscionability.

---

Hasta aquí

#### B. Consideration

No doctrine of the common law of contract is more distinctive of it or longer and more continuously established than the requirement of consideration. The following discussion examines the modern formulation of the doctrine that became settled by the beginning of the twentieth century in American and English decisions and scholarship – what might be called the classical doctrine of consideration. According to this formulation, consideration, no less than offer and acceptance, is a general requirement of contract formation, the absence of which renders an agreement void *ab initio*. Consideration is both central and necessary to contractual liability in the sense that the law postulates an intrinsic link between this requirement and the enforceability of the wholly executory contract according to the expectation principle. On this view, consideration, like the availability of expectation damages, is definitive and distinctive of contract. It is therefore striking, not to say unsettling, that over the last several decades scholars have repeatedly criticized the doctrine as artificial, unnecessary, internally inconsistent, or dysfunctional – in short, as an historical accident without rational foundation – to the point that some have reached the conclusion that contract law's rationality and moral acceptability would be enhanced by its abolition. The doctrine of offer and acceptance, by contrast, has not been similarly challenged. It is necessary, then, to investigate afresh the basis and the role of consideration.

This is the second main question of modern contract theory which, it may be recalled, asks whether there is an intrinsic connection between the requirement of consideration and the availability of the expectation remedy for breach of a

contract is this relation of will to will. One cannot bring oneself under a contractual obligation by one's act alone. Moreover, unless this relation between wills is intelligible as a transfer of right, one cannot explain why breach of this obligation entitles the promisee to the expectation remedy as due compensation. Accordingly, the meaning of contractual freedom or, in other words, of voluntariness in contract must be understood in relation to a transfer of right, not a gratuitous promise. It is therefore the liberty to choose terms that can constitute a two-sided relation which can transfer entitlements from one party to another at contract formation and independent of any detrimental reliance. It is only an exercise of *this* liberty by both parties that can bring either of them under a contractual obligation.

More generally from the standpoint of private law, as distinct, say, from that of moral virtue, it is *not* true that a promisor is infantilized unless he or she is held liable for breach of a promise that is not part of a transfer of right. To the contrary, because the breach of a purely gratuitous promise does not injure the rights of the promisee, it simply represents an exercise of liberty on the part of one who, in Kant's characterization, is his or her own master (*sui iuris*) and beyond reproach (*iusti*).<sup>98</sup> In private law, it must be emphasized, the parameters of obligation are defined by a prohibition against conduct (whether act or omission) that injures or otherwise interferes with whatever belongs to others as under their exclusive rights. A juridical obligation is, and can only be, owed to another; it proscribes injuring, not failing to confer benefits; and the interference must be with what comes under the other's exclusive right as against the injurer. In private law, there can only be liability for misfeasance. But breach of a gratuitous promise, that is, of a promise that does not and cannot transfer rights, injures no contractual rights and so is nonfeasance.

Once freedom of contract is understood as the liberty to enter (or not) a relation with another that transfers rights, it does not stand in tension with the doctrine of unconscionability, as I have presented it. To the contrary, both freedom of contract and contractual fairness turn out to be distinct but mutually supportive aspects of the complete analysis of the same underlying conception of contract.

On the one hand, individuals are permitted but not obliged to offer and accept, to promise and give consideration, to exchange for equal value or voluntarily to enrich the other party. As I have emphasized, the requirement of equal value is facilitative in that a party may certainly choose to accept unequal value. With respect to the decision to transact or not, the common law conception of contract gives individuals an unfettered liberty to do as they please. The parameters of liberty are the rights of others and unless or until a party has done something in combination with another that transfers rights to him or her, there can be, contractually speaking, no obligations or corresponding rights as between them but just liberty.

98. Kant, *supra* note 19 at p. 394.

On the other hand, only certain kinds of acts and only a certain kind of relation between these acts bring a contractual relation with contractual rights and duties into existence. Parties must do something that may reasonably be interpreted as offer and acceptance as well as promise and consideration and the two sides must be mutually related in the requisite manner. Absent the use of a recognized legal formality, parties cannot choose some other way to bring about contract formation. There can be no legally significant intention to create legal relations except as expressed through acts that satisfy the principles of contract formation. It is uncontroversial that that common law recognizes no liberty in this respect. The same idea holds for unconscionability. Just as there is no liberty to create a contractual obligation via a route other than offer and acceptance and promise and consideration, so there is no liberty to do so except by an exchange contract or a gift contract. For as I have tried to show, it is only on this condition that the parties' assents may reasonably be construed as part of an interaction by which one acquires an exclusive right from and against the other. No less than the principles of contract formation, unconscionability is an essential step in defining the voluntary for the purposes of contract law. Both are fundamental and intrinsic to the complete elaboration of the conception of will that underlies contractual obligation.

---

Desde aquí

#### IV. Conclusion

In this essay, I have tried to work out in some detail a conception of contract that answers the three main questions of modern contract theory. This conception is developed on a public basis of justification. Thus, it presents the conception as implicit in the main doctrines of contract law. This conception, in turn, makes explicit the unity of the doctrines in one intelligible idea. We bring out this conception by explaining how the doctrines fit with each other. Each doctrine is conceptually necessary to the other. The way we verify the role of any one doctrine is by showing that it is animated by the very same conception that informs the other doctrines. At the same time, each of the doctrines contributes in a distinct way to the full elaboration of the conception.

Moreover, while the doctrines are, upon analysis, fully consistent with each other and mutually supportive, it is not just a matter of their being consistent in a purely formal way. Rather, they together form an integrated whole that is intelligible and reasonable from a juridical point of view. We know this in virtue of the logic of a transfer of ownership. For this logic articulates the necessary conceptual premises of a relatively self-contained form of juridical relation which, in the case of a present executed transfer of property, we think of as effective and determinative of rights and duties between persons. We do not doubt that individuals can transfer property to others by way of executed gift or exchange or that such transfers can give rise to new rights and duties between them. My basic thesis is that the logic of a transfer of ownership that animates

present transfers of property is also instantiated in contracts and, more specifically, in the main doctrines of the common law of contract. Indeed, it is their organizing idea. Thus these doctrines articulate a kind of relation between persons which we can also recognize as juridical: that is, as determining correlative rights and duties between contracting parties. Contract, no less than a present transfer of property, is intelligible and plausible from this normative point of view.

In virtue of this same logic we can say not only that the different contract doctrines supplement each other but that, in addition, there is a certain order and sequence whereby, cumulatively, one doctrine builds upon another until together they form a complete whole. Beginning with a conception of contract that takes the expectation principle as a principle of compensation, we start with the doctrine, namely, offer and acceptance, that represents the most formal elucidation of the kind of relation which this principle supposes – a two-sided relation that can transfer rights – and move to the doctrines, namely, consideration and unconscionability, that progressively specify a content suitable for this form. With the elaboration of the doctrine of unconscionability, the fit between form and content is achieved and all the logical premises of a transfer of ownership are satisfied. In this way, we can know that the public basis of justification is complete, at least insofar as the basic structure of the conception of contract has now fully been made explicit in the doctrines of the law. These doctrines – the expectation principle, offer and acceptance, consideration, and unconscionability – constitute the four pillars of the common law conception of contract.

To conclude this essay, I wish to note three limits of the public justification as I have presented it here. These limits naturally suggest work that remains to be done.

To begin, while I have tried to set out the basic structure of the common law conception of contract, I have not discussed a number of important aspects of contract law which, although they do not specify its basic structure, nevertheless fill it in or follow from it. For example, there are the many rules relating to implied terms and conditions – the law of mistake and non-disclosure, frustration, conditions antecedent and subsequent, fundamental breach, anticipatory repudiation, and, more generally, interpretation. There is the more controversial question of the rights of third party beneficiaries as well as a range of more specific issues having to do with remedies for breach of contract, contractual fairness, and the relation between contract and tort. A public basis of justification aims to be complete in the sense that, through the conception of contract, it ideally is able to answer all or most of the questions that arise in relation to contract formation and breach. The contention is that the conception of contract has the necessary resources to do so. Of course, to answer these questions, it may be necessary to supplement the basic structure of this conception with various presumptions and propositions of law. However, it is important to note that, on the approach I am taking, the latter are not to be introduced *ab extra* and

should not take us outside the conception of contract. Rather they are to be understood as implications of that conception when it is suitably specified to address these other questions. Essential to this approach is the idea that a contract does not admit of any gaps once it is understood in terms of the conception of contract. The demonstration that this is indeed the case cannot, however, be undertaken in the present essay.<sup>99</sup> This is the first limit.

Among the sorts of questions which a public conception of contract should also address are those that concern the constraints which may appropriately be placed on the operation of contract principles in light of social and economic values: issues of policy. To address these kinds of questions, a public justification must supplement the conception of contract, which makes explicit the pure juridical relation that is latent in contract doctrines, with an account of *the role of an actual regime of contract in civil society*. Whereas the conception of contract elucidates contract doctrines in terms of an idea of obligation that consists *just* in a negative prohibition against injuring what belongs to another by exclusive right and refers to notions of freedom and equality that abstract altogether from the parties' actual intentions, particular purposes, needs, and well-being, a justification of the existence of contract in civil society brings into play the latter considerations. Contract is now viewed as a common good that goes some way toward serving human needs and interests, both moral and material. The actual existence of an effectively functioning contractual regime becomes a matter of normative significance, for otherwise these needs and interests cannot be met. For the same reason, it becomes important that the methods of contracting be certain and publicly knowable in advance to enable individuals to use contract to achieve their ends. Hence the importance of legal formalities and certain legal presumptions that may not reflect the fundamental character of the contractual relation.<sup>100</sup> Similarly, it now becomes important that all individuals, as participants in civil society, have access to the contract regime and so, as a matter of public policy, the operation of the principles of contract formation may be constrained to ensure that the opportunity to transact is free from discrimination.<sup>101</sup>

The fact that the public justification as presented in this essay does not supplement the conception of contract with an integrated account of the role of contract in civil society is this essay's second limit. At the same time, I wish to

99. In "Public Justification," *supra*, note 12 at pp. 321–334, I sketch an argument as to why the conception of contract need not admit of gaps and how it provides a framework for analysing non-disclosure, mistake, and frustration.

100. This is the place for Fuller's rationale for consideration on the basis of the functions of legal formality and the social significance of exchange.

101. Hegel's account of the role of contract in civil society is particularly instructive. It is found in *The Philosophy of Right*, *supra*, note 19 at paras. 189–195, 208–210, and 213–217. Note that this discussion builds upon but is framed in different terms than his prior analysis of contract in *Abstract Right*, *Ibid.*, at paragraphs 71–81. The conception of contract which I have presented in this essay corresponds to the latter only.

emphasize that these two parts of a public justification of contract represent distinct, though inter-connected, points of view with differing sets of values and that, in analysing a given issue of contract, one must guard against introducing considerations that are irrelevant or inappropriate to the standpoint one has taken up. Thus with respect to the elucidation of the conception of contract, the central question is how a breach of promise can be understood as a wrong, juridically speaking: that is, as an injury to something which comes under another's exclusive right. Whether the duty to perform can reasonably be understood as a coercible obligation not to injure another's right is the fundamental problem raised by Fuller and others and it is at the heart of the three questions of modern contract theory. I have argued that it can be so conceived on the supposition that contract is a transfer of right. In contrast to an account of the role of an actual regime of contract in civil society, the proposed analysis does not ascribe any value as such to the fact that people transact – it only prescribes the terms which must be observed *if* they choose to do so – and it is indifferent as to whether their actual individual needs and interests are served by the principles governing formation and breach. The task of settling the question of the juridical character of breach is nonetheless preliminary to an inquiry into the role of an actual regime of contract in civil society.

Whereas the first and second limits apply solely *within* the public basis of justification, the third concerns the relation between this form of justification and more comprehensive theoretical treatments of contract – in particular, a philosophical account. In the Introduction, I noted that the conception of contract developed here on a public basis of justification is at most the *first* (and necessarily provisional) step in theorizing the law of contract. This point merits emphasis. As part of a public justification of contract, this conception is just one step removed from the actual doctrines and principles of the law. It rests on and is framed in terms of a number of premises which it takes as presuppositions. Therefore, it does not, and cannot, purport to be the most complete, that is, the most integrated, systematic, and comprehensive theoretical account of contract, let alone a philosophy of contract.

The question is what might be the next step in moving toward a more comprehensive account? One might think that the most natural way would be to move directly from something like the conception of contract presented here, whether by itself or supplemented by an account of the role of contract in civil society, to a “theoretical approach,” whether economic, utilitarian, or Kantian, which elucidates contract from a more comprehensive standpoint. My own view is different. It seems to me that, continuing with the idea of a public basis of justification, we should next seek an understanding of the main areas of private law that makes explicit their unity in terms of a single conception of obligation, perhaps through a comprehensive notion of property and a corresponding conception of the person. This would elucidate the obligation in contract at an even higher level of abstraction. Beyond this, and still working within the framework

of a public basis of justification, it would be but a natural step to determine whether we can unite private law, now understood as a whole, and public law, with its own distinctive characteristic relations of right, values, and conception of the person. This integration of the juridical and the political at an even higher level of abstraction would nevertheless preserve the distinctiveness of each. The conception of contract that would find its place within this more comprehensive public justification would represent the most satisfactory point that could be reached by a public justification of contract. It would only be then that our understanding of contract would be complete for such purposes. The business of a philosophy of contract, as distinguished from a public basis of justification, would be to comprehend the truth of this understanding.<sup>102</sup>

102. I wish to thank Jeremy Fraiberg, Malcolm Thorburn, and Ernest Weinrib for their helpful comments on the first draft of this article. I am much indebted to Daniel Batista for his close editing of all the drafts and for his valuable substantive suggestions; and to Gregory Bordan for his important clarifications concerning fundamental aspects of the argument as a whole.

1994 (art. 2281 respecto del depósito; 2313 respecto del comodato; 2314 respecto del mutuo). En el Derecho alemán, el préstamo de consumo sigue siendo contrato real.

Al terminar estas explicaciones sobre el contrato real, dos precisiones son convenientes. La primera, a fuer de elemental acaso pueda sacar de su confusión a algún estudiante: nada tienen que ver los conceptos "contrato real" y "derecho real". La segunda concierne a una clasificación foránea, que separa los *contratos con efectos reales de los contratos con efectos personales*. Hay países, como Italia y Francia, que, apartándose de la tradición romana, omiten distinguir en sus Derechos el título traslativo del dominio del modo de adquirir llamado tradición. En ellos, entonces, es posible que se opere la adquisición de la propiedad por el solo efecto de algunos contratos. A éstos se les conoce como contratos con *efectos reales*. Así, por ejemplo, el simple consentimiento de vendedor y comprador, en esos países, aunque no se haya entregado la cosa, basta para que el comprador de una especie mueble se haga dueño de ella. En Chile no existen los contratos con efectos reales; todos los contratos exclusivamente tienen efectos personales. Para que en Chile se incorpore al patrimonio de alguien un derecho real, es siempre necesario que intervenga la tradición u otro modo de adquirir.

## OTRAS CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS

## 25. CONTRATOS NOMINADOS O TÍPICOS Y CONTRATOS INNOMINADOS O ATÍPICOS

Se denomina contratos nominados o típicos a los que han sido expresamente reglamentados por el legislador en códigos o en leyes especiales; e innominados o atípicos a los que no lo han sido. Es más acertado, atendiendo a este criterio, simplemente clasificar los contratos en típicos y atípicos, ya que las expresiones nominados e innominados, desde un punto de vista semántico, significan con un nombre o sin él. Ahora bien, hay contratos dotados de algún nombre, consagrado por el repetido empleo, y que sin embargo son atípicos, puesto que carecen de reglamentación legal particular. Es el caso, por ejemplo, de los contratos de mudanza, de hospitalización, de talaje, de cuotalitis o iguala,<sup>150 bis</sup> de hospedaje, de opción, de colaboración empresaria (en particular el *joint venture*), de leasing ordinario,<sup>151</sup> de maquila, etc.<sup>151 bis</sup> Sería preferible, por lo tanto, abandonar la terminología contra-

<sup>150 bis</sup> Cfr., la Memoria de Prueba, con calificación sobresaliente, de Renato Maino Schiavetti, *El Contrato de iguala*, U. de Chile, Santiago, 1939.

<sup>151</sup> El leasing habitacional fue regulado en la Ley N° 19.281, de 1991, modificada por la Ley N° 19.401 (Diario Oficial del 28 de agosto de 1995), siendo por lo mismo un contrato típico, de arrendamiento de vivienda con promesa de compraventa.

<sup>151 bis</sup> Sobre el contrato de maquila minera, cfr. caso arbitral Incomin S.A. con Enami. El 31 de marzo de 2003, la Corte Suprema rechazó las casaciones de la empresa estatal. Mis comentarios en I *Revista de Derecho*, Universidad Adolfo Ibáñez (2004), pp. 78 a 80 y nota 20.

tos nominados e innominados, restringiendo esta clasificación a la separación de los contratos en típicos y atípicos.

El Código Civil chileno, sin formular expresamente esta clasificación como lo hacía el Proyecto de 1853, ha tipificado numerosos contratos, como la compraventa, el arrendamiento, la hipoteca, la transacción. Lo mismo vale para el Código de Comercio, v. gr., contratos de seguro, cuenta corriente, fletamento;<sup>152</sup> y para diversas leyes especiales: por ejemplo, la Ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual, reglamentó el contrato de edición; la Ley N° 18.112 reglamentó el contrato de prenda sin desplazamiento sobre bienes muebles; la Ley N° 18.248 reglamentó varios contratos de la minería, como las sociedades mineras y el avío; los Decretos Leyes N°s 1.089 y 1.820 reglamentaron los contratos de operación petrolera, por los cuales un contratista se obliga a explorar y/o explotar yacimientos de hidrocarburos.

Pero es evidente que las partes interesadas pueden celebrar contratos no regulados por el legislador, que ellas moldearán en función de sus intereses en juego. La autonomía de la voluntad subsiste en suficiente medida, como para que su derivado, el principio de la libertad contractual, permita a los cocontratantes que, en conjunto, den a luz contratos no previstos ni normados de antemano por el legislador. La Corte Suprema muchas veces ha reconocido esta situación, que desemboca directamente en el contrato atípico,<sup>153</sup> y cuya única limitación es el respeto

<sup>152</sup> Un contrato determinado, como la compraventa, la fianza, el mandato, etc., puede ser en Chile o contrato comercial o contrato civil. Para ello se atiende, preferentemente, a la calidad de las personas que lo celebran (comerciante o no) y a la enumeración de los actos mercantiles efectuada por el art. 3° del Código de Comercio, con especial referencia al N° 1, inciso 2°, de este precepto. También puede ocurrir que un contrato tenga *doble carácter*, siendo civil para una de las partes y comercial para la otra. Salvo en lo concerniente a las empresas constructoras (art. 3°, N° 20), los contratos sobre inmuebles siempre son civiles. Respecto a la calificación del contrato real de prenda, como civil o comercial y, en general sobre esta última distinción, cfr., nuestro informe precitado en nota 141.

<sup>153</sup> En sentencia de 28 diciembre 1921, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 21, sec. 1ª, p. 391 (reiterada en otras posteriores, v. gr., 14 enero 1947), nuestro más alto Tribunal expresó: los códigos no legislan sobre los muchos y diversos contratos a que puede dar vida jurídica el interés y las necesidades de las personas en sus múltiples relaciones de todo orden y los que se obligan por ellos no están obligados a referir sus estipulaciones a alguna clase determinada. Dentro del principio de la libertad de las convenciones nada hay que se oponga al valor

de las exigencias comunes a todo los actos jurídicos, en especial la licitud del objeto y de la causa.

En 2003, el profesor Ismael Verdugo Bravo presentó un listado de contratos atípicos decantado de la jurisprudencia nacional y extranjera<sup>153 bis</sup>

La doctrina extranjera clasifica los contratos atípicos desde varios puntos de vista.<sup>154</sup> Aquí nos limitaremos a distinguir los contratos atípicos *propriadamente tales* de los contratos atípicos *mixtos o complejos*. Los primeros son contratos inéditos, en el sentido de que en nada o casi nada corresponden a los regulados por el legislador en códigos o leyes especiales. Los segundos son una combinación de dos o más contratos reglamentados en la ley.

Son contratos atípicos *propriadamente tales*, por ejemplo, el contrato de tiempo compartido para el acceso a inmuebles en zonas turísticas o de recreo, los contratos informáticos y numerosos contratos bancarios,<sup>155</sup> el *franchising*,<sup>156</sup> el *know-how* y el *en-*

y eficacia de los que revisten la condición de innominados mientras no pugnen con los preceptos jurídicos de orden público, que corresponden a los actos y declaraciones de voluntad y a las prescripciones generales que reglan toda clase de contratos (considerando 22, fallo de casación). En esta misma sentencia se calificó como innominado el contrato por el cual se cede a otra persona, por un precio determinado, el derecho de explotar por tiempo indefinido el carbón que existe en el fundo del cedente. Otro caso muy interesante sobre contrato atípico, fallado en Chile, es "Mandiola con Mandiola", cfr., *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 7, sec. 1ª, p. 5.

<sup>153 bis</sup> Ver *infra*, el trabajo citado en la nota 334 bis, pp. 80 y 81

<sup>154</sup> Cfr., por ejemplo, Jaime Santos Briz, *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, p. 85. F. Castro Lucini, *Los negocios jurídicos atípicos*. En *Revista Española de Derecho Notarial*, 2° semestre, 1974. Luis Díez-Picazo distingue entre contratos atípicos mixtos, coligados y complejos. Ver en el libro de materiales del profesor peruano Carlos Cárdenas (pp. 397 a 489), identificado más abajo en la nota 218 el trabajo de Díez-Picazo y Ponce de León, y varios otros de reciente data, sobre contratos atípicos. Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los Contratos*. Parte General. Rubinzal Culzori, Editores, Buenos Aires, 2004, pp. 228 y ss.

<sup>155</sup> Cfr., Juan M. Farina, *Contratos Comerciales Modernos*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1993, N°s 506 y s. Al margen de los contratos informáticos, en este libro se exponen otras numerosas figuras atípicas novísimas. Cabe indicar que el derecho bancario es rico en contratos atípicos de reciente aparición. Sobre esta materia la bibliografía extranjera es abundante. Fuera de la obra clásica de Joaquín Garrigúes, *Contratos Bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975, puede aquí mencionarse el libro de Hildebrando Leal Pérez, *Contratos Bancarios*, Bogotá, 1990, y la obra colectiva *Contratos*



*engineering*.<sup>157</sup> Son en cambio, contratos mixtos o complejos, v. gr., el contrato de hotelería u hospedaje que, simplificando las cosas, es una mezcla de arrendamiento del goce de un recinto (habitación para el alojamiento), de arrendamiento de servicios materiales (el aseo, la alimentación) y de depósito (del equipaje). Así, el contrato de coche-cama es un contrato de transporte por ferrocarril a larga distancia, al que va unido el hospedaje en un pequeño dormitorio dispuesto especialmente en un vagón del tren. Así, el *leasing*<sup>158</sup> con frecuencia se analiza como un arrendamiento con promesa u opción de compra.

*Bancarios*, correspondiente a un Curso Superior de Contratación Bancaria, Ed. Civitas, Madrid, 1992. Sobre contratos bancarios, véanse también las publicaciones del profesor chileno Ricardo Sandoval López, en particular "Nuevas operaciones bancarias y financieras", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 197, enero-julio 1995, pp. 188 y s., y su libro *Derecho Comercial*, tomo IV (Operaciones Mercantiles), Editorial Jurídica de Chile, 1994, en el cual trata, entre otros, los contratos de tarjeta de crédito bancaria, el *factoring*, el *underwriting* y el *leasing*.

<sup>156</sup> Sobre contratos de distribución de bienes y de servicios, en particular respecto a la técnica del *franchising*, ver la Memoria de Prueba de Sonia Maldonado Calderón, en la cual por primera vez se expuso esta materia contractual en Chile, además relacionándola con la legislación protectora de la libre competencia: *La comercialización de productos y servicios a través del contrato de franchising*, Universidad Católica de Valparaíso, 1983. Ver también el libro de la profesora Sonia Maldonado, *Contrato de Franchising*, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

<sup>157</sup> Sobre el contrato de *know-how*, cuya gigantesca aplicación en el mundo industrial en los últimos años está relegando a segundo plano a los regímenes tradicionales de patentes o propiedad industrial, menciono como bibliografía elemental el libro de J. M. Mousseron, *Le know-how*, editado en Francia, en 1972, por Cahiers de Droit de l'Entreprise. También la obra colectiva *Nouvelles Techniques Contractuelles*, Libraries Techniques, Montpellier, 1970, que corresponde a la versión escrita de las terceras jornadas de actualidades del Derecho de la empresa, celebradas en 1970, en las cuales se hizo hincapié en los contratos de *engineering*, *franchising*, *leasing* y *know-how*. Sobre estos y otros contratos comerciales de reciente desarrollo, en la bibliografía chilena destacan los trabajos del profesor Ricardo Sandoval, precitados en nota 155. Al igual que el libro del profesor Álvaro Puelma Accorsi, *Contratación Comercial Moderna*, Editorial Jurídica de Chile, 1991. Véase, además, el libro de José Luis Bravo Ortiz, *Nuevos Contratos Tecnológicos*. Ed. Cono Sur, Santiago de Chile, 1996.

<sup>158</sup> Sobre el contrato de *leasing*, la bibliografía es vasta. Para circunscribirnos a tres Memorias de Prueba chilenas, mencionaremos: Carlos Carmona Gallo, *Contrato de leasing financiero*, 1979, publicada por la Editorial Jurídica de Chile; María Angélica Olgui Dinator, *La noción del leasing para los efectos de su divulgación en*

El contrato atípico, de acuerdo al artículo 1545 del Código Civil, también es una ley para las partes, o sea tiene plena fuerza obligatoria. El contrato atípico no plantea problema particular de obligatoriedad, puesto que respecto al número de los contratos éstos son ilimitados, sin que pueda siquiera imaginarse un *numerus clausus*. El problema de los contratos atípicos es otro: ¿Cómo quedan regulados sus efectos, si las partes no previeron las dificultades sobrevinientes? Vale decir que el problema es determinar la legislación supletiva por la cual se rigen.

Todo contrato se rige por las normas establecidas por el legislador para las Obligaciones (incluidas las normas que conciernen a los actos jurídicos y a los contratos en general). Frente a las controversias específicas que engendran los contratos, dichas normas suelen ser insuficientes. Los contratos típicos se rigen además por las reglas particulares que configuran la reglamentación legislativa de cada uno de ellos. En estas reglas particulares, si nada diverso han previsto las partes, es habitual que el sentenciador encuentre la norma que, aplicada a los hechos, le permitirá dirimir la controversia.

La dificultad se presenta en los contratos atípicos, si las partes no han sido previsoras, estableciendo reglas de creación autónoma para las controversias que después acaezcan, pues la ausencia de reglamentación legal particular conduce a un limbo. No hay norma, ni legal ni contractual, que resuelva la dificultad. El criterio que se ha impuesto para superar este inconveniente es el de la asimilación del contrato atípico al contrato o contratos típicos más parecidos, a fin de aplicarle al primero las reglas legales de los últimos.

Esta asimilación o encasillamiento del contrato atípico en uno o más contratos típicos es una operación que se reduce a *calificarlo*. La calificación de un contrato consiste en establecer su naturaleza jurídica, encuadrándolo en alguno de los tipos definidos por la ley, sobre la base de la esencia de las circunstancias que

Chile, 1976; Ricardo Abuaud Dagach, *Principales aspectos tributarios del contrato del leasing*, UCV, 1982. Véanse, además, Antonio Ortúzar Solar, *El Contrato de Leasing*, Editorial Jurídica de Chile, 1990 y Ricardo Sandoval López, libro citado en nota 155.

configuran el contrato, prescindiendo de la denominación que las partes hayan empleado. La calificación de los contratos es una cuestión de derecho, de manera que, a diferencia de las cuestiones de hecho, la Corte Suprema puede revisarla por la vía del recurso de casación en el fondo. Al menos como regla general, la calificación de un contrato presupone que sea interpretado, fijándose, en países como el nuestro, la intención de las partes contratantes.

La principal importancia de la calificación de un contrato reside en que por ella se determina la legislación supletoria o supletiva de la voluntad de las partes, que deberá aplicarse a todo lo no previsto por los contratantes. En el caso del contrato atípico, asimilado éste al o a los contratos típicos que más se le asemejen, en definitiva la normativa supletoria resultará de los modelos reglados *a priori* por el legislador.

Si la equidad y la analogía son los dos elementos clásicos que sirven para integrar o zanjar las lagunas del Derecho, en el estado actual de la elaboración chilena en torno al contrato atípico, tanto doctrinal como jurisprudencial, parecería que la primera es enteramente desplazada por la segunda. Las lagunas contractuales en los contratos atípicos, se dirimen recurriendo a las normas de los contratos más parecidos, es decir, por analogía.<sup>159</sup>

Pero no siempre un determinado contrato atípico tendrá idéntica calificación. Es lo que acontece con las *convenciones proteiformes* o multiformes, por ejemplo las celebradas entre un médico y su paciente. Como bien expresa el profesor Vicente Acosta Ramírez, "dada la multiplicidad de hipótesis que pueden surgir en las vinculaciones entre facultativo y paciente, cada situación examinada en relación con sí misma podrá ser un mandato, un arrendamiento de servicio, un arrendamiento de obra, o bien

<sup>159</sup> Acaso la equidad juegue también un *papel real*, aunque *oculto*, en la solución de controversias contractuales, por la vía de interpretación del contrato (una cosa es la apariencia y otra la realidad de los fallos). Sobre las relaciones entre interpretación y calificación contractuales y sobre la distinción clásica, aunque muy oscura, entre cuestiones de hecho y de derecho, cfr., nuestra Memoria de Prueba, *Interpretación y calificación de los contratos frente al recurso de casación en el fondo en materia civil*, Editorial Jurídica de Chile, 1966. También sobre estos puntos, *infra*, cuarta parte, capítulo tres.

un negocio atípico o innominado.<sup>160</sup> En igual sentido se pronuncia el profesor don Eduardo Court Murasso.<sup>161</sup>

## 26. CONTRATOS DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA, DE EJECUCIÓN DIFERIDA Y DE TRACTO SUCESIVO

Contratos de ejecución instantánea o de una sola ejecución son aquellos en los cuales las obligaciones se cumplen apenas se celebra el contrato que las generó. El contrato nace y se extingue simultáneamente, quedando las partes liberadas de inmediato. El ejemplo típico es el del contrato de compraventa de cosa mueble al contado: en el mismo momento de la formación del consentimiento, el vendedor entrega la cosa vendida y el comprador paga el precio estipulado; el cambio se produce *pasando y pasando*. En estos casos, lo normal es que con el pago el contrato quede definitivamente agotado. Pero después pueden surgir problemas, recobrando vigencia la convención, como, por ejemplo, si la cosa vendida es reivindicada por un tercero que se presenta como el verdadero dueño o si la cosa padeciere de vicios ocultos o redhibitorios, ya que sólo entonces se patentiza y cobra todo su interés la obligación de saneamiento a cargo del vendedor.

Contratos de ejecución diferida son aquellos en los cuales alguna(s) obligación(es) se cumple(n) dentro de un plazo. A veces el plazo es tácito, o sea, viene impuesto por la naturaleza misma de las cosas, ya que la obligación creada por el contrato es imposible que sea pagada al instante mismo de la formación del acto jurídico. Si se celebra un contrato de construcción o un arrendamiento para la confección de una obra material, es obvio que el artífice precisa un plazo, aunque nada se diga. Con más frecuencia, el plazo, del cual depende el momento del cumplimiento, es expresamente pactado por las partes, en calidad de cláusula accidental del contrato.

<sup>160</sup> *De la Responsabilidad Civil Médica*, libro, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 101.

<sup>161</sup> "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil médica a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacionales". Ponencia presentada en Jornadas de Derecho Privado, Universidad de Concepción, noviembre 1996.

## CAPÍTULO VII

### CONTRATO DE SUMINISTRO

#### 70. *Origen*

El negocio actualmente denominado contrato de suministro o aprovisionamiento, se ha practicado desde antigua data, tanto en actividades reguladas por el Derecho Público como por el Derecho Privado. En efecto, era corriente que una persona, generalmente un comerciante o industrial, se obligara a suministrar en forma permanente e indefinida o por tiempo determinado ciertas cosas al Fisco, al Ejército o a otro particular, por el pago de una retribución determinada generalmente por un precio por unidad.

Sin embargo, hasta el presente siglo no había claridad en la doctrina y en las legislaciones en lo que respecta a su naturaleza jurídica. Como ejemplo de esta falta de claridad podemos citar la opinión del comercialista italiano del siglo pasado David Supino, en cuanto señala que mediante este contrato, que denomina también de abastos, una persona contrae la obligación de proporcionar a otra durante un tiempo determinado o indeterminado las cosas convenidas a título de venta o arrendamiento mediante retribución. No diferencia Supino suficientemente el suministro propiamente tal de la compraventa y de los contratos preliminares que pueden anteceder a la venta.

Desde finales del siglo pasado se fue acentuando la necesidad de contar con alguna forma contractual para regular las relaciones entre las partes derivadas de nuevos bienes que entraban en el mundo de las transacciones comerciales. En efecto, tal necesidad se originó en razón de que adelantos económicos, científicos y técnicos posibilitaron el empleo masivo de fuentes de energía, tales como la electricidad, y nuevas formas de comunicación, como teléfono, telégrafo, télex, fax. También es concausa de tal tendencia

la incorporación creciente de la población al goce de las ventajas materiales en aspectos tales como los sanitarios, entre ellos los servicios de alcantarillado y agua potable, que ha importado la civilización moderna; que también requieren de otras formas de contratación.

La figura jurídica que la ciencia jurídica y las prácticas indicaron como más adecuada para la concertación y pactos derivados de las situaciones planteadas precedentemente, fue el llamado contrato de suministro, que cobró nueva y reconocida actualidad y al cual se le dio fisonomía jurídica más concreta.

El Código Civil italiano del año 1942 se ocupó del contrato de suministro. Siguiendo dicho Código una corriente doctrinaria anteriormente existente, lo configuró con las características modernas que hoy se le reconocen. La tendencia iniciada por el Código italiano fue seguida por otras legislaciones y por gran parte de la doctrina y jurisprudencia modernas, tanto nacionales como extranjeras.

En el Derecho Administrativo, la institución, bajo la denominación de contrato de aprovisionamiento, ha evolucionado y se encuentra reglamentada; pero en esta rama del Derecho, que mira fundamentalmente a la defensa del interés fiscal y a la no discriminación arbitraria en materia de contrataciones del Estado con particulares, no existe mayor distinción entre la compraventa con entregas diferidas y el verdadero contrato de suministro, como se visualiza según las doctrinas modernas del Derecho Privado.

#### 71. *Ambito de nuestro estudio y sistema de desarrollo del tema*

El estudio integral del contrato de suministro excede de los límites de nuestro trabajo. Por el fundamento recién comentado limitaremos nuestro examen al negocio del suministro no especialmente reglamentado por el legislador, excluyendo, por tanto, el contrato administrativo de aprovisionamiento y las normas aplicables a situaciones especiales, tales como las relativas a servicios eléctricos, telecomunicaciones y agua potable.

Además, por la peculiar génesis de la institución en estudio, que hemos esbozado en el número anterior, especialmente en cuanto a la nueva elaboración doctrinaria del instituto que inicia el Código italiano, deberemos variar el método de análisis que hemos empleado al tratar otros contratos. Por ello, en esta oportunidad, primero examinaremos lo legislado en Chile sobre el suministro, luego expondremos la situación doctrinaria en cuanto a su natu-

raleza jurídica, para terminar examinando los diversos aspectos del suministro según lo entiende la doctrina moderna frente al ordenamiento jurídico chileno.

#### 72. *Legislación, jurisprudencia y doctrina chilenas relativas al suministro*

Los Códigos Civil y Comercial, acordes con los tiempos en que ellos se dictaron, no reglamentaron el contrato de suministro. Sólo en el N° 7° del art. 3° del Código de Comercio se enumeran, dentro de los actos de comercio, "las empresas de provisiones o suministros".

Nuestra legislación impositiva (en la especie, la Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios contenida en el D.L. 825, del año 1974) sólo se refiere al tema en el N° 4 de la letra A de su art. 12, para declarar exento de impuesto el suministro alimenticio en ciertos casos que la norma regula, precepto que derogó la Ley 18.768.

Las legislaciones especiales, tales como la Ley General de Servicios Eléctricos, contenida en el D.F.L. N° 1, del año 1982, y de la Ley General de Servicios Sanitarios, contenida en el D.F.L. N° 382, del año 1989, aunque se refieren al suministro, no establecen reglas que normen los derechos y obligaciones de las partes, sino que más bien versan sobre el carácter de contrato dirigido por el Estado de estas clases de suministro, que deriva de la situación monopólica que tiene el oferente del Servicio frente al público consumidor. Vale decir, estas leyes más reglamentan la intervención estatal en materia de tarifas y de exigencias de buen servicio, que en relación al contrato mismo de suministro.

En cuanto a la jurisprudencia, existen pocos fallos conocidos. Entre ellos se encuentra un fallo de la Corte Suprema del año 1921, muy criticado por don Luis Claro Solar, que calificó el suministro eléctrico de "arrendamiento de servicios" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XIX, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 1, y misma Revista, 1ª parte, sec. 1ª, pág. 5).

Respecto a la doctrina nacional, como lo indicamos en la bibliografía, ha habido escaso interés sobre el tema. Don Julio Olavarría al tratar el N° 7° del art. 3° del Código de Comercio, que mercantiliza las empresas de suministros, expresa: "Tanto la doctrina como la jurisprudencia chilenas tienen sobre los contratos de provisiones y suministros un concepto confuso que convendría explorar". Sin embargo, cabe acotar que quien trata más latamente el tema es don Arturo Davis en su obra *La Compraventa Comercial*.

O sea, no existe en Chile reglamentación legal general del contrato de suministro, y menos aún jurisprudencia y doctrina suficientes.

### 73. *Situación doctrinaria del contrato de suministro*

El suministro en la doctrina es considerado por algunos como un contrato atípico y por otros una modalidad o especie diferenciada de venta, pero con características propias.

El art. 1559 del Código Civil italiano define el suministro como el contrato por el cual una de las partes se obliga mediante un precio a ejecutar a favor de la otra prestaciones (periódicas o continuadas) de cosas.

El objeto de las prestaciones debidas son cosas, excluyéndose expresamente los servicios. El concepto de cosas, en el Derecho italiano y para los efectos del suministro, no es equivalente al de bienes, los que pueden clasificarse, en nuestro Derecho, en corporales o incorporales, raíces o muebles. Las cosas susceptibles de ser objeto de las prestaciones en el contrato de suministro según el Código Civil italiano lo serían las corporales muebles, pero incluyéndose en ellas los diversos tipos de energía, tales como las provenientes de la electricidad, del magnetismo, los rayos láser y térmicos, calóricos, etc. No obstante, cabe hacer constar que algunos Códigos modernos, como el colombiano, incluyen en el contrato de suministro, prestaciones periódicas o continuadas de servicios (art. 968 del Código de Comercio colombiano).

La obligación del suministrante de efectuar prestaciones periódicas o continuadas de cosas, puede no ser de determinada cantidad, porque el suministro normalmente es indefinido, pues su fin es satisfacer necesidades variables del suministrado. A su vez y como consecuencia de la característica anterior, la retribución en este contrato normalmente se determina por unidades suministradas y no en una cantidad fija. Por ejemplo, la tarifa que determina el precio del suministro eléctrico es por kilovatio hora consumido, el de un contrato de suministro de alimentación, un valor por cada almuerzo o colación, etc.

Se agrega por algunos otra posible característica del suministro derivada de la fungibilidad que generalmente revisten las cosas sobre las cuales versa. Esta característica consistiría en que el suministro por tal motivo no constituiría un título traslativo de dominio de las cosas suministradas, ello por causa de que la finalidad perseguida por las partes en este contrato no sería transferir

dominio sino precisamente el suministro periódico o continuado de cosas para fines de consumo.

Si la prestación jurídica consistiera en el uso y goce de cosas que es necesario restituir al término del contrato, habría un arrendamiento de cosas.

Además, debe destacarse que el contrato de suministro, por su propia naturaleza, se realiza en el tiempo y es por tanto de tracto sucesivo. Se cumple este contrato en el tiempo mediante prestaciones diferenciadas. Ello origina que no es posible su resolución con efecto retroactivo, sino simplemente su terminación con efecto futuro. De otro lado, en caso de nulidad, no es físicamente posible, en la mayor parte de los casos, la restitución en especie de lo suministrado, pues está consumido.

La importancia jurídica de reconocer a este contrato una fisonomía propia, diversa de la compraventa, incide en que de esta manera se supera un problema jurídico que se presenta si se le considera compraventa. Este problema incide en que es difícil sostener la validez como tal por no cumplirse en el suministro con el elemento esencial de la compraventa que exige la determinación de la cosa vendida.

Además, debe tenerse presente que también constituye un obstáculo para considerar el suministro como una compraventa, la circunstancia que no le son aplicables las normas de dicho contrato en materia de efectos de las acciones de resolución, especialmente en cuanto a efectos retroactivos, a lo que ya nos hemos referido.

### 74. *El suministro y las prácticas chilenas*

En nuestros medios comerciales no se utiliza demasiado sobre el contrato de suministro o aprovisionamiento. Muchas veces se titulan como suministro o aprovisionamiento, contratos u operaciones que podrían ser calificadas de arrendamiento de servicios o de compraventas con entrega diferida o en cuotas. Interesa entonces precisar la verdadera naturaleza jurídica de la institución en examen frente a nuestro ordenamiento jurídico, para poder colaborar a un perfeccionamiento en nuestras formas de contratación.

### 75. *Naturaleza jurídica del suministro en el Derecho chileno*

Cualquiera que sea la denominación que empleen las partes, si un acto concreto contiene y cumple con los elementos esenciales que

la ley establece para calificarlo como un acto o contrato típico, debe concluirse que dicho acto tiene la naturaleza jurídica que señala la ley y no aquella que pudiera derivarse de la errada calificación que puedan haberle dado las partes. Esta conclusión es ineludible en nuestro Derecho precisamente en obediencia a la norma legal que establece tales elementos esenciales.

Por las razones anotadas y en mérito de lo prescrito en los arts. 1915 y 2006 del Código Civil, si en una operación determinada, cualquiera sea la denominación que le den las partes, la obligación de efectuar prestaciones por el pago de un precio consiste en hacer algo, o en prestar algún servicio, nos encontramos en presencia de un contrato de arrendamiento de servicios, en sus diversas formas según el servicio de que se trate, entre ellas la *locatio operis* o confección de obra material. A su vez, si la prestación consiste en el uso y goce de una cosa, que debe restituirse, habrá arriendo de cosa, en virtud de los preceptos ya citados.

Si en un negocio las prestaciones consisten en la entrega de cosas, sea para su comercio o reventa, o para cualquier otro fin, pero existe un precio determinado o determinable, sea por el contrato o la ley, y de otro lado las cosas objeto del mismo, a su vez, también están determinadas en especie o género y cantidad, habrá que calificar dicho negocio como compraventa, con entrega diferida o a plazo, o de cosa futura, o como un contrato de confección de obra calificado de compraventa, todo en virtud de lo prescrito en el art. 1793 del Código Civil.

Sostenemos entonces que en Chile sólo cabrá estimar un contrato como de suministro propiamente tal, diverso de la compraventa y del arrendamiento, si en este acto no se cumple con los elementos esenciales de un contrato reglado por la ley, y además concurren características propias que lo diferencian de los contratos normados.

Sostenemos que existe un contrato de suministro distinto de la compraventa o arrendamiento si el negocio presenta las siguientes características:

Las prestaciones pactadas deben tener el carácter de continuas o periódicas y además deben consistir en la obligación de proporcionar cosas muebles o al menos materiales, incluidas entre ellas las diversas formas de energía. Estas últimas evidentemente deben ser consideradas como cosas materiales y no ideales. La periodicidad o continuidad de las prestaciones recién comentada le confiere asimismo al negocio su carácter necesario de contrato de tracto sucesivo.

Las cosas materia de la prestación deben estar precisadas en especie o género. Sin embargo, no deben estar determinadas en

cantidad, sin perjuicio de poderse estipular una cantidad máxima y/o una mínima, sin que el negocio degenera en compraventa. Además, las cosas deben consumirse y/o al menos transferirse en dominio al suministrado, pues si existe obligación de restitución el contrato es de arrendamiento de cosas.

Generalmente el precio, en estos contratos, está determinado por unidad de cosa o prestación, pero es concebible un contrato de suministro a precio alzado o fijo, siempre que se cumpla con los dos requisitos antes anotados, pues en tal situación tampoco existiría compraventa o arrendamiento.

### 76. Concepto y elementos esenciales

De acuerdo a lo expresado en los números anteriores, podemos dar un concepto del contrato de suministro ajustado a nuestra normativa jurídica. Podemos expresar, entonces, que el suministro es un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a efectuar prestaciones periódicas o continuadas de cosas materiales en favor de otra persona, para su consumo o a título traslativo, por una retribución.

Los elementos esenciales de este contrato serían:

- a) Existencia de la obligación de retribuir al suministrante por las prestaciones a que está obligado. Normalmente esta retribución se determina por unidad, pero es admisible, sin desnaturalizar el contrato, que se estipule una contraprestación única. La retribución puede consistir en el cumplimiento de cualquier obligación de dar o hacer, sea de dinero, especie o prestaciones de servicios.
- b) Existencia de la obligación correlativa de obligarse a la realización de prestaciones periódicas o continuadas. El contenido de estas prestaciones debe precisarse en cuanto a su naturaleza en el contrato, pero no deben estar determinadas respecto a su cantidad, sin perjuicio de la fijación de mínimos y/o máximos o que a las prestaciones en cuanto sean diversas a dichos mínimos o máximos se les apliquen otras tarifas. Cuando se trate de prestaciones periódicas, no continuas, habrá que precisar los períodos en que corresponde realizar las prestaciones.

Si tanto la retribución y las prestaciones a suministrar están determinadas en cantidad, para nuestro Derecho hay compraventa o permuta, por concurrir los elementos esenciales de tales contratos.

c) El objeto de las prestaciones continuas o periódicas debe recaer sobre cosas de carácter material. Por tanto, no debe consistir en obligaciones de prestar meros servicios u otras obligaciones de hacer, pues en tal evento, y existiendo pactado precio, el contrato degenera en alguna de las formas del arrendamiento de servicios. Consideramos como "cosa material" aquella que corresponda al concepto opuesto a cosa ideal, intelectual o meramente jurídica, tal como los derechos. Dentro del concepto de cosa material, y para estos efectos, consideramos comprendidas las diversas formas de energía eléctrica, lumínica, calórica, atómica y otras, que según la ciencia pueden considerarse materiales por poseer al menos algunos caracteres de las cosas, por estar formadas por átomos, tener peso atómico, electrones, protones y neutrones y otras características indicativas que forman parte del universo material.

d) Las prestaciones de cosas deben hacerse a título traslativo de dominio, de modo tal que si el suministro no las consume tenga derecho a apropiarse de ellas. Si dichas prestaciones sólo consisten en el uso y goce de cosas, que deben restituirse, y se paga un precio, estaremos en presencia de un arrendamiento de cosas.

### 77. Efectos y extinción del suministro

Las obligaciones que genera el suministro son:

a) Para el suministrado: pagar la retribución de la manera estipulada o en la forma usual. Esta última afirmación la sustentamos porque en todo contrato se entienden incorporados los usos relativos a su ejecución, en virtud del principio de la buena fe que establece el art. 1546 del Código Civil.

b) Para el suministrante: queda obligado a efectuar las prestaciones de cosas materiales en la forma y términos convenidos. El art. 1560 del Código Civil italiano agrega que, salvo pacto en contrario, la cosa suministrada debe ser idónea por su calidad y cantidad para satisfacer las necesidades ordinarias del suministrado. Esta norma también la estimamos aplicable en nuestro medio, en virtud de que los contratos no sólo obligan a lo expresamente estipulado, sino también a aquello que se entiende formar parte del mismo por la buena fe que debe imperar en la contratación y que establece el art. 1546 del Código Civil. No habría tal buena fe si el suministrante pudiera cumplir legítimamente su obligación entregando cosas no idóneas para satisfacer las necesidades del suministrado.

En cuanto a la extinción del suministro, se aplican las reglas generales de los contratos, con la acotación de que, por tratarse de un contrato de tracto sucesivo, siempre termina, produciendo efectos sólo hacia el futuro, sin que admita efectos retroactivos, que no se compadecen con el carácter periódico que tienen las prestaciones de este contrato.

### 78. Caracteres

Con respecto a los caracteres del suministro podemos expresar:

Para los que consideramos al suministro como un contrato diverso al de compraventa tendría éste la característica de atípico, pues no está reglamentado por el legislador. Para la otra corriente doctrinaria el contrato sería una compraventa con modalidades especiales.

En relación a su perfeccionamiento, el suministro es consensual aun para aquellos que sustentan la tesis de la compraventa, ya que no versa sobre inmuebles.

Tampoco son discutibles los caracteres de contrato de tracto sucesivo y principal que tiene el suministro en atención a su naturaleza y porque su vigencia no depende de la existencia de otro acto.

En cuanto a la posibilidad de caracterizarlo de bilateral o unilateral o de contrato normativo o reglamento, cabe acotar que salvo modalidades, el suministro al momento de su celebración sólo acarrea obligaciones para el suministrante, que se hacen efectivas al momento de requerirse el consumo por el suministrado. Una modalidad del suministro que le quita su carácter unilateral inicial es la exigencia de pago de una cantidad mínima aunque no haya efectivo suministro. En todo caso, habiendo prestaciones periódicas, ellas se miran como equivalentes a la retribución convenida. Es posible decir entonces que el contrato puede nacer como unilateral y normativo, para luego en su ejecución transformarse en bilateral y conmutativo.

Desde el punto de vista económico el instituto en examen, sólo para el suministrado puede ser considerado como contrato preparatorio. Ello podrá ocurrir si no detenta la calidad de un consumidor final. Por ejemplo, si se trata de un industrial y/o intermediario que requiera de un suministro para su posterior enajenación, sea incorporado en productos o no.

El suministro, para nosotros, además constituye título traslativo de dominio en favor del suministrado, de las cosas materiales objeto del contrato. Afirmamos lo anterior, pues si las cosas no se consumen y existe obligación de restitución de ellas, el contrato

sería un arrendamiento de cosas, según ya lo hemos explicado. Pensamos que el suministro habilita para adquirir el dominio de las cosas suministradas, que es lo característico de un título traslativo. Asimismo, cabe considerar que puede darse el caso, aun tratándose de energía, que ella se conserve y no se consuma por el suministrado. En efecto, éste la puede enajenar a terceros, por ejemplo si con la energía eléctrica suministrada carga baterías o pilas que se vendan posteriormente.

### 79. Comparación del suministro con figuras afines

a) Con la compraventa. Presenta el suministro relaciones estrechas con la compraventa. Los que creemos que el suministro debe ser considerado un contrato con fisonomía propia, debemos no obstante reconocer que el suministro deriva históricamente de la compraventa.

Para otra parte de la doctrina el suministro es una modalidad de la compraventa.

Las diferencias jurídicas más notables entre las dos instituciones se refieren a que en la compraventa la cosa debe ser determinada en cantidad, mientras que en el suministro no debe existir tal determinación. Además, cabe acotar que el suministro es siempre un contrato de tracto sucesivo, por requerir, como elemento de su esencia, prestaciones periódicas o continuas de cosas materiales. La compraventa, por su lado, es un contrato de ejecución instantánea, sin perjuicio de poder diferirse mediante plazos o condiciones tanto la obligación de pago del precio como aquella de entrega de la cosa.

b) Con el arrendamiento de servicios. La diferencia fundamental entre ambos contratos incide en la sustancia de sus respectivas prestaciones. En el suministro ella está constituida por cosas materiales, indeterminadas en cuanto a su cantidad. En el arrendamiento de servicios, las prestaciones debidas constituyen labores y/o obligaciones de hacer. Ello ocurre aun en el contrato de confección de obra material, calificado de arrendamiento; pues el locatario en tal caso incorpora su labor a los materiales proporcionados por el arrendador.

c) Se diferencia, para nosotros, el suministro del arrendamiento de cosas, en cuanto éste otorga al arrendatario sólo el uso y goce de las cosas arrendadas, que debe restituir al término del contrato, mientras para el suministrado el suministro representa un título

traslativo de dominio, sin perjuicio de que en la mayoría de los casos las cosas proporcionadas se consuman.

d) Se diferencia el suministro, claramente, de los contratos preliminares tales como la promesa, la opción, el cierre de negocios, la agencia o representación, porque el suministro es jurídicamente un contrato definitivo, no preparatorio, sin perjuicio de ser considerado como contrato preparatorio, desde un punto de vista económico, para el suministrado en ciertos casos, como lo explicamos en el número anterior.

### 80. Examen de formulario

Con el N° 12 se incluye un anexo con formulario de este contrato para su estudio.

## BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO VII

### SOBRE SUMINISTRO

- BARBERO, DOMENICO: *Sistema de Derecho Privado*, tomo IV, "Contratos", N°s 754 y siguientes, págs. 80 y siguientes. Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1967.
- CANO RICO, JOSE R.: *Manual Práctico de Contratación Mercantil*, tomo I, págs. 145 y siguientes. Ed. Tecnos, Madrid, 1985.
- CLARO SOLAR, LUIS: Artículo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XIX, 1ª parte, sec. 1ª, pág. 5.
- DAVIS, ARTURO: *La Compraventa Comercial*, tomo II, N°s 84 y siguientes, págs. 167 y siguientes. Ed. Samver, Buenos Aires, 1969.
- GARRIQUES, JOAQUIN: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo IV, págs. 95 y siguientes, 7ª edición. Ed. Temis, Bogotá, 1987.
- LANGLE Y RUBIO, EMILIO: *El Contrato de Compraventa Mercantil*, págs. 191 y siguientes. Ed. Bosch, Barcelona, 1958.
- MESSINEO, FRANCISCO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo V, N° 142, págs. 151 y siguientes. Ed. Jurídica Europa-América. Buenos Aires, 1955.
- OLAVARRIA, JULIO: *Manual de Derecho Comercial*, N° 99, págs. 112 y siguientes, 3ª edición. Imprenta Clarasó, Barcelona, 1970.



- PALMA ROGERS, GABRIEL: *Derecho Comercial*, tomo I, págs. 96 y siguientes. Ed. Nascimento, Santiago, 1940.
- SUPINO, DAVID: *Derecho Mercantil*, tomo I, N<sup>os</sup> 213 y siguientes, pág. 250. Ed. España Moderna, Madrid, sin fecha.
- VASQUEZ DEL MERCADO, OSCAR: *Contratos Mercantiles*, 2<sup>a</sup> edición, págs. 170 y siguientes. Ed. Porrúa S.A., México, 1985.

### 81. *Origen y su introducción en Chile*

El leasing es un negocio comercial cuya utilización masiva se generó en el presente siglo en los Estados Unidos de América para luego extenderse por el resto del mundo.

El leasing facilita el comercio, pues importa una nueva fórmula de contratación que se agrega como otra posibilidad a las tradicionales, tales como ventas y arrendamientos.

Esta nueva forma de contratación se considera especialmente adecuada para negocios que versen sobre mercaderías susceptibles de sufrir rápida obsolescencia, derivada de los acelerados adelantos tecnológicos que caracterizan nuestra época; que a su vez provocan la tendencia al reemplazo o sustitución de estos bienes obsoletos por otros más modernos y eficaces.

Además, se ha considerado que la institución en estudio puede presentar en ciertos casos ventajas, en cuanto resguarda en mejor medida que los medios tradicionales los derechos del acreedor. En efecto, el acreedor es dueño de la mercadería en el leasing; y en la venta a plazo, se ha desprendido del dominio.

De otro lado, la operación de leasing se contabiliza y acarrea consecuencias tributarias diversas de la compra o arriendo tradicional. En ciertas situaciones, estas diferencias han sido un factor decisivo para preferir el leasing a otras formas de contratación.

Cabe acotar que su uso se expandió en los Estados Unidos en materia inmobiliaria y financiera aparte de su ámbito propiamente comercial.

En Chile, el empleo masivo del leasing data de los últimos quince años. Inicialmente hicieron uso de él las firmas importadoras de artículos cibernéticos y de computación, para comerciar

sus productos, a imitación de sus congéneres en el resto del mundo. Más adelante, mediante los tipos de leasing llamados leasing financiero y lease back, se empleó la institución en estudio como una forma de intermediación financiera.

## 82. *Ventajas comerciales*

Para la mejor comprensión de este negocio, parece conveniente, antes de entrar de lleno a la parte jurídica, explayarnos sobre las razones comerciales o ventajas que han originado su introducción y empleo, sin perjuicio de lo ya expuesto y lo que exponemos más adelante.

El leasing en uso en nuestro medio puede describirse como una operación en la cual confluyen efectos de un arrendamiento de una cosa unido a una opción de compra. El goce de la cosa es por término fijo. Una de las características comerciales del leasing es que la renta total representa el valor comercial de la mercadería, menos el precio de la compra cuya opción se otorga. Este último precio importa una cantidad equivalente a la última cuota o valor residual, con el cual se completa el valor total de la mercadería o cosa dada en leasing. O sea, técnicamente el valor total del leasing (arriendo más opción de compra) debiera ser equivalente al precio de mercado del mismo bien vendido a los plazos equivalentes a aquel de las rentas del leasing. La posible ventaja de su uso respecto de la venta es, por tanto, cualitativa y no cuantitativa.

La conveniencia de operar con el leasing debe aquilatarse comparándola con las ventajas de operar mediante la compra de la misma especie con pago del precio a plazo, con abstracción del aspecto cuantitativo.

De un lado, debe tenerse presente que la cantidad pagada por el uso y goce en el leasing se puede rebajar como gasto en las cuentas operacionales de resultado, aunque se trate de un bien de capital. En caso de compra de bienes de capital cuyo precio es diferido, lo pagado constituye contablemente una inversión, que no corresponde rebajar de los resultados y sólo es susceptible de depreciación. El precio en este caso en la parte no pagada es contablemente un pasivo exigible. Si se ejerce la opción de compra, la mercadería recibida en leasing sólo aparecerá en la contabilidad en su valor de adquisición que representa el valor residual, o sea, en la práctica, gran parte del valor del bien se rebajó con cargo a resultados y su valor contable definitivo sólo será real en bienes de notable obsolescencia o desgaste, con las consecuencias tributarias

pertinentes en caso de enajenación del bien a un mayor precio que el contabilizado reajustado.

En cuanto a riesgos, cabe desde ya anotar la situación desmedrada del arrendatario en caso de quiebra de su arrendador antes del ejercicio de la opción de compra, pues puede perder la mercadería y lo pagado, lo que no ocurre en caso de compra.

Cabe entonces acotar que el leasing incorpora al mercado otro medio de contratación, que no reemplaza a la compraventa o al arrendamiento, pero que, en determinadas circunstancias, puede ser más conveniente para las partes, o una de ellas, convenir el negocio bajo la forma del leasing y no mediante compraventas o permutas. Algunas de tales ventajas las hemos señalado precedentemente. Las otras podrían ser la situación del deudor, su estado de caja, etc.

## 83. *Plan de desarrollo*

Entre los negocios que realizan las empresas dedicadas a operar con leasing, se encuentra el denominado "renting". Por ello, algunos autores han considerado el renting como un tipo de leasing. Sin embargo, jurídicamente no es así. El renting podrá ser un negocio comercialmente relacionado con las actividades de una empresa que opera con el leasing, pero jurídicamente sólo es un tipo o modalidad del arrendamiento de cosas, con marcadas diferencias con el leasing. Por estas razones trataremos en forma diferenciada estas dos clases de operaciones.

### A. EL LEASING PROPIAMENTE TAL

## 84. *Descripción*

Entendemos por leasing una operación en virtud de la cual una persona entrega a otra, por un tiempo determinado, una cosa a título de mera tenencia, para su uso y goce, por el pago de un precio o renta periódicos, otorgándose a quien recibe el uso y goce de la cosa opción de compra del mismo bien u otros derechos o facultades. Estos otros derechos pueden consistir en la renovación del uso y goce por nuevos períodos, por un precio predeterminado, o en la obligación de repartir el producto de la venta a terceros del mismo bien.

Cuando el propio fabricante o un comerciante es el que opera mediante leasing con mercaderías o bienes de su giro, para deno-

minar la operación se usan los términos de "leasing operativo". Si una tercera persona adquiere el bien para darlo en leasing a su usuario, se emplean los términos de "leasing financiero o de intermediación". Si el objeto del leasing es obtener recursos, vendiendo un bien propio y recibiendo su precio, continuando con la tenencia del mismo y con la posibilidad de readquirirlo, se llama a la operación "sale and lease back" o simplemente "lease back".

En las operatorias recién descritas, la intención o finalidad de las partes puede ser diversa, pero la fórmula jurídica empleada es la misma. Sin embargo, puede tener importancia la intención o fin de las partes para la validez de la institución frente al ordenamiento jurídico chileno, según lo veremos más adelante.

#### 85. *Validez del leasing frente al ordenamiento jurídico chileno*

En gran parte de los países en que se opera masivamente con el leasing financiero, el instituto se encuentra reglamentado. Ello ocurre, entre otros países, en Francia, España y México. En efecto, se considera que se trata de una intermediación en el crédito que debe estar sujeta a normas que permitan la efectiva protección del público.

En Chile no existe esa reglamentación especial, sin perjuicio de las referencias muy circunstanciales contenidas en los arts. 8° letra l) y 41 inc. 4° del D.L. 825, sobre Impuesto a las Compras y Servicios (IVA), y la autorización que contiene el N° 11 bis del art. 83 de la Ley General de Bancos, reglamentada por las Circulares 2.257 y 2.293 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que permiten a los bancos crear sociedades que operan en diversas formas de leasing.

De acuerdo a la libertad contractual que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, en principio puede afirmarse que es lícito el leasing en Chile. Corrobora esta afirmación considerar que el leasing produce efectos similares a un arriendo con opción de compra, sea que se le considere un solo negocio o dos contratos coligados. Para nosotros, que sostenemos la validez de la opción de compra o contrato de promesa unilateral (ver supra N° 17), nos resulta sin mayor problema defender esta tesis. Además, si el leasing es considerado un contrato de opción unido a un arriendo, ambos contratos interligados son perfectamente legítimos.

Sin embargo, pueden plantearse en relación con el leasing otros problemas jurídicos de orden general frente a nuestro or-

denamiento positivo, diversos de aquellos relativos a la promesa unilateral, que ya hemos tratado en esta obra.

Uno de estos problemas deriva de la circunstancia que en el leasing operativo, en el leasing financiero y en el lease back, la intención de las partes no se limita a querer celebrar un negocio con los efectos de un mero arrendamiento con opción de compra. En efecto, en el leasing operativo la intención de las partes tiene semejanzas con aquella de quienes celebran una compraventa a plazo: adquirir el uso y goce permanente del bien respectivo. En el leasing financiero, además, las partes pretenden realizar una operación de crédito, diversa de la mera adquisición; y en el lease back existe la clara y exclusiva intención de realizar una operación de crédito. ¿Habrá en estos casos fraude a la ley que acarree alguna causal de ilicitud?

El segundo de estos problemas, en nuestra opinión íntimamente ligado con el anterior, incide en si puede considerarse que en las diversas formas de leasing habría una simulación relativa. El acto aparente, en el leasing operativo, sería una compraventa encubierta; en el leasing financiero, además, podrían considerarse como actos ocultos una operación de crédito y la constitución de garantías; y estos dos últimos aspectos se darían aún con más fuerza en el lease back. En las hipótesis que estamos planteando y si ellas fueren efectivas, en el leasing podría caber el derecho de las partes de hacer valer el pacto real sobre el aparente acuerdo a las reglas de la simulación.

Desarrollaremos en los números que siguen estos dos problemas.

#### 86. *Leasing y fraude a la ley*

El fraude a la ley es una institución jurídica a la cual la doctrina y jurisprudencia, especialmente en otros países, le han dado distintos alcances.

El fraude a la ley, en nuestra opinión, en materia de actos y contratos, y en el campo del Derecho Privado, presenta características especiales, en razón de que en esta materia las normas legales son supletorias de la voluntad de las partes, salvo en cuanto a los determinados y precisos preceptos de Derecho Público y de orden público aplicables a la contratación privada, los que no pueden ser vulnerados o alterados por las estipulaciones de las partes.

Entonces, si las partes, en materia contractual, con la finalidad de que no se le apliquen al negocio de que se trata las normas de la compraventa, celebran un leasing, aunque en tal situación haya

intención de las partes de evitar o burlar la aplicación de una normativa jurídica, no se comete en tal caso una violación de la ley o un fraude a la ley, porque las disposiciones cuya aplicación se pretende evitar son supletorias de la voluntad de las partes y por ello prima jurídicamente lo estipulado, sobre dichas normas supletorias.

De otro lado, confirma que no existe fraude a la ley, en el leasing, el considerar que se trata de una situación en que el sujeto de derecho elige u opta entre posibilidades de contratación igualmente lícitas.

El uso o empleo de un contrato o negocio con una finalidad distinta de aquella prevista por la costumbre o el legislador, no lo consideramos ilícito, ni constitutivo de fraude a la ley, ni tampoco de simulación, como lo fundaremos en el número que sigue. Debemos acotar, además, que ésta es la opinión, entre otros, de Ferrara y Ascarelli en Italia y de Raúl Varela Morgan en Chile, según se señala en la bibliografía de este capítulo.

Para nosotros, entonces, sólo existiría fraude a la ley en los actos y contratos regidos por el Derecho Privado, cuando las partes al contratar no lo hacen bajo la forma normal prevista por el legislador, sino mediante otra, pretendiendo burlar de esta manera disposiciones legales de orden o derecho público. En estos casos creemos que el fraude origina nulidad por causa ilícita.

En cuanto a fraude a la ley y leasing, en la forma como se practica en Chile, nos parece que pudiera haber ilicitud y nulidad, tratándose del leasing financiero y lease back, en el caso o evento de que se pretendiera por esas vías eludir las disposiciones legales sobre usura o interés máximo. No nos parece, en términos generales, que en la misma situación esté el leasing operativo en la actualidad, porque existe libertad de precios en las ventas y entonces el valor de las prestaciones en el leasing no puede ser ilegal, pues tampoco lo es dicho mayor valor en una venta.

En resumen, opinamos que, al igual que en cualquier otro negocio jurídico, puede haber fraude a la ley en el leasing si se celebra con el objeto determinante de burlar disposiciones de orden o derecho público.

### 87. *Leasing y simulación*

En el leasing, al igual que en cualquier otro acto o contrato, puede haber simulación absoluta o relativa, lícita o ilícita. Pero ése no es el problema que nos preocupa. Como lo anticipamos en el N° 85, estudiaremos en esta oportunidad si en las diversas formas de

leasing hay simulación relativa, esto es, si se ocultan actos reales bajo la apariencia de otros. En el leasing operativo se encubriría una compraventa. En el leasing financiero, además de encubrirse una compraventa, habría otro acto oculto: una operación de crédito. En el lease back, el acto oculto sería un préstamo con prenda de la cosa materia del contrato.

En el leasing consentido real y comercialmente por las partes, no hay simulación, ni absoluta ni relativa. Las partes quieren realizar un negocio determinado, precisamente por sus propios efectos jurídicos. No ocultan un acto real en un acto aparente. Hay un solo acto, el querido por las partes. En el leasing las partes están empleando un arbitrio legal permitido, que satisface sus necesidades económicas, no pretendiendo ocultar otro acto.

Si se celebra un leasing, específicamente el lease back, por una o las dos partes, con la finalidad de burlar leyes de orden o derecho público, tales como las disposiciones que reglan la usura, creemos que nos encontramos en un caso de fraude a la ley, de aquellos a que nos hemos referido en el número anterior; pero no de simulación.

Según el ilustre tratadista italiano don Francisco Ferrara en su obra *La Simulación en los Negocios Jurídicos*, "el negocio fiduciario, el negocio indirecto y el negocio fraudulento se diferencian conceptualmente del negocio simulado. En los tres primeros casos no hay simulación, pues no existe un acto aparente, sino que las partes, precisamente, desean los efectos previstos en la forma como contratan. Si por ejemplo, en vez de la venta, optan por un arriendo con opción de compra, consiguen un fin económico similar o parecido a los que en definitiva otorga la compraventa mediante un negocio indirecto, pero lícito. Si efectúan con pleno consentimiento un acto fiduciario, la transferencia del bien al acreedor por una venta con pacto de recompra, en que el interés está reflejado en la diferencia del precio de la venta con la recompra, el acto es real y no simulado y puede eventualmente en este caso haber fraude, pero no simulación".

Lo dicho precedentemente no obsta a que en una determinada situación puedan confluir simulación y fraude con un negocio indirecto o fiduciario. Lo que sostenemos es que no necesariamente ello es así. Puede haber un negocio indirecto en el leasing, no simulado ni ilícito.

### 88. *Concepto y elementos esenciales del leasing*

Concebimos el leasing como aquel negocio en que una de las partes, por la obligación de pagar un precio, otorga a la otra el uso y goce

temporal de un bien corporal y además otorga a su contraparte una opción de compra sobre el mismo bien, por otro precio prefijado.

Serían elementos esenciales de este negocio:

a) En cuanto a su materia. Debe tratarse de una cosa corporal, mueble o inmueble. No se concibe el leasing sobre cosas incorporales o derechos, por no ser ellos susceptibles de uso y goce.

b) Debe pactarse la obligación de pagar un precio o renta determinado o determinable, correlativo al uso y goce que se otorga. Este precio o renta se paga periódicamente. Sin embargo, no repugna a la institución que el precio se pague al contado.

c) Debe otorgarse una opción de compra de la misma cosa por un precio, también fijado previamente. Este, al igual que todo precio, debe cumplir con los requisitos de determinación y seriedad que requiere la ley para la validez de la venta. La opción de compra puede ser reemplazada o sustituida por otras opciones; por ejemplo, otorgando la facultad de gozar la cosa por un nuevo arriendo en condiciones diversas o estableciendo la venta del bien a terceros y la repartición de su precio.

### 89. *Efectos del negocio*

Las obligaciones y derechos que el leasing genera entre las partes son los siguientes:

a) Una de las partes debe otorgar el uso y goce temporal de una cosa corporal a la otra. En cuanto a la responsabilidad en los gastos de conservación de la cosa, para que ella esté en condiciones de prestar los servicios que se esperan, los contratos, especialmente aquellos de leasing financiero, establecen que ellos corren por cuenta de la parte que recibe el uso y goce de la cosa, aun tratándose de aquellos de carácter necesario y no simplemente locativos. Si se pretende en el leasing operativo que el dueño de la cosa, sea éste su fabricante o un comerciante, preste servicios de mantenimiento, ello se pacta en un contrato de prestación de servicios independiente. O sea, en leasing se entiende cumplida la obligación del supuesto arrendador con la mera entrega del bien para su uso y goce, siendo de cargo de quien recibe la cosa o supuesto arrendatario su conservación, exigiéndosele en muchos casos además la contratación de un seguro, que cubra el riesgo de pérdida de la cosa.

b) La parte que recibe el uso y goce de la cosa adquiere la obligación de pagar un precio o renta, generalmente periódico. Puede documentarse tal obligación mediante letras de cambio o pagarés. Para el caso de no pago, es corriente la estipulación de una cláusula de aceleración, el pacto de interés moratorio y aquella que otorga, en caso de incumplimiento, derecho a la terminación inmediata.

c) Se le otorga a la parte que recibe el uso y goce de la cosa, una opción de compra, que normalmente consiste en poder adquirir la cosa con posterioridad al término del plazo estipulado para su uso y goce. Para que de la opción pueda exigirse, se debe pagar un precio predeterminado y se requiere adicionalmente el cumplimiento de las otras obligaciones que le impone el leasing, entre ellas estar al día en el pago de la renta. El precio de la compraventa ofrecida en opción se denomina "precio residual". Ello significa que el monto de él corresponde al valor original del bien al momento de contratar, menos las cantidades que se han pagado a título de uso y goce del mismo.

Puede ser nulo el contrato de compraventa ofrecido en opción de compra, nulidad que puede extenderse al leasing en el caso de que el contrato verse sobre bienes raíces. Ello ocurrirá si el precio residual está afecto al vicio de lesión enorme. En los demás casos, puede haber nulidad si el monto del precio residual resulta irrisorio, no cumpliéndose con el requisito de seriedad del precio que exige toda compraventa, incluso aquella sobre bienes muebles.

Quien otorga opción queda también obligado a mantenerla durante la vigencia del contrato. Por ende, si enajena el bien, debe imponer al adquirente el respeto a la opción.

También es usual pactar, como alternativas de la opción de venta, que se renueve o prorrogue el uso y goce de la cosa por un tiempo determinado, pero la renta tendrá un valor distinto que la anterior. Ahora corresponderá al precio residual dividido por los períodos en el tiempo que se otorga el goce. Otra alternativa es aquella en que se acuerda repartir el producto de la venta a terceros del bien. Esta repartición se hará entre las partes, en las proporciones que existan entre lo pagado por el uso y goce para quien lo pagó, y el precio residual no pagado respecto de la otra parte.

### 90. *Modalidades. El leasing financiero*

Se llama a la operación "leasing financiero" cuando la persona que otorga el leasing a su vez lo ha adquirido de un tercero, preci-

samente para darlo en leasing por un mayor valor. Como ya hemos dicho, esta modalidad podría estar afectada de nulidad por fraude a la ley, si mediante ella se pretende burlar las disposiciones civiles y penales que reglamentan el interés máximo.

Generalmente operan con el leasing financiero empresas cuyo giro está constituido en la realización de tales operaciones, pero no existe inconveniente legal que sea practicado por cualquiera, ya que la ley no reserva el ejercicio del leasing a determinadas personas.

### 91. *Modalidades. El lease back*

Es una modalidad del leasing financiero, que se caracteriza porque quien vende la cosa es una persona que la conserva en su poder a título de leasing. Esta modalidad merece la misma observación sobre posible nulidad por fraude a la ley que hemos formulado con respecto al leasing operativo, agravada en este caso porque la operación sólo persigue la obtención de un crédito y no la enajenación y adquisición de un bien o de su uso y goce.

Además, cabe anotar que la opción de compra, en este caso, se rige por las disposiciones legales del pacto de retroventa que establecen los arts. 1881 y siguientes del Código Civil, entre ellas las del plazo máximo para ejercerla. Opinamos de esta manera, pues en el lease back se establece la facultad del vendedor de recobrar la cosa vendida, que precisamente reglamentan los preceptos citados del Código Civil.

### 92. *Naturaleza jurídica*

En cuanto a la naturaleza jurídica del leasing operativo o de ejecución, cabe considerar dos posibilidades: estimar que la operación está compuesta por dos contratos coligados o interrelacionados, un arrendamiento y una opción de compra o promesa unilateral; o que sólo existe un negocio jurídico atípico.

Nos inclinamos a sostener que el leasing operativo es un solo negocio jurídico, por los fundamentos que exponemos a continuación.

No se compadece con la naturaleza del arriendo lo que ocurre efectivamente en el leasing. Al término del contrato, si se ejerce la opción, que es lo normal, no se restituye el bien al arrendador. No es propio de un arriendo que el arrendador no esté obligado al pago de las expensas de conservación de la cosa y que esté liberado del

riesgo de pérdida de la cosa arrendada. Tampoco es natural en un arriendo que el arrendador no esté obligado a asegurar al arrendatario el goce tranquilo de la cosa arrendada y para los fines previstos en el contrato, responsabilidad que se impone en el leasing al presunto arrendatario, aun en el evento de caso fortuito.

En la hipótesis de que en el leasing coexistan dos actos interligados, arriendo y promesa unilateral o contrato de opción, este último acto, como su nombre señala, sólo obliga unilateralmente a quien otorga la opción. En el leasing es difícil concebir la opción de compra como unilateral. Ella en la práctica no tiene tal característica. Es bilateral, pues se otorga en razón de la obligación de quien recibe la cosa por el uso y goce, de pagar un precio por dicho uso y goce.

Opinamos que para la procedencia jurídica de la hipótesis de dos contratos interligados en el leasing se requeriría que ambos actos mantuvieran sus características propias.

Si los efectos del negocio único, supuestamente compuesto de dos actos, importan modificación de los actos interligados, en forma tal que ellos carezcan de elementos que les son propios o naturales, nos parece que la conclusión correcta frente a esa situación es que estamos en presencia de un negocio único de carácter atípico.

En el leasing, el arrendador no garantiza el uso y goce de la cosa, ni se hace cargo de las expensas necesarias; y supuestamente el contrato es un título de mera tenencia, pero normalmente sin derecho a exigir la restitución. ¿Puede sostenerse que en tales supuestos exista un arriendo? ¿Puede considerarse que hay una promesa unilateral, cuando la opción no se otorga unilateralmente?

En cuanto al leasing financiero, creemos que su celebración importa jurídicamente dos negocios distintos: la compra o adquisición a tercero de una cosa, y la dación de ella en leasing. En efecto, aunque en la generalidad de los casos quienes desean celebrar un leasing financiero previamente se contactan con la institución dedicada a este negocio y luego de aprobada la operación de crédito se procede a la compra y a la celebración del leasing, no existe inconveniente legal ni comercial para que una persona adquiera bienes con la intención de darlos posteriormente en leasing, y también así se opera en la práctica.

En lo que respecta al lease back, hemos sostenido en el N° 87 que puede ser considerado un negocio indirecto, válido en cuanto no infrinja las disposiciones sobre usura. Sin embargo, nos inclinamos a pensar que en el lease back se disimula una operación de crédito, con garantía de la cosa vendida y dada en leasing. Por ello, podría hacerse valer el pacto real por cualquiera de las partes o por un tercero interesado ejerciendo la acción de simulación relativa.

93. *Características*

Para aquellos que sostienen que el leasing consiste en dos actos jurídicos interligados o relacionados, un arrendamiento de cosa y una opción, la relación de las características consiste en señalar las que corresponden a cada uno de los contratos coligados, anotando las excepciones correspondientes como modalidad. Nosotros, que pensamos que el leasing es un solo negocio, acto u operación, debemos indicar sus características propias acorde con tal idea central. Ellas serían las siguientes:

- a) Se trataría de un negocio único, esto es un solo contrato, no reglado especialmente por el legislador; por ende, de carácter atípico y consensual;
- b) Sería bilateral, oneroso y conmutativo, pues ambas partes contraen obligaciones recíprocas que se estiman como equivalentes;
- c) Desde un punto de vista económico, sería un negocio preliminar que puede transformarse en definitivo si se ejerce la opción;
- d) Tiene el carácter de principal, pues su vigencia no depende de otro acto.

94. *Comparación con instituciones afines*

Según nuestro criterio, se diferencia el leasing del arrendamiento de cosas en varios aspectos. En primer lugar, porque este último no contiene una opción de compra. Es diferente la forma que reviste la obligación de proporcionar el uso y goce de la cosa. Es distinta en ambos negocios la persona que asume el riesgo de pérdida de la cosa, lo que hemos explicado en el N° 89 letra a) que precede.

Se distingue claramente del contrato de opción o promesa unilateral, porque el leasing, a diferencia de la opción, es un contrato bilateral en que el favorecido por la opción tiene además derechos y obligaciones adicionales con relación al uso y goce de la cosa objeto del contrato.

Se asemeja, especialmente el leasing operativo, a la compraventa, porque en ambos negocios se persigue el uso y goce de una cosa; pero la compraventa, per se, constituye un título traslativo de dominio, mientras que el leasing es un título de mera tenencia, sin perjuicio de poder derivar en un título traslativo si se ejerce la opción de compra que otorga el contrato.

## B. EL RENTING

95. *Descripción*

En materia comercial, se entiende por "renting" aquella operación en virtud de la cual una persona entrega a otra el uso y goce de una cosa corporal fungible, por un tiempo, por el pago de un precio o renta, asumiendo adicionalmente, quien entregó la cosa, la obligación, a su costo, de mantener la cosa, en todo el tiempo de vigencia del contrato, en condiciones de prestar el servicio ofrecido. Esta obligación se puede cumplir con el reemplazo de un equipo averiado por otro en buenas condiciones.

96. *Cláusula de garantía de obsolescencia*

Constituye una modalidad de este contrato que el arrendador garantice al arrendatario del riesgo de obsolescencia, esto es, se obligue a reemplazar o completar el equipo o cosa arrendada para que el arrendatario cuente con equipo o bienes favorecido por los adelantos que la técnica o la ciencia introducen. Se emplea esta cláusula, entre otros casos, en el renting de maquinarias sofisticadas.

97. *Ventajas del renting*

El renting se emplea cuando se requiere por un tiempo corto el uso de una cosa cuyo precio es de consideración. Se estima en tal caso más conveniente pagar una renta relativamente alta que comprar el mismo bien, que significará una mayor inversión. También puede considerarse más conveniente el renting que realizar un leasing, pues este último generalmente sólo se justifica si se requiere el uso de la cosa por un tiempo relativamente más largo.

98. *Naturaleza jurídica*

Nos parece que el renting es una modalidad del arrendamiento de cosas. En efecto, las partes asumen las obligaciones y derechos de tal contrato, con la característica permitida por el legislador en el art. 1927 del Código Civil, de que el arrendador, además, se hace cargo de las reparaciones locativas, esto es, las que origina el uso y goce legítimo, obligación que puede cumplir con el reemplazo de

la cosa arrendada por otra de similares características. La otra característica del renting es la obligación de proporcionar el goce de la cosa todo el tiempo de vigencia del contrato, debiéndose reemplazar de inmediato el equipo averiado por otro. Por ello estimamos que la cosa materia del renting debe ser fungible.

Nos parece que no corresponde en esta obra indicar los efectos, características y efectuar comparaciones de una institución de derecho común como lo es el arrendamiento, bastando indicar las peculiaridades propias del arrendamiento celebrado bajo la modalidad del renting.

#### 99. Examen de formulario

Como anexo 13 se incluye un formulario de leasing.

### BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO VIII

#### SOBRE LEASING

- ASCARELLI, TULLIO: *Panorama del Derecho Comercial*, págs. 181 y siguientes. E. Depalma, Buenos Aires, 1949. Se contienen en esta obra interesantes ideas sobre el uso con fines distintos del previsto por el legislador de instituciones tradicionales como el arriendo y de las relaciones de ellos con el fraude a la ley.
- CANO RICO, JOSE R.: *Manual Práctico de Contratación Mercantil*, tomo I, págs. 309 y siguientes. Ed. Tecnos, Madrid, 1985. Este texto tiene interés desde un punto de vista práctico.
- CARMONA GALLO, CARLOS: *Contrato de Leasing Financiero*, Ed. Jurídica, Santiago, 1979. Es la obra primera escrita en Chile sobre el tema.
- CORGORNO, EDUARDO GUILLERMO: *Teoría y Técnica de los Nuevos Contratos Comerciales*, Ed. Meru, Buenos Aires, 1979. Interesa desde un punto de vista histórico y práctico.
- FERRARA, FRANCESCO: *La Simulación de los Negocios Jurídicos*, cap. I, págs. 41 a 104. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960. Expone las tesis del negocio indirecto distinto del disimulado y del fraudulento.
- ORTUZAR SOLAR, ANTONIO: *El Contrato de Leasing*. Ed. Guido, Santiago, 1990. Es la obra más completa escrita en Chile sobre el tema. Sostiene la tesis de que en el leasing hay dos contratos, arrendamiento y opción de compra, y analiza latamente aspectos contables y tributarios del leasing.

VARELA MORGAN, RAUL: "Efectos que produce la quiebra de concedente o del usuario en un leasing financiero de bienes muebles", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXV, 1ª parte, págs. 129 y siguientes. Contiene una interesante tesis sobre la validez del leasing, además de su situación frente a la quiebra.

VASQUEZ DEL MERCADO, OSCAR: *Contratos Mercantiles*, págs. 439 y siguientes, Ed. Porrúa, México, 1985.



## CAPÍTULO I

### CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

*José Fernando Márquez  
y Maximiliano Rafael Calderón\**

SUMARIO: I. Caracterización del contrato - A. Denominación - B. Contornos conceptuales. 1. El fenómeno. 2. Etapas. 3. El contrato de distribución como negocio complejo - C. Finalidad y utilidad económica. 1. Finalidad típica del contrato. 2. Utilidad económica del contrato. - D. Rasgos y caracteres. 1. Necesarios. 2. Eventuales. - E. Encuadramiento taxonómico. - F. Régimen aplicable. - II. Situación jurídica de las partes. - A. Principios generales. - B. Situación jurídica del distribuido. 1. Derechos. 2. Deberes y obligaciones. - C. Situación jurídica del distribuidor. 1. Derechos. 2. Deberes y obligaciones del distribuidor. - D. Extinción del contrato

#### I. CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO

##### *A. Denominación*

La figura que examinamos ha sido denominada por la doctrina nacional *contrato de distribución*, *distribución en sentido estricto* o *distribución propiamente dicha*<sup>1</sup>.

\* José Fernando MÁRQUEZ es Abogado, Doctor en Derecho y Profesor Titular de *Derecho Civil II (Obligaciones)* en la Universidad Católica de Córdoba. Maximiliano Rafael CALDERÓN, por su parte, Abogado, Profesor Adjunto de *Derecho Civil III (Contratos)* y de *Derecho Público Provincial y Municipal* en esa misma Universidad.

<sup>1</sup> ARGERI, Saúl, "Contrato de distribución", LL, 1982-B-1039; CAIVANO, Roque, "Contrato de distribución", LL, 1993-B-840; FARINA, Juan M., "Contratos comerciales modernos", Astrea, Buenos Aires 1993; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. "Distribución comercial: La indemnización resarcitoria por su ruptura intempestiva", LL, 2002-983; LORENZETTI, Ricardo Luis, "Tratado de los contratos", t. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1999, p. 605 y ss.; MARTORELL, Ernesto Eduardo, "Tratado de los contratos de empresa", t. III, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires 2002, p. 530; MARZORATI, Osvaldo J., "Sistemas de distribución comercial", Astrea, Buenos Aires 1990, p. 53; MOLAS, Ana María, "Contratos comerciales atípicos", Dibisa, Buenos Aires, 1983, p. 95; RIVERA, Julio César, "Cuestiones vinculadas a los contratos de distribución", en *Revista de derecho privado y comunitario* N° 3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1993, p. 151; ROBLEDO, Teresita S. - IRIBAS, Claudia M., "El contrato de distribución", LL, 2000-F-1348; TURRIN, Daniel M., "Contrato de distribución", RDCO 1989-188 y Lexis N° 0021/000490.

Esta circunstancia puede generar confusiones con el género al que pertenece juntamente con los contratos de agencia, franquicia y concesión, tal el de los *contratos de distribución*, comprensivo de los diversos encuadramientos jurídicos de los canales de comercialización por medio de terceros independientes<sup>2</sup>.

No obstante, no existen razones técnicas que aconsejen abandonar la denominación adoptada, desde que la idea distributiva expresa cabalmente la finalidad y sentido del contrato. Se trata, además, de una denominación ampliamente difundida, de uso general. Por esta razón, creemos suficiente referir al contrato de *distribución propiamente dicho* o *en sentido estricto*, con lo que queda claramente diferenciado del género.

## B. Contornos conceptuales

### 1. El fenómeno

El contrato de distribución supone una forma elemental de configuración contractual del fenómeno distributivo, que adquiere mayor complejidad en contratos como el de franquicia o el de concesión.

La finalidad global de este contrato es, como en todos los contratos de distribución, la instrumentación de un sistema jurídicamente organizado que permita vincular al productor de bienes o servicios con el consumidor o usuario, escindiendo la gestión técnica de las etapas del circuito económico (producción-comercialización).

El funcionamiento del contrato de distribución puede ser descrito del siguiente modo:

(i) Una empresa fabricante o productora de bienes o servicios considera conveniente contratar a otra empresa<sup>3</sup>, dedicada a la comercialización de productos, con el fin de que comercialice los suyos en un ámbito geográfico determinado;

(ii) Con el objeto de dedicarse exclusivamente a la producción, terciarizando la relación respecto de consumidores con una empresa especializada en esas tareas, con mayor capacidad de acción comercial, conocimiento y penetración en el mercado;

(iii) Razón por la cual, celebra con una empresa comercializadora un contrato, generalmente de adhesión y predispuesto por el fabricante;

(iv) En el que se obliga a proveerle los bienes producidos, que son adquiridos por la comercializadora;

(v) Quien los revende a terceros consumidores por cuenta y riesgo propio, dentro de una zona o en un mercado predeterminado por las partes;

<sup>2</sup> Se ha calificado esta categoría como una "familia de contratos" (GREGORINI CLUSELLAS, ob. cit., loc. cit.).

<sup>3</sup> El distribuidor cuenta con una estructura para colocar masivamente los productos de la demandada por medio de su propia organización en una zona determinada (Cám. Ap. Com., Sala A, 23/08/2007, "Angelucci, Julio César c. Buenos Aires Embotelladora SA", LLOnline).

(vi) A un precio mayor que el pagado para adquirirlos, siendo esta diferencia de precios o margen de reventa (acordado con el fabricante) la ganancia que obtiene del contrato;

(vii) Sin representación de la empresa productora<sup>4</sup>.

### 2. Etapas

El contrato de distribución se estructura en las siguientes etapas:

(i) La provisión regular de productos por una de las partes (denominada distribuido, concedente, proveedor o productor) a otra (denominada distribuidor), que los adquiere en propiedad (etapa de suministro);

(ii) La reventa de los productos por parte del distribuidor a terceros consumidores en una zona, sector o mercado determinado, por un precio mayor al de compra, obteniendo de este modo una ganancia consistente en el margen de reventa (etapa de comercialización).

### 3. El contrato de distribución como negocio complejo

Como puede observarse, el contrato de distribución disciplina un conjunto de relaciones jurídicas diversas y de carácter complejo<sup>5</sup>, articuladas en distintas etapas de ejecución, por lo que en la doctrina ha sido calificado como contrato marco<sup>6</sup>.

Creemos que el fenómeno distributivo no puede ser reducido a una noción unidimensional, que ponga su acento en un solo aspecto de la dinámica negocial (por ejemplo, la provisión de productos, o la obtención de ganancias por el distribuidor), debiendo enfocarse de manera integral y globalizadora.

Tampoco es apropiado recurrir a un fraccionamiento de los aspectos que plantea el contrato, tratando sus etapas o momentos como negocios separados, debiendo estarse siempre por una perspectiva unitaria, que resuelva los problemas planteados en atención a la unidad del negocio<sup>7</sup> y a la finalidad general del sistema<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> LORENZETTI, ob. cit., p. 605 y ss.; FARINA, ob. cit., 388; MOLAS, ob. cit., p. 93; MARZORATI, ob. cit., p. 56.

<sup>5</sup> TURRIN, ob. cit., loc. cit.; Cám. Nac. Com., Sala B, 14/3/1983, "Cilam SA v. Ika Renault SA", ED, 104-183.

<sup>6</sup> Existen en cambio discrepancias sobre si se trata de contratos normativos (en contra, LAVALLE COBO, Dolores - LAVALLE COBO, Jorge, "El contrato de distribución y su rescisión unilateral", LL, 1992-E-107; a favor, Cám. Nac. Com., Sala B, 30/12/88, LL, 1989-C-530 y 24/7/89 LL, 1990-A-345; Cám. Nac. Com., Sala C, 23/4/84, ED109-647; Cám. Ap. Bahía Blanca, 31/3/66, LL, 123-401; Cám. Ap. Com., Sala B, 24/07/1989, "Ediciones Arani, SRL c. Nop, SRL", LL, 1990-A, 345).

<sup>7</sup> En este sentido, la interpretación de la relación contractual "deberá ser totalizadora de la figura del contrato de distribución, ya que su complejidad no puede ser parcializada porque se perdería el contenido económico y el objetivo comercial tenido en mira por los contratantes" (TURRIN, ob. cit., loc. cit.).

<sup>8</sup> El contrato de distribución es entonces un "contrato marco" e importa "un esquema de organización de relaciones jurídicas complejas, en el que se señalan las obligaciones y derechos de las partes, junto a una serie de actos singulares de ejecución" (conf. MARTORELL, ob. cit., p. 533).

*Concepto:* La jurisprudencia se ha esforzado por conceptualizar la distribución en sentido estricto, habiendo producido numerosas definiciones<sup>9</sup>.

Por nuestra parte, creemos que puede ser conceptualizada como el contrato de comercialización<sup>10</sup> en el que una empresa fabricante o productora de bienes y servicios (denominada distribuidor) contrata la comercialización de sus productos o servicios con otra empresa, autónoma, sin representación (denominada distribuidor) y que opera bajo su propia cuenta y riesgo, proveyéndole para ello de manera regular y estable los productos y servicios, percibiendo el distribuidor como ganancia por su actividad un margen de reventa resultante de la diferencia entre el precio de venta a terceros de los productos o servicios y el pagado para su adquisición.

<sup>9</sup> Por sólo citar algunas, se ha definido al contrato de distribución como "aquel por el cual el productor conviene el suministro de un bien final al distribuidor, quien adquiere el producto para colocarlo masivamente por medio de su organización en una zona determinada recibiendo a cambio un porcentaje sobre el precio de venta del producto, sin perjuicio de las condiciones relativas a pedidos previos y formas de pago" (Cám. Ap. Com., Sala C, 26/10/2004, "ELF Lubricantes Argentina SA c. DAK SA", LL, 2005-B, 792); "un contrato atípico, consensual, que otorga el derecho de vender en un sector determinado productos del concedente, por lo que se recibe un margen de reventa" (Cám. CyC Rosario, Sala IV, 5/10/1994, "San Gabriel SRL c. Colgate Palmolive SA"); "un contrato consensual, atípico y complejo, de naturaleza mercantil, por el cual un empresario comercial -distribuidor- actúa profesionalmente por su propia cuenta y a su propio nombre, intermediando en una actividad económica determinada que indirectamente relaciona al productor de bienes y servicios con el consumidor" (Cám. Ap. Com., Sala B, 30/12/1988, "Navun de Álvarez, Dora A. y otros c. Embotelladora Argentina SA", LL, 1989-C-530); "vínculo convencional en el cual existe una organización puesta al servicio de la reventa de un determinado producto suministrado por el fabricante a otro comerciante para que lo comercialice en las bocas de expendio" (Cám. Ap. Com., Sala D, 20/04/2001, "Herrera, Norberto c. Nestlé Argentina SA", ED, 193-395); "la relación de colaboración empresaria que exterioriza cierta labor tendiente a vincular la fuente y la boca de expendio" (Cám. Nac. Ap. Com., Sala C, 30/12/2003, "Marcolín, Carlos A. y otros c. Resero Sociedad Anónima Industrial Agropecuaria Comercial y Financiera", LL, 2004-B, 371); "aquel por el cual el productor conviene el suministro de un bien final al distribuidor, quien lo adquiere para colocarlo masivamente por medio de su propia organización en una zona determinada, recibiendo a cambio un porcentaje sobre el precio de venta de aquél" (Cám. Ap. Com., Sala C, 26/06/2001, "Arana, Mario César c. Industrias Récord SA", ED, 196-103; Cám. Ap. Com., Sala C, 23/09/1997, "Manotas Llinas, Humberto c. Editorial Intermédica SA", LL, 1998-B-45); "un contrato consensual que otorga el derecho de vender en un sector determinado, en el cual el distribuidor percibe una remuneración consistente generalmente en la diferencia entre el precio de compra y el de venta, denominado impropriadamente 'comisión' y más acertadamente 'remuneración' o 'margen de reventa'" (Cám. Ap. Com., Sala B, 28/09/1978, "Incolux, SRL c. Wiplast, SA"; Cám. Ap. Com., Sala A, 23/12/1985, "Beyer, Justo c. Alpargatas SA", LL, 1986-C-175; Cám. Ap. Com., Sala B, 17/02/1987, "López, G. c. Bodegas y Viñedos Grafigna, Ltda.", LL, 1987-B, 169).

<sup>10</sup> Género próximo.

### C. Finalidad y utilidad económica

#### 1. Finalidad típica del contrato

La finalidad típica del contrato consiste en la intermediación entre la producción y el consumo, realizada por sujetos independientes y especializados en actividades de comercialización<sup>11</sup>.

#### 2. Utilidad económica del contrato

El contrato presenta diversas ventajas para las partes.

Con respecto al distribuidor:

(i) Le permite ampliar el alcance de sus negocios, ofreciéndole mecanismos de comercialización más extendidos geográficamente, y con un seguimiento más intenso, en la zona de influencia del distribuidor;

(ii) Le resta la necesidad de comercializar en forma minorista sus productos, razón por la que no debe organizar redes comerciales, pudiendo especializarse y afectar todos sus recursos a la actividad productiva<sup>12</sup>;

(iii) Correlativamente, excluye los costos de comercialización de su estructura empresaria<sup>13</sup>, concentrando todas las inversiones de capital en la actividad productiva<sup>14</sup>;

(iv) Elimina el riesgo inherente a la comercialización minorista, por cuanto transfiere en bloque sus productos al distribuidor para la reventa, y es éste quien asume los riesgos de comercialización a terceros<sup>15</sup>;

(v) Introduce en su estructura empresaria un sujeto autónomo y especializado, que presta colaboración especializada en el área comercial, realizando esta actividad con mayor eficacia que si estuviera a cargo del distribuido, en forma directa.

Con respecto al distribuidor:

(i) Le permite incorporarse a una estructura comercial estable, obteniendo la provisión regular y sistemática de productos para su comercialización, en general a precios más convenientes;

(ii) Le permite aprovechar el crédito y la imagen comercial de la empresa distribuida, accediendo muchas veces a la comercialización de marcas de renom-

<sup>11</sup> Cám. Com., Sala A, 9/8/1979, "Zamora, Ventas, SRL c. Técnica Comercial Hoy, SA", LL, 1980-C, 27. Importa, en este sentido, una técnica de intermediación cualificada.

<sup>12</sup> Separa, de este modo, los dos ciclos de la actividad económica (producción y comercialización). Conf. CAIVANO, ob. cit., loc. cit.; Cám. Ap. Com., Sala A, 9/8/1979, "Zamora, Ventas, SRL c. Técnica Comercial Hoy, SA", ED, 85-488.

<sup>13</sup> TURRIN, ob. cit., loc. cit.; FARINA, ob. cit., p. 387; MARZORATI, ob. cit., p. 56.

<sup>14</sup> De este modo quedan "separados claramente dos ciclos distintos que ordinariamente puede llegar a encarar la propia empresa productora: la fabricación y la comercialización. Y es precisamente a raíz de dicha separación, que la fabricante puede dedicarse de plano y con absoluta exclusividad a su actividad específica: fabricar" (MARTORELL, ob. cit., p. 532).

<sup>15</sup> Conf. MARTORELL, ob. cit., p. 529; MARZORATI, ob. cit., p. 56/57; TURRIN, ob. cit.

bre, lo que potencia su propia estructura y crédito, generando fundadas expectativas de ganancia<sup>16</sup>;

(iii) Esta imagen comercial le asegura un mínimo de clientela<sup>17</sup>;

(iv) Aunque en forma atenuada y limitada, le permite acceder al asesoramiento técnico y asistencia del distribuido, en cuestiones relativas a los productos, mejorando en este aspecto la situación del mero revendedor.

#### D. Rasgos y caracteres

##### 1. Necesarios

En este apartado, analizamos los rasgos que deben encontrarse necesariamente presentes en el contrato de distribución. Entendemos que son los siguientes.

(i) *Carácter personalísimo*<sup>18</sup>: La persona del distribuidor no es indiferente, por cuanto su selección para desarrollar la comercialización en una zona determinada se vincula a cualidades infungibles, como su capacidad de penetración comercial<sup>19</sup>.

De este carácter se deriva la intransferibilidad de la posición contractual del distribuidor<sup>20</sup>.

Las legislaciones comparadas que regulan la distribución determinan la extinción del contrato por incapacidad o muerte<sup>21</sup>, lo que también se ha decidido en nuestra jurisprudencia<sup>22</sup>. Tratándose de una persona jurídica, podría invocarse este carácter para provocar la terminación del contrato en supuestos de fusión o escisión societaria o, eventualmente y bajo determinadas condiciones, de cambio en el control societario.

Se añade que también la persona del distribuido es esencial, pues "el distribuidor tampoco pondrá en riesgo la confiabilidad de su propia empresa distribuyendo productos que no le merecen la confianza suficiente"<sup>23</sup>;

<sup>16</sup> Conf. MARTORELL, ob. cit., p. 529.

<sup>17</sup> Conf. MARZORATI, ob. cit., p. 57.

<sup>18</sup> CAIVANO, ob. cit., loc. cit.; FARINA, ob. cit., p. 388; GREGORINI CLUSELLAS, ob. cit., loc. cit.; MARZORATI, ob. cit., p. 64; ROBLEDO - IRIBAS, ob. cit., loc. cit.; TURRIN, ob. cit., loc. cit.; Cám. Nac. Com., Sala B, 29/9/78, autos "Incolux SRL c. Wiplast SA", ED, 81-235; ídem 22/5/80, autos "Orsini y Cía. c. Enrique Arizu e hijos SA", JA, 1981-II-598; Cám. Nac. Fed., Sala II, 5/02/1998, "Y.P.F. SA c. Pietro Service SRL", DJ, 1999-I, 624; Cám. 1ª Ap. Mar del Plata, Sala II, 4/09/1997, "Sadaba, Justo E. c. Kodak SA", LLBA, 1998, 641.

<sup>19</sup> Conf. MOLAS, ob. cit., p. 95.

<sup>20</sup> MARZORATI, ob. cit., p. 64.

<sup>21</sup> MARTORELL, ob. cit., p. 534; RIVERA, ob. cit., p. 154; Directiva de la Comunidad Económica Europea del 18/12/86, art. 18, inc. b.

<sup>22</sup> La muerte del distribuidor, la transmisión del fondo de comercio, cambio de actividad, pérdida de su capacidad, condenas de naturaleza penal han sido calificadas como causales extintivas del contrato (Cám. Nac. Com., Sala B, 29/9/1979, "Incolux SRL c. Wiplast SA", ED, 81-235).

<sup>23</sup> CAIVANO, ob. cit., loc. cit..

(ii) *Autonomía subjetiva (con habitual predominio del distribuido)*: El distribuidor y el distribuido no presentan vínculos laborales ni societarios<sup>24</sup>. No existe entre ellos una sociedad, ni una relación de control societario externo o interno, más allá de que el contrato pueda ser calificado como de estructura asociativa. El distribuidor es un empresario autónomo e independiente del distribuido, que realiza la actividad distributiva atendiendo al beneficio económico derivado del margen de reventa<sup>25</sup>.

Tampoco hay representación del distribuido por el distribuidor<sup>26</sup>. Esto determina que el distribuido no quede obligado en los vínculos contractuales establecidos por el distribuidor respecto de terceros<sup>27</sup>, con motivo del efecto relativo del contrato (arts. 1195 y 1199 CC), y sin perjuicio de supuestos en los que podría quedarlo<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Conf. ARGERI, Saúl A., "Contrato de distribución", LL, 1982-B-1039; CAIVANO, ob. cit., loc. cit.; GREGORINI CLUSELLAS, ob. cit., loc. cit.; LORENZETTI, ob. cit., p. 605; MARTORELL, ob. cit., p. 533 y ss.; MOLAS, ob. cit., p. 94; RIVERA, ob. cit., p. 153.

<sup>25</sup> En este marco resulta discutida la aplicabilidad en materia de contratos de distribución del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (solidaridad laboral en caso de subcontratación de trabajos), habiendo determinado nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que no procede cuando los trabajos y servicios de la distribuidora no corresponden a la actividad normal y específica de la fabricante, siendo que en los contratos de distribución, la actividad normal del fabricante o concedente excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario (CSJN, 15/04/1993, "Rodríguez, Juan R. c. Compañía Embotelladora Argentina SA y otro", DT, 1993-A-754).

<sup>26</sup> CAIVANO, ob. cit., loc. cit.; LORENZETTI, ob. cit., p. 605/606; FARINA, ob. cit., 388; MOLAS, ob. cit., p. 95; RIVERA, ob. cit., p. 174; ROBLEDO - IRIBAS, ob. cit., loc. cit.; TURRIN, ob. cit., loc. cit.; Cám. Nac. Com., Sala C, 5/11/81, autos "Maupé SRL c. Ind. Tehuelche de J. C. Scabel", ED, 97-691; Cám. Ap. Com., Sala C, 23/09/1997, "Manotas Llinas, Humberto c. Editorial Intermédica SA", LL, 1998-B, 45; Cám. Ap. Com., Sala B, 17/02/1987, "López, G. c. Bodegas y Viñedos Grafigna, Ltda.", LL, 1987-B, 169; Cám. Ap. Com., Sala E, 16/11/1981, "Recoaro, Franco V. c. Marcolla, SA", LLOnline.

<sup>27</sup> Conf. RIVERA, ob. cit., p. 175; TURRIN, ob. cit., loc. cit.; Cám. Nac. Com., Sala D, 9/06/87, JA, 16/12/87. En igual sentido, MARZORATI, ob. cit., p. 78. Se expresa que "cuando el distribuidor revende las mercaderías, no establece ninguna relación jurídica entre sus terceros adquirentes y el fabricante, de manera que este último queda desvinculado de las sucesivas reventas que aquél realiza" (CAIVANO, ob. cit., loc. cit.).

<sup>28</sup> Por caso, en materia reglada por la ley 24.240 de defensa del consumidor (que tiende a ampliar la legitimación pasiva y los responsables ante el consumidor comprendiendo incluso al fabricante no comercializador; conf. ROBLEDO - IRIBAS, ob. cit., loc. cit.; BORETTO, Mauricio, "Tutela del consumidor en el contexto negocial de los contratos de distribución", Lexis Nº 0021/000271), en materia de contratos conexos o en supuestos en que la integración empresaria fuera jurídicamente relevante para determinar la existencia de riesgo de empresa como factor atributivo de responsabilidad civil. Se ha sostenido que el distribuido debería responder, a pesar de no existir un contrato de consumo, en el supuesto de que el daño ocasionado derive del riesgo derivado de haber lanzado al mercado una cosa defectuosa (art. 1113 CC) o de que se acredite en el caso concreto la existencia de "dependencia civil" derivada de un control significativo del distribuido respecto de la actividad del distribuidor, lo que es habitual en la franquicia pero no en otros contratos de distribución (BORETTO, ob. cit., loc. cit.).

Las facultades de control del distribuido respecto del distribuidor no desdibujan este rasgo, pues no implican subordinación sino la técnica para el desarrollo de un régimen de cooperación<sup>29</sup>.

Esta nota no se configura en los casos de fraude laboral<sup>30</sup>, control societario interno o externo, pertenencia a holdings o dominación contractual abusiva.

El hecho de que la relación se establezca entre empresas autónomas no implica necesariamente que el vínculo sea estrictamente paritario; la realidad marca el predominio del distribuido<sup>31</sup>, que es por lo general la parte fuerte del contrato y suele imponer la mayor parte de sus cláusulas en ejercicio de su posición dominante<sup>32</sup>. Es quien, además, ejerce facultades de control respecto del distribuidor<sup>33</sup>.

En el marco de este predominio del distribuido sobre el distribuidor es que la interpretación del contrato y las condiciones generales impuestas debe realizarse en beneficio del segundo, por aplicación del principio *favor debilis*<sup>34</sup>;

<sup>29</sup> MARZORATI, ob. cit., p. 68; TSJ, Córdoba, Sala laboral, 30/08/1996, "Statopulos, Esteban J. c. Sancor Coop. Unidas Ltda.", LLC, 1997-499.

<sup>30</sup> En los que resulta aplicable la normativa del derecho del trabajo con independencia del encuadramiento que las partes hubieran establecido (Cám. Nac. Com. Sala A, 9/08/79, ED, 85-486; CNAT, Sala II, 9/08/79, ED, 85-486).

<sup>31</sup> TSJ Córdoba, Sala laboral, 30/08/1996, "Statopulos, Esteban J. c. Sancor Coop. Unidas Ltda.", LLC 1997-499; Cám. Ap. Com., Sala A, 9/8/1979, "Zamora, Ventas, SRL c. Técnica Comercial Hoy, SA", LL, 1980-C, 27. Excepcionalmente el distribuidor es más poderoso que el distribuido. Véase RIVERA, ob. cit., p. 161/162, nota 33. En contra, entendiéndose que en la actualidad este predominio aparece desdibujado frente a distribuidores con estructuras empresarias poderosas y fuerte capacidad técnica, económica y financiera, ROBLEDO - IRIBAS, ob. cit., loc. cit.

<sup>32</sup> Cám. Nac. Com., Sala A, 9/08/79, autos "Zamora Ventas SRL c. Técnica Comercial Hoy SA", LL, 1980-C, 27, ED, 85-488; CAIVANO, ob. cit., loc. cit.; MARTORELL, ob. cit., p. 532 y 536. Expresa estel autor que "Sin embargo, y en la medida en que no exista una canalización patológica de la posición de predominio por parte de quien la detenta en perjuicio del más débil, dicho 'statu quo' de control no debe ser visto sino como el ejercicio imprescindible del poder por parte de quien debe 'realizar con rapidez y eficiencia una actuación que incluya una amplia variedad de relaciones', habiéndose afirmado que 'el poder tiende así a devenir en el instrumento propio de las personas a quienes compete la dirección del proceso productivo'" (MARTORELL, ob. cit., p. 537, con citas de Agostino Gambino y Turrin). TURRIN, ob. cit., loc. cit., entiende que en el contrato de distribución siempre habrá una parte dominante (la mayoría de las veces el distribuido), debiendo discernir el tribunal quién es esta parte para poder interpretar lo convenido en su contra, dado el carácter de predisponente.

<sup>33</sup> Este predominio del distribuido puede inferirse de sus facultades de control y de imposiciones sobre conservación de stock y cupo mínimo de ventas (Cám. Ap. Com., Sala A, 9/08/1979, "Zamora, Ventas, SRL c. Técnica Comercial Hoy, SA", ED, 85-488) y es, para algunos tribunales, un criterio diferenciador de la distribución respecto de la compraventa (Cám. Ap. Com., Sala A, 11/08/1997, "Dipac SA c. Nestlé Argentina SA", LL, 2000-A, 547; Cám. Ap. Com., Sala A, 30/05/1997, "Dilas SA c. 5 Men SRL", DJ, 1997-3-630).

<sup>34</sup> RIVERA, ob. cit., p. 161.

(iii) *Permanencia*<sup>35</sup>: El contrato de distribución está diseñado para permanecer en el tiempo, conformando una relación estable entre distribuido y distribuidor, expresada esencialmente en el deber de provisión de productos<sup>36</sup>.

En los casos en que el distribuidor no cuenta con una red de comercialización en la zona para la que es contratado, la conformación de la clientela supone una actividad que sólo se justifica en relación con la estabilidad contractual, que le garantiza un término más o menos extenso que genera la rentabilidad suficiente para compensar la inversión de recursos realizada en el armado de la cartera de clientes.

En definitiva, la estabilidad genera una legítima expectativa de ganancia (para el distribuidor) y una expectativa de estabilidad en la comercialización de sus productos (para el distribuido)<sup>37</sup>, justificándose de este modo instituciones como el preaviso por rescisión y la responsabilidad por ruptura intempestiva de la relación<sup>38</sup>.

## 2. Eventuales

Aquí señalamos características que pueden presentarse o no en el contrato de distribución, sin que la ausencia o presencia desnaturalice la figura.

(i) *Determinación del ámbito material*: El contrato de distribución tiene, en general, referencia a una zona geográfica determinada o a un mercado específico, en la cual el distribuidor comercializará los productos del distribuido<sup>39</sup>.

Sin embargo, puede establecerse la figura sin limitaciones geográficas ni acotaciones relativas al mercado en que se realizará la distribución. Esta modalidad de la figura no es la habitual, razón por la que quien afirma la inexistencia de limitaciones acerca del ámbito material debe acreditarla;

<sup>35</sup> FARINA, ob. cit., p. 389; MARTORELL, ob. cit., p. 536; MARZORATI, ob. cit., p. 67; RIVERA, ob. cit., p. 155; ROBLEDO-IRIBAS, ob. cit., loc. cit.; TURRIN, ob. cit., loc. cit.; PERMANENCIA: Cám. Ap. Com., Sala A, 23/08/2007, "Sobrero, Héctor c. Cerro Nevado SA y otros", LLOnline; Cám. Ap. Comercial, Sala A, 9/08/1979, "Zamora, Ventas, SRL c. Técnica Comercial Hoy, S.A.", LL, 1980-C, 27.

<sup>36</sup> Por esta razón, la contratación de vendedores particulares para ventas aisladas y discontinuas no encuadra como contrato de distribución (conf. LORENZETTI, ob. cit., p. 607 y ss.; Cám. Nac. Com., Sala C, "Manotas Linas, Humberto c. Editorial Intermédica SA", ED, 22/1/99).

<sup>37</sup> Por ello es que "la duración tiene un contenido económico para quienes contratan, afectando parcial o totalmente la organización empresarial en función de la actividad y de la duración de dicha actividad; duración que de no estar determinada por los sujetos deberá ser interpretada acorde con la necesidad de obtener el cumplimiento de las prestaciones previstas, en la medida de la importancia de los medios puestos al servicio de la distribución por cada uno de ellos" (TURRIN, ob. cit., loc. cit., con cita de ETCHEVERRY).

<sup>38</sup> Se ha indicado que "La necesidad de estructurar una organización empresarial específica para la distribución requiere inversiones y esfuerzos que sólo el tiempo puede recompensar. Las inversiones deben amortizarse y el negocio desarrollarse. De allí que la relación implica una duración mínima, que si no fue pactada resultará de la buena fe requerida entre las partes (art. 1198, CC)" (GREGORINI CLUSELLAS, ob. cit., loc. cit.).

<sup>39</sup> Conf., MOLAS, ob. cit., p. 95; MARZORATI, ob. cit., p. 65.

(ii) *Exclusividad*: La exclusividad a favor del distribuidor importa que el distribuido no puede comercializar en forma directa o por intermedio de terceros los productos cuya comercialización le fue encargada en la zona que le fuera asignada.

Se entiende que esta exclusividad es un elemento natural del contrato<sup>40</sup>, pero puede ser excluida por pacto en contrario de las partes o por renuncia del derecho realizada por el distribuidor<sup>41</sup>.

En cuanto a la exclusividad a favor del distribuido, entendemos que sólo es habitual en el contrato de distribución de manera relativa, encontrándose acotada por el principio de concurrencia.

Hay exclusividad relativa, pues el distribuidor no podrá comercializar en la zona de distribución, por sí o por terceros, bienes o servicios en competencia con los que debe comercializar para el distribuido. No existe, como elemento natural del contrato, exclusividad absoluta, en el sentido de prohibir al distribuidor la venta de otro tipo de productos en la zona de la distribución, que no se encuentren en competencia con los que debe comercializar para el distribuido<sup>42</sup>.

La exclusividad relativa a favor del distribuido también puede ser excluida por pacto en contrario<sup>43</sup>.

### E. Encuadramiento taxonómico

Definidos los rasgos característicos del contrato de distribución, resta encuadrarlo en las distintas clasificaciones ensayadas por la legislación vigente, la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido, el contrato de distribución debe clasificarse como:

(i) Bilateral (art. 1138 CC), pues establece obligaciones para distribuidor y distribuido<sup>44</sup>;

(ii) Oneroso complejo (art. 1139 CC), pues tanto en la etapa de provisión de productos como en la de reventa, las prestaciones realizadas por el distribuidor (pago de precio de compra, transferencia de propiedad de productos) se realizan en virtud de una contraprestación (provisión de productos, cobro de precio de reventa), aunque en el segundo momento la contraprestación se encuentra a cargo de terceros (consumidores) y no de la otra parte del contrato;

(iii) Consensual (art. 1140 CC), pues produce sus efectos propios desde el momento de la celebración<sup>45</sup>;

<sup>40</sup> FARINA, ob. cit., p. 389; TURRIN, ob. cit., loc. cit.; Cám. Ap. Com., Sala C, 26/10/2004, "ELF Lubricantes Argentina SA c. DAK SA", LL, 2005-B-792.

<sup>41</sup> Conf. FARINA, ob. cit., p. 389; MARTORELL, ob. cit., p. 536. Aún más, es frecuente que el distribuido descarte esta exclusividad a fin de reservarse un mayor margen de maniobra para comercializar sus productos (MARZORATI, ob. cit., p. 65).

<sup>42</sup> Conf. FARINA, ob. cit., p. 389; TURRIN, ob. cit., loc. cit.

<sup>43</sup> Conf. MARTORELL, ob. cit., p. 536.

<sup>44</sup> CAIVANO, ob. cit., loc. cit.; GREGORINI CLUSELLAS, ob. cit., loc. cit.; MARTORELL, ob. cit., p. 535; MARZORATI, ob. cit., p. 63

<sup>45</sup> Cám. 1ª CyC Mar del Plata sala II, 4/09/1997, "Sadaba, Justo E. c. Kodak SA", LLBA, 1998, 641; CAIVANO, ob. cit., loc. cit.; MARTORELL, ob. cit., p. 535; MARZORATI, ob. cit., p. 63; TURRIN, ob. cit., loc. cit..

(iv) Legalmente atípico, pues no se encuentra disciplinado en ninguna norma que establezca su régimen específico, salvo en supuestos puntuales que se mencionan luego. Por contrapartida, resulta socialmente típico, pues el tráfico comercial ha delineado sus elementos característicos<sup>46</sup>;

(v) Legalmente innominado (art. 1143 CC), pues el sistema legal no le adjudica un nombre. Por contrapartida, es socialmente nominado, pues en la práctica comercial, la doctrina y la jurisprudencia se lo denomina contrato de distribución;

(vi) Conmutativo, pues las ventajas y pérdidas resultantes del contrato se encuentran predeterminadas desde su perfeccionamiento, sin perjuicio del riesgo inherente a la actividad comercial en sí misma<sup>47</sup>;

(vii) No formal, pues no se exige forma alguna para su perfeccionamiento, pudiendo celebrarse incluso en forma oral<sup>48</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia ha exigido la acreditación de que en los hechos se configuran los diversos elementos constitutivos de la distribución<sup>49</sup>, y en algunos casos impusieron recaudos adicionales de prueba<sup>50</sup>.

Con alguna frecuencia se advierten contratos de distribución no instrumentados como tales sino exteriorizados como compraventas sucesivas e independien-

<sup>46</sup> Conf. Cám. Ap. Com., Sala B, 24/07/1989, "Ediciones Arani, SRL c. Nop, SRL", LL, 1990-A, 345; Cám. Ap. Com., Sala E, 16/11/1981, "Recoaro, Franco V. c. Marcolla, SA"; Cám. Ap. Com., Sala C, 5/11/1981, "Maupe, SRL c. Industria Tehuelche de Schnabel, J. C."; CAIVANO, ob. cit., loc. cit.; GREGORINI CLUSELLAS, ob. cit., loc. cit.; MARTORELL, ob. cit., p. 530 y 534; RIVERA, ob. cit., p. 154; ROBLEDO-IRIBAS, ob. cit., loc. cit.

<sup>47</sup> GREGORINI CLUSELLAS, ob. cit., loc. cit.; MARTORELL, ob. cit., p. 535; MARZORATI, ob. cit., p. 64; Cám. 1ª CyC Mar del Plata sala II, 4/9/1997, "Sadaba, Justo E. c. Kodak SA", LLBA, 1998, 641.

<sup>48</sup> Conf. CAIVANO, ob. cit., loc. cit.; FARINA, ob. cit., p. 389; GREGORINI CLUSELLAS, ob. cit., loc. cit.; MARTORELL, ob. cit., p. 535; MOLAS, ob. cit., p. 97; MARZORATI, ob. cit., p. 64; RIVERA, ob. cit., p. 159; ROBLEDO-IRIBAS, ob. cit., loc. cit.; TURRIN, ob. cit., loc. cit.; Cám. 1ª CyC San Nicolás, 14/02/2006, "Reidy San SRL c. Refinerías de maíz S.A.I.C.F.", LLBA, 2006-972; Cám. Ap. Com., Sala C, 27/06/2005, "Girardi, Abel c. Resero S.A.I.A.C.", LLOnline; Cám. 1ª CyC Mar del Plata, Sala II, 04/09/1997, "Sadaba, Justo E. c. Kodak SA", LLBA, 1998-641; Cám. CyC Rosario, Sala IV, 5/10/1994, "San Gabriel SRL c. Colgate Palmolive SA"; Cám. Ap. Com., Sala C, 10/05/1994, "Distrihur SA c. Industrias Cipolletti SA", LL, 1995-B-89; Cám. Nac. Com., Sala B, 29/09/78, ED, 81-235; Cám. Nac. Com., Sala D, 30/05/79, LL, 1979-D-306; Cám. 1ª CyC Mar del Plata, Sala II, 4/09/1997, "Sadaba, Justo E. c. Kodak SA", LLBA, 1998, 641.

<sup>49</sup> Cám. Ap. Com., Sala E, 6/02/2006, "Decker Indelqui SA c. Garófalo, Jorge O.", LL, 2006-E-811; Cám. CyC Lomas de Zamora, Sala I, 9/11/2004, "Medina, Rubén A. c. Seven up S.A.I.C. Cía. Americana", LLBA, 2005-200; Cám. Ap. Com., Sala C, 26/10/2004, "ELF Lubricantes Argentina SA c. DAK SA", LL, 2005-B, 792; Cám. CyC Lomas de Zamora, Sala I, 10/02/2005, "Martínez, Miguel A. y otros c. Mastellone Hnos. SA y otro", LLBA, 2005-1259.

<sup>50</sup> Por caso, exigiendo la existencia de principio de prueba por escrito (Cám. CyC Lomas de Zamora, Sala I, 10/02/2005, "Martínez, Miguel A. y otros c. Mastellone Hnos. SA y otro", LLBA, 2005-1259) o estableciendo una exigencia probatoria extrema (Cám. CyC Lomas de Zamora sala I, 10/04/2001, "Sigliano, Luis c. Bieckert SA", LLBA, 2001-1099).

tes u otras operatorias o sin formalización alguna<sup>51</sup>; no obstante ello, si en una visión panorámica se advierte la existencia de una relación integral y reconducible a la unidad que llena los elementos constitutivos de la distribución, éste es el encuadramiento legal que debe acordarse a la figura<sup>52</sup>;

(viii) De duración, pues sus efectos se extienden en el tiempo, no agotándose en uno o varios actos determinados y de consumación instantánea<sup>53</sup>. Hemos examinado este carácter al considerar la permanencia y estabilidad del contrato;

(ix) Preponderantemente de cooperación<sup>54</sup>, pues si bien supone actos de cambio entre las partes (provisión de productos), el aspecto central que se destaca en la operatoria es la colaboración empresaria realizada entre distribuidor y distribuido, tendiente a obtener la mayor rentabilidad posible derivada de la comercialización de productos a terceros<sup>55</sup>;

(x) Ordinariamente celebrado por adhesión<sup>56</sup>, pues habitualmente el distribuido predetermina el contenido del acuerdo y prefija las obligaciones de las partes<sup>57</sup>.

### F. Régimen aplicable

El contrato de distribución es legalmente atípico<sup>58</sup>, aunque algunas de sus manifestaciones fueron objeto de regulaciones específicas<sup>59</sup>, por caso, la distribución de diarios y revistas<sup>60</sup> y la de películas cinematográficas<sup>61</sup>. Ya hemos seña-

<sup>51</sup> También denominadas distribuciones "de hecho" (MARZORATI, Osvaldo, "La distribución exclusiva "de hecho", LL, 1995-B-88; ROBLEDO - IRIBAS, ob. cit., loc. cit.).

<sup>52</sup> RIVERA, ob. cit., p. 159/160.

<sup>53</sup> Cám. Nac. Com., Sala D, 30/5/79, LL, 1979-D-306; Cám. Nac. Com. Sala C, "Montenegro, Genaro c. Cervecería Bieckert SA", 31/05/93, LL, 1993-D-248.

<sup>54</sup> Conf. MARZORATI, ob. cit., p. 65; RIVERA, ob. cit., p. 152; GREGORINI CLUSELLAS, ob. cit., loc. cit.; ROBLEDO-IRIBAS, ob. cit., loc. cit.; TURRIN, ob. cit., loc. cit..

<sup>55</sup> Este mismo enfoque ha llevado a su encuadramiento como "contrato de empresa" (conf. MARZORATI, ob. cit., p. 58; CAIVANO, ob. cit., loc. cit.; Cám. Nac. Com., Sala B, 14/4/78, autos "Koen, Cecilio c. Jabón Victoria-Costa Prono SA", JA, 1978-IV-3).

<sup>56</sup> CAIVANO, ob. cit., loc. cit.; GREGORINI CLUSELLAS, ob. cit., loc. cit.; MARTORELL, ob. cit., p. 532; RIVERA, ob. cit., pp. 153/154.

<sup>57</sup> Muchas veces la contratación se instrumenta a partir de una suerte de oferta de contrato supuestamente efectuada por el distribuidor, que en realidad se realiza mediante la mera suscripción de formularios predispuestos provistos a éste por el distribuido.

<sup>58</sup> La multiplicidad de elementos caracterizantes de la figura torna inútil buscar su reconducción a un único contrato típico (civil o comercial).

<sup>59</sup> Conf. CAIVANO, ob. cit., loc. cit.; MARTORELL, ob. cit., p. 533; LORENZETTI, ob. cit., p. 607, aclarando que estas normas no regulan el contrato sino el acto distributivo en el mercado, estableciendo habilitaciones especiales.

<sup>60</sup> Decreto 24.095/46. Sobre este tema véase MOLAS, ob. cit., p. 116/117 y Cám. 1a CyC San Isidro sala I, 01/09/2006, "Cooperativa de Trabajo de Diarios y Revistas Boulogne, Ltda. y ot. c. Burgos, Elcira E.", LLBA, 2007-588. MARZORATI denomina a esta figura como "distribución comercial impropia", en la medida que el distribuidor es un vendedor que actúa sin riesgo empresario, pues toda la mercadería excedente le es recomprada por el concedente (ob. cit., p. 55).

<sup>61</sup> Decreto 1979/63, Decreto ley 16.995, entre otros.

lado que a partir de su creciente recepción en las prácticas comerciales, presenta una verdadera tipicidad social.

De allí que, en nuestra opinión, el contrato de distribución se encuentra regido por las siguientes normas, en el orden de prelación que se expresa a continuación:

(i) Normas convencionales, por imperio de la autonomía de la voluntad (art. 1197 CC)<sup>62</sup>;

(ii) Leyes o decretos, en la medida en que regulan aspectos especiales de la distribución<sup>63</sup>;

(iii) Usos y costumbres comerciales, en lo referido a los rasgos, funcionamiento y dinámica del contrato de concesión comercial<sup>64</sup>;

(iv) Soluciones previstas para otras figuras contractuales, en casos de analogía específica.

Consideramos que es improcedente la aplicación en bloque de las normas previstas para otros contratos civiles y comerciales, siendo por el contrario válido el recurso a normas específicas que regulen una cuestión que, en concreto, presente analogía con el caso que se pretende resolver.

Esto habilita, por caso, la aplicación de normas en materia de compraventa<sup>65</sup>, respecto de las adquisiciones específicas de productos del distribuido, en materia de suministro o consignación<sup>66</sup>, respecto de la provisión de productos en general, de locación de actividad, en relación con alguna de las obligaciones de conducta impuestas a las partes<sup>67</sup>, etcétera.

Sin embargo, esta aplicación fraccionaria de normas debe realizarse siempre desde la comprensión de la distribución como negocio jurídico integral, pues lo contrario desnaturalizaría la figura.

Debe aclararse que la aplicación de las normas relativas al contrato de trabajo no responderá, de ordinario, a un recurso a reglas análogas, sino a una calificación judicial, a la luz del principio de primacía de la realidad, como una relación de trabajo, cuyo ocultamiento fue realizado bajo la apariencia de contrato de distribución.

<sup>62</sup> Cám. Ap. Com. Sala C, 21/06/1991, "Fernández, Lindolfo D. c. Bodegas y Viñedos Recoaro SA", LL, 1992-D, 513; Cám. Ap. Com., Sala B, 30/12/1988, "Navun de Álvarez, Dora A. y otros c. Embotelladora Argentina, SA, LL, 1989-C-530.

<sup>63</sup> Las ya referidas normas en materia de distribución de películas, diarios y revistas.

<sup>64</sup> Cám. Nac. Com., Sala D, 13/05/77, "Cinepa Cinematográfica y Anexos SA c. Cía. de Productos Braun SA"; Cám. Ap. Com., Sala B, 30/12/1988, "Navun de Álvarez, Dora A. y otros c. Embotelladora Argentina, SA", LL, 1989-C-530; Cám. Ap. Com., Sala C, 17/06/1985, "González Fernández, Carlos c. Tres Américas, SRL y otra", LL, 1987-A, 668.

<sup>65</sup> Criterio seguido por la Cám. Nac. Civ., Sala C, "Cunnington SA c. La Serrana SRL", LL, 1978-B-213; Cám. 1º de Bahía Blanca, 31/03/66, "Frigorífico Bahía Blanca SRL c. Salinera Austral SRL", ED, 16-899.

<sup>66</sup> Criterio seguido por la Cám. Nac. Com., Sala A, "Liebigs Extract of Meat Co. Ltd. c. Berge, Mauricio", JA, 1966-V-487.

<sup>67</sup> Aunque sin poder encuadrarse totalmente en la locación de obra típica (Cám. Nac. Com., Sala C, 22/10/73, ED, 53-303.

e) Normas supletorias generales en materia de contratos y obligaciones civiles y comerciales<sup>68</sup>.

## II. SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS PARTES

### A. Principios generales

El contrato de distribución genera obligaciones para ambas partes, algunas de las cuales constituyen el eje prestacional que define el funcionamiento del contrato (obligaciones estructurales).

Todas las obligaciones que surgen del contrato (estructurales y complementarias) conforman un plexo obligacional intervinculado, próximo a la idea de sistema, por la interdependencia que plantean sus componentes.

Este plexo obligacional debe interpretarse desde la pauta general de buena fe<sup>69</sup>, y con un criterio esencialmente colaborativo<sup>70</sup>. No debe olvidarse el particular vínculo que establecen distribuidor y distribuido, que actúan en constante colaboración, procurando un resultado que es beneficioso a ambos.

No obstante ello, debe destacarse que los deberes y obligaciones del distribuidor son mucho más extensos e intensos que los del distribuido, en cuyo interés se articula parte importante del entramado obligacional. De este modo, el distribuido cuenta con herramientas para la satisfacción de su interés inmediato (obtención de una ganancia económica por venta de productos) y de su interés mediato (captación de un mercado para sus productos), confirmando su situación dominante en la relación contractual.

### B. Situación jurídica del distribuido

#### 1. Derechos

Son derechos del distribuido los siguientes.

(i) *Determinación del precio de venta a terceros del producto*: Si bien resultaría posible pensar en un margen consensuado entre distribuidor y distribuido o determinado por el distribuidor como un adicional sobre el precio de adquisición de los productos, la práctica comercial ha establecido como procedimiento habitual la determinación del margen de reventa en forma unilateral por el distribuido.

Este procedimiento puede explicarse en el hecho de que al distribuido le corresponde establecer el valor de venta de sus productos para el distribuidor, y también ostenta un interés en determinar el valor al que serán vendidos a terceros consumidores, para que todos los distribuidores vendan al mismo precio<sup>71</sup>. El

<sup>68</sup> Cám. Nac. Com., Sala C, 3/02/78, ED, 77-419; Sala A, 5/12/76, ED, 72-681.

<sup>69</sup> Arg. art. 1198 CC Conf. Cám. Ap. Com., Sala B, 30/6/1983, "La Central de Tres Arroyos, SA c. Manufactura de Tabacos Particulares, V. F. Grego, SA y otros", LLOnline.; Cám. 8a CyC. Córdoba, 5/06/2007, "Arufe, Eduardo Hugo c. Sancor Coop. Unidas Ltda.", LLC 2007-1168.

<sup>70</sup> Conf. FARINA, ob. cit., p. 390; TURRÍN, ob. cit., loc. cit.

<sup>71</sup> LORENZETTI, ob. cit., p. 610.

segundo valor será superior al primero, y allí se encontrará cargado el margen de reventa autorizado al distribuidor.

Esto implica que el precio se fija unilateralmente, lo que ha llevado a sostener la invalidez de la fijación del precio por aplicación analógica de reglas prohibitivas previstas en materia de compraventa; en nuestra opinión, es más apropiado invalidar la determinación unilateral sólo si es arbitraria y no responde a razones objetivas<sup>72</sup>. Esta mecánica de fijación del precio también ha llevado a formular objeciones basadas en la defensa de la competencia, que motivaron diversas soluciones en el Derecho comparado<sup>73</sup>.

Ordinariamente los precios se fijan mediante planillas o archivos que se envían periódicamente al distribuidor;

(ii) *Cobro del precio por provisión del producto*: Se trata del derecho correlativo del pago del precio que debe el distribuidor, por lo que nos remitimos a lo expresado con anterioridad;

(iii) *Exigencia de las obligaciones complementarias del distribuido*: A los fines de procurar un adecuado desarrollo de la distribución, que logre satisfacer su interés mediato en la captación de un mercado de comercialización, el distribuido puede exigir al distribuidor el cumplimiento de sus obligaciones complementarias.

#### 2. Deberes y obligaciones

Son derechos y obligaciones del distribuido los siguientes<sup>74</sup>.

(i) *Estructurales. Provisión de productos*: El distribuido debe proveer al distribuidor de los productos a distribuir, en calidad y cantidad convenidas<sup>75</sup>.

Esta distribución debe realizarse en el lugar y con la periodicidad acordados, o los que sean conformes con la naturaleza de los productos y de la actividad distributiva.

El incumplimiento de esta obligación habilita al distribuidor a no abonar el precio de los productos, además de suponer la frustración integral del contrato, habilitando su resolución<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> LORENZETTI, ob. cit., pp. 610/611.

<sup>73</sup> Véase MARZORATI, ob. cit., pp. 78/79; RIVERA, ob. cit., pp. 173/174.

<sup>74</sup> Postula MARTORELL (con cita de Guyénot) que "los deberes del productor son más difusos, perteneciendo a la categoría de las obligaciones de diligencia y finalidad, en razón de la preeminencia que la empresa distribuida ejerce sobre su distribuidor" (conf. MARTORELL, ob. cit., p. 541).

<sup>75</sup> No existe uniformidad sobre si el distribuidor adquiere o no la propiedad de las mercaderías que distribuye, enrolándose en la primera tesis de MARZORATI y en la segunda ETCHEVERRY (conf. CAIVANO, ob. cit., loc. cit.). La jurisprudencia se ha inclinado por la postura de la adquisición (Cám. Ap. Com., Sala A, 23/08/2007, "Sobrero, Héctor c. Cerro Nevado SA y otros", LLOnline.; Cám. Ap. Com., Sala B, 3/09/2007, "Rainly SA c. Lindsay International Sales Corporation", LLOnline).

<sup>76</sup> Es evidente que si el distribuido no provee los productos a distribuir, el contrato no tiene posibilidades de desarrollarse y las expectativas de ganancia del distribuidor desaparecen.



## (ii) Complementarias:

– Respeto de exclusividad: Excepto que se hubiera pactado lo contrario, el distribuido no podrá comercializar por sí o por terceros en la zona asignada al distribuidor los productos distribuidos u otros equivalentes<sup>77</sup>.

Este deber de abstención alcanza la venta directa y la venta por terceros. En este caso, alcanza la venta por terceros que ocasionalmente actúan para el distribuido, y por aquellos que lo hacen con habitualidad, comprendiendo otros distribuidores a quien el distribuido haya asignado idéntica zona.

– Deberes de información y asistencia: Como regla, el distribuido debe informar al distribuidor con suficiente antelación las variaciones sufridas por los precios de compra por provisión y de venta a terceros de los productos.

Estas variaciones pueden afectar la estructura de costos y la rentabilidad del negocio para el distribuidor, por lo que deben ser puestas en su dominio con el tiempo necesario para receptorlas e internalizarlas.

Según los casos, pueden pactarse otras obligaciones de asistencia técnica e información (v. gr., de conservación de productos, de servicio de pos venta, etc.), aunque sin la intensidad característica del contrato de concesión.

– Colaboración publicitaria: Ambas partes del contrato se encuentran interesadas en la captación del mercado, por lo que contractualmente el distribuido puede asumir compromisos publicitarios, con el fin de asistir al distribuidor en la estrategia de colocación de sus productos.

## C. Situación jurídica del distribuidor

## 1. Derechos

Son derechos del distribuidor los siguientes.

(i) *Al suministro de productos*: Se trata del derecho correlativo de la obligación del distribuido, a lo que nos remitimos;

(ii) *Percepción del margen de reventa*: Se trata del beneficio obtenido por el distribuidor por su actividad, sin perjuicio de los intereses inmateriales que pueda perseguir mediante la celebración del contrato<sup>78</sup>.

El margen de reventa representa la diferencia entre el precio de compra de cada producto unitario, pagado al distribuido en oportunidad de su provisión, y el

<sup>77</sup> Cám. Com., Sala C, 6/6/1994, "Guimasol SA c. Lever y Asociados SA", LL, 1995-B, 170. En cambio, la invasión de una zona concedida con exclusividad a un distribuidor por otro distribuidor cuyo territorio es diverso y que no cuenta con la autorización del distribuido, genera una indemnización que recae sobre el invasor y no sobre el distribuido (cuya conducta no es irregular), sin perjuicio de su facultad de administrar sanciones predeterminadas en los respectivos contratos con motivo de la conexidad contractual (véase ROBLEDOS-IRIBAS, ob. cit., loc. cit., con cita de Marzorati e Iglesias-Bloch).

<sup>78</sup> No se trata del precio percibido de un pago hecho por otro sino de un beneficio derivado de la propia actividad del distribuidor y de su éxito obtenido en el mercado al obtener una diferencia ente lo que debe pagar al proveedor y lo que cobra a sus clientes (Conf. Cám. Nac. Com., Sala B, 17/02/87, ED, 123-461; FARINA, ob. cit., p. 387).

precio de venta, por el que cada producto es comercializado a los consumidores finales.

Los riesgos atinentes al cobro de los productos comercializados por el distribuidor pesan exclusivamente sobre él y afectarán su margen de reventa, no pudiendo ser trasladados al distribuido<sup>79</sup>;

(iii) *Exigir al distribuido el cumplimiento de sus deberes complementarios*: Remitimos a lo explicado con anterioridad respecto de estos deberes, relativos al adecuado desarrollo de la actividad distributiva y a las garantías de exclusividad a favor del distribuidor.

## 2. Deberes y obligaciones del distribuidor

Los deberes y obligaciones del distribuidor son los siguientes.

(i) *Estructurales*: Constituyen el eje prestacional sobre el cual se articula el contrato, resultando correspectivas de las obligaciones estructurales del distribuido. Materializan el funcionamiento ordinario del sistema de distribución. Detallamos las siguientes:

– Venta de los productos o servicios a terceros consumidores: Define el punto culminante de la distribución, al terminar de encadenar al productor-distribuido con el consumidor.

Comporta el acto jurídico central para el distribuidor, pues de esta venta resulta su margen de ganancia, pero también para el distribuido, que logra la efectiva colocación de sus productos<sup>80</sup>. Por ello, la adquisición sin reventa o el acopio de productos es una conducta ajena a la dinámica del contrato, que supone incumplimiento de esta obligación.

Puede ocurrir que el distribuido haya establecido un cupo mínimo de ventas. Esto se justifica por cuanto el distribuido no agota su interés con la enajenación de los productos al distribuidor, conservando un interés en la efectiva comercialización de éstos en el mercado. Si el distribuidor, pese a adquirir la cantidad prevista de productos, no logra colocarlos hasta cubrir el cupo de ventas, y esta circunstancia se reitera en meses siguientes, el distribuido contará con antecedentes suficientes para resolver el contrato por distribución deficiente<sup>81</sup>.

A los fines de cumplir adecuadamente esta obligación, el distribuidor debe procurarse una cantidad de productos acorde con el volumen habitual de ventas que pueden preverse en la zona en que opera. Esto se vincula con la actividad de

<sup>79</sup> Conf. FARINA, ob. cit., p. 387.

<sup>80</sup> A priori, se entiende que se trata de una obligación de medios y no de resultado (Cám. Ap. Com., Sala D, 2/04/1998, "Labsa Argentina SA c. Watteau SA", LL, 1999-D-52).

<sup>81</sup> Correlativamente, si alcanza las metas prefijadas por el distribuido, es posible que se pacten premios (o "comisiones impropias") para el caso de que el distribuidor alcance metas prefijadas por el distribuido (VITOLLO, Daniel, "Contratos Comerciales", Ad-Hoc, Buenos Aires 1994, p. 626, nota 5; ROBLEDOS-IRIBAS, ob. cit., loc. cit.).

provisión realizada por el distribuido y puede expresarse en una obligación de adquirir una cantidad mínima de stock<sup>82</sup>.

Igualmente, correrá por su cuenta la conservación de los productos conforme a sus características intrínsecas y las pautas impuestas por el distribuido, hasta el momento de su efectiva comercialización. Debe prestarse particular atención a las exigencias de homogeneidad e identidad de calidad que el distribuidor establece respecto de productos determinados.

– Actividad de captación del mercado en la zona de distribución: Además del acto de venta, el distribuidor debe procurar la captación del mercado, buscando la mayor penetración posible del producto en la zona determinada<sup>83</sup>.

Se trata de una obligación de medios, aunque la falta de obtención del mercado transcurrido un cierto lapso puede justificar la rescisión unilateral por frustración del fin de la distribución.

A los fines de dar cumplimiento a la obligación que comentamos, el distribuidor deberá, según el caso, realizar una actividad publicitaria acorde al producto ofrecido.

– Pago del precio por provisión de productos: Supone la contraprestación del distribuidor por la provisión de productos realizada por el distribuido<sup>84</sup>.

El pago debe realizarse en las condiciones acordadas por las partes, pudiendo establecerse contra entrega, contra facturación a cierto tiempo y el pago periódico mediante un sistema de cuenta simple o de gestión<sup>85</sup>.

Si el distribuido estableció un cupo mínimo de compras, el distribuidor debe adquirirlos por ese cupo. La adquisición por debajo del estándar establecido constituye per se el incumplimiento de esta obligación;

(ii) *Complementarios*: No dinamizan el contrato en su funcionamiento ordinario, pero resultan relevantes con el fin de garantizar al distribuido que la actividad distributiva se desarrolle normalmente, en la forma e intensidad adecuada, y con la debida atención de la clientela. Anotamos algunas:

– Respeto de la zona: El distribuidor no debe comercializar productos fuera de la zona delimitada en el contrato. Hacerlo supondría un exceso de las facultades contractuales y una intromisión en la organización empresarial del distribuido, quien además podría verse perjudicado por reclamos de terceros distribuidores por invasión de sus respectivas zonas contractuales.

En caso de invasión de zona, si el distribuido debiera resarcir a terceros distribuidores en razón de la conexidad contractual, cuenta con el derecho a repetir lo pagado del distribuidor que vulneró el marco geográfico.

<sup>82</sup> MARZORATI, ob. cit., p. 80, señalando que la obligación de mantener inventarios importantes limita considerablemente el libre accionar del distribuidor y es una de las principales fuentes de desequilibrios contractuales.

<sup>83</sup> Cám. Nac. Com., Sala C, 9/11/72, autos “Gimenez, Enrique c. C.A.P.”, LL, 150-85.

<sup>84</sup> Cám. 1a CyC Córdoba, 8/11/2007, “Rodríguez, Ciro Humberto c. Compañía Industrial Cervecera SA”, LL, 2008-181.

<sup>85</sup> Cám. Ap. Com., Sala B, 10/10/2006, “Peñaflor SA c. Del Virrey SRL”, LL, 2006-F-743.

– Respeto de la exclusividad: A menos que fuera excluida por acuerdo de partes, el distribuidor debe respetar la exclusividad relativa, no comercializando productos en competencia con los del distribuido.

A los fines de la existencia de competencia entre productos es suficiente la similitud funcional<sup>86</sup>, no requiriéndose identidad de calidad, de sistema de funcionamiento, de características externas, etcétera.

En caso de que hubiera sido pactada, también deberá respetarse una exclusividad absoluta a favor del distribuido, no pudiendo el distribuidor comercializar ningún otro producto en la zona determinada.

– Organización de una estructura empresarial acorde con las exigencias de la distribución: El distribuidor debe articular sus recursos materiales y humanos con el fin de realizar la distribución de manera adecuada.

Esto comprende la necesidad de contar con personal idóneo y en cantidad suficiente, con las instalaciones de venta y medios de transporte adecuados, con los medios técnicos necesarios de acuerdo con las características del producto distribuido<sup>87</sup>.

En el fin de cumplir con esta obligación, el distribuidor deberá considerar las características y jerarquía del producto distribuido, y las pautas que el distribuido pudiera haberle impuesto.

– Cumplimiento de pautas impuestas por el distribuido: El distribuidor debe respetar las pautas que el distribuido le impone como condiciones de desarrollo de la distribución.

Estas pautas pueden referirse a diversos aspectos del contrato (políticas de venta, directivas de cumplimiento, pautas de ajuste contable o informático para facilitar el control, reglas de confidencialidad<sup>88</sup>, etc.), y su establecimiento debe ser expreso, aunque no sujeto a formalidad alguna.

Si bien resultan en principio válidas y justificables a partir del interés del distribuido en un adecuado desarrollo de la actividad distributiva y la colocación de sus productos en el mercado, pueden en determinados casos resultar abusivas.

– Sujeción a controles y fiscalizaciones del distribuido: Dentro del marco de lo razonable, el distribuidor deberá tolerar estos controles, manteniendo el distribuido el interés en examinar la organización empresarial del distribuidor, corroborando que resulte acorde a las exigencias de la distribución. Deberá además proveer al distribuido de la información requerida sobre el desarrollo de la actividad<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> Consistente en que ambos productos o servicios sirvan para lo mismo o satisfagan la misma necesidad de los consumidores.

<sup>87</sup> Debe atenderse a las características del producto: su fragilidad, su rápida descomposición, etcétera.

<sup>88</sup> ROBLEDO - IRIBAS, ob. cit., loc. cit..

<sup>89</sup> Suele pactarse la entrega periódica al distribuidor de una liquidación detallada de operaciones realizadas (conf. FARINA, ob. cit., p. 392).

Se ha entendido que este control se relaciona principalmente con la conservación de los bienes y el cumplimiento de pautas de distribución, no alcanzando otros aspectos internos de la actividad del distribuidor<sup>90</sup>.

Nuevamente aquí se puede apreciar el interés del distribuido, que no se agota en la adquisición de los productos por parte del distribuidor, sino que se extiende en la generación de un efectivo canal distributivo, tendiente a consolidar la posición de sus productos en un mercado determinado.

– Establecimiento de un servicio postcontractual: El distribuidor debe estructurar un servicio poscontractual acorde con las exigencias legales y contractuales, en caso de que los productos comercializados sean cosas muebles no consumibles.

Esta obligación no se materializa con la misma intensidad que en contrato de concesión, aunque el sistema de garantía legal por inadecuación instrumentado por la ley 24.240<sup>91</sup> exige la instrumentación de servicios de postventa.

#### D. Extinción del contrato

La extinción del contrato de distribución puede producirse por las siguientes causas:

(i) *Consumación o agotamiento del contrato*: Esto ocurre cuando la relación ha materializado las expectativas previstas por las partes al momento de contratar, habiéndose cumplido su objeto.

(ii) *Vencimiento del plazo pactado o acaecimiento de la condición resolutoria a que fue sujetado*: En ambos casos se pone fin al contrato, por causas objetivas previstas en la contratación originaria.

Vencido el plazo, deberá estarse a lo convenido con el fin de determinar la posibilidad de acordar prórrogas automáticas. No habiendo previsión contractual, entendemos que no existe tácita reconducción por un término análogo al contrato principal, sino continuación “de hecho”, pudiendo en cualquier momento una u otra parte declarar la extinción contractual, a menos que haya generado legítimas expectativas en la continuidad por un cierto tiempo.

En este último caso, el contrato podría concebirse como un nuevo acuerdo de voluntades, que instrumenta una distribución a tiempo indeterminado en sucesión de una distribución a plazo<sup>92</sup>;

<sup>90</sup> Conf. LORENZETTI, ob. cit., p. 608, quien enseña que “Ello es así porque el control es un instrumento de la preservación de derechos transferidos y está en relación de accesoriedad con ellos. De allí que sea más acentuado en la franquicia, donde la transferencia de imagen, know-how, marca, presentan una integración más intensa que faculta a mayores controles”.

<sup>91</sup> Art. 11 y ss. en materia de cosas muebles no consumibles y art. 19 y ss. en materia de servicios.

<sup>92</sup> Las partes no están obligadas a renovar el contrato, con la sola limitación de la restricción del abuso del derecho (MOLAS, ob. cit., p. 104; MARTORELL, ob. cit., p. 544).

(iii) *Imposibilidad de cumplimiento inculpable*: Esta situación se rige por las pautas del caso fortuito o fuerza mayor (arts. 513, 514 y cc., CC) y de la imposibilidad de pago (art. 888 y cc., CC)<sup>93</sup>.

De ordinario, la imposibilidad de cumplimiento no podrá adjudicarse a la pérdida material de la prestación objeto del contrato, atento a la naturaleza de la relación y la complejidad prestacional del vínculo; parece más factible la hipótesis de imposibilidad jurídica e inimputable de cumplimiento;

(iv) *Acuerdo de partes*: El distracto voluntario y bilateral puede utilizarse en cualquier momento, aun existiendo plazos pendientes (art. 1200 CC). En este caso, las partes no se deben indemnizaciones, aunque pueden convenirse compensaciones de algún tipo.

Este mecanismo puede ser útil cuando ambas partes han reparado en la inconveniencia del contrato celebrado, y prefieren acordar una salida “limpia”, sin efectos perjudiciales ni consecuencias resarcitorias;

(v) *Frustración del contrato por alteración de las bases del contrato*: Esta circunstancia acontece cuando el contexto económico en que el contrato debe cumplirse se ve sustancialmente alterado, y ello incide en la ecuación económica del contrato, que pierde el equilibrio en ostensible perjuicio de alguna de las partes<sup>94</sup>.

En estos casos, pueden existir derechos de salida del contrato expresamente convenidos, habitualmente ligados a una previsión de revisión convencional o renegociación. En este caso, si del proceso renegociatorio no se llega a una adecuada recomposición de la ecuación económica del contrato, puede preverse una rescisión por frustración, como la que comentamos. No habiendo previsión contractual, las partes pueden acudir a la figura de la revisión o resolución por excesiva onerosidad sobreviniente (art. 1198, CC), aunque ésta resulta de interpretación restrictiva, al ser el de distribución un contrato comercial y de empresa<sup>95</sup>;

(vi) *Resolución por incumplimiento*. Las partes pueden recurrir a las diversas vías de resolución por incumplimiento (arts. 1204, CC; 216, CCom.)<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> Conf. Cám. Ap. Com., Sala D, 19/12/2007, “Refrescol Distribuidora SRL c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G.”, DJ, 2008-II-502.

<sup>94</sup> En un interesante caso se examinó la frustración del fin del contrato invocada por una productora de cigarrillos que atribuía esta consecuencia al cambio de política de comercialización de su competidora, con el fin de rescindir el vínculo; la defensa no prosperó, pues la distribuida no acreditó la imposibilidad económica o comercial de mantener a la actora durante el tiempo necesario para preavisarla de la futura ruptura del vínculo (Cám. Ap. Com., Sala D, 22/05/2001, “José Morandeira SA c. Nobleza Piccardo SA”, LL, 2001-F-423, RCyS 2001-535, con nota de Carlos Molina-Sandoval).

<sup>95</sup> MARTORELL, ob. cit., p. 543.

<sup>96</sup> MOLAS, ob. cit., p. 104. La jurisprudencia ha sintetizado diferentes causas que podrían motivar la resolución por incumplimiento del contrato: quiebra o acuerdo preventivo, falta de pago de un cheque o protesto de una letra aceptada, muerte del distribuidor, transmisión del fondo de comercio, cambio de actividad, pérdida de su capacidad, condenas de naturaleza penal,

Entendemos que, a los fines de determinar si hay incumplimiento relevante que habilite la resolución, debe evaluarse en el caso concreto la gravedad de éste<sup>97</sup>. Esto implica que no podrá procederse mediante preconceptos (por ejemplo, estableciendo que el mero incumplimiento de una obligación esencial habilita la resolución “sin más” mientras que el incumplimiento de deberes secundarios no lo permite<sup>98</sup>). Se trata de evaluar si de la conducta integral de las partes surge una “defectuosa distribución” o “defectuosa provisión” (según quien incumple), considerando de manera panorámica e integrada el haz de prestaciones de las partes<sup>99</sup>.

En la jurisprudencia se han equiparado los efectos de la resolución con justa causa en la que no se acredita la legitimidad de esta causa, con los propios del supuesto de rescisión unilateral<sup>100</sup>;

(vii) *Rescisión unilateral*: La regulación sociológica y jurisprudencial de la distribución admite, en el caso de contratos celebrados por tiempo indeterminado, la posibilidad de rescindir el negocio sin expresión de causa y en cualquier tiempo. Es que “no es admisible que por el hecho de que dos personas tuvieran una relación comercial durante un lapso, deban continuarla cuando ni del contrato ni de las circunstancias que rodean la vinculación resulte que se hayan obligado a mantener sus derechos recíprocos durante un determinado período”<sup>101</sup>.

si se tratare de una persona de existencia ideal su transformación de la misma, cambio de domicilio, de objeto social, reducción de capital, etc. (Cám. Ap. Com., Sala B, 22/05/1980, “Orsini y Cía. c. Arizu, SA, Enrique e Hijos”). Podría incluirse la reducción unilateral e indebida de zona (Cám. Ap. Com., Sala B, 21/06/2005, “Provesur SA c. Peñaflores SA”, LLOnline), la pretensión de considerar al distribuidor como un mero ensamblador (Cám. Ap. Com., Sala C, 31/05/2005, “Fábrica de Implementos Agrícolas SA c. Kohler Company”, ED, 216, 329), la violación de la exclusividad (Cám. Ap. Com., Sala B, 30/12/2003, “Prieto, Mabel C. c. Coca Cola FEMSA de Buenos Aires SA”, LL, 2004-C, 988; Cám. Ap. Com., Sala E, 3/4/2008, “Soficlar SA c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.”, DJ, 2008-II-1634), etcétera.

<sup>97</sup> Cám. Nac. Com., Sala B, 29/9/1978, “Incolux SRL v. Wiplast SA”, ED, 81-235: Cám. Nac. Com., Sala A, 9/12/1976, “Marcos Vinacur e hijos v. Cía. Clairrol de Argentina”.

<sup>98</sup> La clasificación reviste utilidad puesta en su justo punto, al diferenciar las prestaciones que tipifican al contrato y le dan identidad de aquellas complementarias, pero no puede exorbitarse al punto de convertir la dinámica interna del contrato en una estructuración jerárquica a priori de obligaciones, siendo que la importancia (y la gravedad del incumplimiento) puede variar según circunstancias muy diversas y sólo puede establecerse *a posteriori*, para una situación específica.

<sup>99</sup> Para un paneo de diversos casos en que se examinó la existencia de justa causa de resolución, véase MOLAS, ob. cit., pp. 105/106.

<sup>100</sup> Cám. Ap. Com., Sala E, 24/03/2003, “Laiño, Néstor C. c. Nestlé Argentina SA”, LL, 2003-F, 569.

<sup>101</sup> MARZORATI, ob. cit., p. 82. En este sentido, MOLAS, ob. cit., p. 105; MARTORELL, ob. cit., pp. 544/545. La jurisprudencia, masivamente, ha reconocido esta facultad de denuncia unilateral (Cám. Ap. Com., Sala B, 17/08/2007, “Conti, Carlos Omar c. Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F.”, LL, 18/12/2007, 7; Cám. 5a Ap. CyC Mendoza, 2/08/2006, “Fabrizio, Alberto A. y ot c. Arcor S.A.I.C.”, LLGran Cuyo 2007-132; Cám. Ap. Com., Sala B, 28/06/2002, “Distribuidora Busnelli SA c. Shell Cía. Argentina de Petróleo”, LL, 2002-F-843, DJ, 2002-3-895; La Ley

La mayor parte de la doctrina y jurisprudencia entienden que, a falta de previsión de plazo, se entiende que el contrato ha sido celebrado por tiempo indeterminado. Creemos que es ello correcto, en desmedro de la posición que postula que en estos supuestos el contrato debería considerarse celebrado por un año<sup>102</sup> y sin perjuicio de que la interpretación de la conducta de las partes desde la óptica de la buena fe permita conocer la existencia de un plazo tácito<sup>103</sup>.

Esta causal extintiva no procede en contratos por tiempo determinado, salvo que hubiera sido expresamente pactada<sup>104</sup>.

Conforme a la praxis negocial y jurisprudencial, no existen limitaciones en el ejercicio de este derecho<sup>105</sup>, aunque su utilización abusiva, intempestiva o anti-funcional se resolverá en la órbita del resarcimiento de daños<sup>106</sup>. Por exceder los límites del presente estudio, omitiremos examinar los casos en que procede esta indemnización y los rubros que deben resarcirse<sup>107</sup>.

1979-D, 306 - R. DJ, 979-12, 20; Cám. Ap. Com., Sala D, 12/04/2002, “Russo, Oscar c. R.P.B. SA”, ED, 199, 409; Cám. Ap. Com., Sala D, 30/05/1979, “Larramendy, Domingo y otros c. Resero, SA”; Cám. 1a CyC. Mar del Plata, Sala I, 25/08/1994, “Dos Santos, José L. c. Laboratorios Hetty SRL”, LLBA, 1995-518; Cám. Ap. Com., Sala C, 21/06/1991, “Fernández, Lindolfo D. c. Bodegas y Viñedos Recoaro”; LL, 1992-E, 108; Cám. Ap. Com., Sala C, 21/6/1991, “Fernández, Lindolfo D. c. Bodegas y Viñedos Recoaro SA”, LL, 1992-D, 513; Cám. Ap. Com., Sala C, 22/06/1995, “Barral, SA Ernesto M. c. Bahco Sudamericana SA”; LL, 1996-B, 338; Cám. Ap. Com. sala C, 20/09/1996, “Química Córdoba SA c. Sanofi Diagnostics Pasteur Inc.”, LL, 1997-C, 741; Cám. Ap. Com., Sala C, 31/05/1993, “Montenegro, Genaro c. Cervecería Bieckert SA”, LL, 1993-D, 249; entre muchos).

<sup>102</sup> Cám. Ap. Com., Sala B, 28/09/1978, “Incolux, SRL c. Wiplast, SA”; Cám. Ap. Com., Sala B, 17/02/1987, “López, G. c. Bodegas y Viñedos Grafigna, Ltda.”, LL, 1987-B, 169; TURRIN, ob. cit., loc. cit.

<sup>103</sup> Cám. Com., Sala C, 21/06/1991, “Fernández, Lindolfo D. c. Bodegas y Viñedos Recoaro.”, LL, 1992-E, 108.

<sup>104</sup> MOLAS, ob. cit., p. 104; MARTORELL, ob. cit., p. 544; MARZORATI, ob. cit., p. 81. GREGORINI CLUSELLAS, ob. cit., loc. cit., aclara que no podrá pretenderse este distracto unilateral pretendiéndose encuadrarlo en el art. 1638 del Código Civil.

<sup>105</sup> Creemos que es erróneo sostener que el ejercicio de este derecho está condicionado al preaviso, la justa causa y el ejercicio regular del derecho y, a renglón seguido, postular que si no se satisfacen estos recaudos, el contrato se extingue pero existe derecho a resarcimiento. Estos extremos no condicionan en absoluto la facultad rescisoria (que se ejerce con plenos efectos disolutorios del vínculo), sino que inciden exclusivamente en la procedencia de la indemnización consiguiente por la ilicitud derivada del carácter intempestivo o abusivo del distracto. En contra, Cám. Apel. Civ. y Com. de Rosario, Sala IV, 10/07/87, RDCO 1989-180.

<sup>106</sup> Conf. FARINA, ob. cit., p. 394.

<sup>107</sup> Éste es el tema que ha despertado mayor interés doctrinario y mayores aplicaciones prácticas en el contrato de distribución.

## **OPERACION DE FRANQUICIA COMERCIAL O “FRANCHISING”**

29. Utilidad económica. La actividad mercantil de nuestros días no sólo se efectúa con la mira de obtener una ganancia proveniente de la diferencia entre el costo de adquisición de los bienes del productor y el precio de venta al consumidor, sino además con el propósito de actuar en forma eficiente para lograr resultados favorables, en una palabra, en procura del éxito comercial. La antigua noción de lucro, piedra angular del comercio tradicional, ha sido reemplazada por la idea de eficiencia, en el tráfico mercantil moderno.

El empresario de comercio intenta ahora conseguir la eficiencia vinculándose con otro empresario propietario o titular de una organización, de un nombre de comercio, de una marca de comercio o de servicio, de símbolos distintivos, de know-how o saber hacer, con una cadena de establecimientos de comercio sobre un determinado territorio. El empresario dueño de la idea o de la organización se denomina franquiciante y el empresario que contrata con él, enajenando en cierta medida su libertad de iniciativa individual, pero asegurando su éxito comercial, se llama franquiciado. La relación que los une se denomina franchising, que algunos han traducido al español, literalmente, como franquicia comercial, llamando, en consecuencia, a los participantes en la operación, franquiciante y franquiciado.

La vinculación entre el franquiciante y el franquiciado es recíprocamente beneficiosa. El franquiciante se beneficia porque obtiene una contraprestación en dinero, representada por una tarifa inicial, initial fee, y un pago continuo de royalties denominado Continual Royalty Payment, además de una ganancia conjunta con todos los miembros de la red o cadena de establecimientos. El franquiciado se favorece económicamente porque a él se le confía el uso del nombre comercial, de la marca, de los símbolos distintivos, del know-how y en general se beneficia con la idea y la organización que son propiedad del franchisor.

Asimismo, el franquiciado recibe asesoramiento en los aspectos contables, financieros, de publicidad, de relaciones públicas, de marketing o producción de técnicas de comercialización, de manejo de personal, etc. Con ello el franquiciado tiene los elementos para enfrentar eficientemente su actividad, se encuentra en el comercio por sí mismo, para sí mismo, pero no está solo.

La franquicia es más que un método adecuado de distribución de productos o servicios, más que una concesión en sentido lato del término, es una forma desarrollada de actividad negocial. Constituye un mecanismo exitoso de comercialización que implica que los nombres, las marcas, las licencias de marcas, el know-how, el marketing y la asistencia técnica son puestos por el franquiciante a disposición del franquiciado, manteniendo interés permanente en el negocio de este último.

En los Estados Unidos de Norteamérica, donde tuvo su origen esta operación, según informaciones del Ministerio de Comercio, durante 1988, las compañías vendieron mediante ella productos al menudeo por 640.000 millones de dólares. La gente vinculada a este mecanismo de cooperación mercantil ese mismo año fue de 7,5 millones de personas,

con 520.000 establecimientos en todo el país. No es exagerado señalar que de cada 3 dólares que un norteamericano gasta por día, uno de ellos va a un negocio que opera en franquicia comercial.

Durante el año 1986, en Francia, el 15% de los negocios se hacían mediante la operación de franquicia; en España, en la misma época, el 10% de las actividades comerciales adoptaban la forma de esta operación.

La operación de franquicia no es desconocida en el continente latinoamericano, donde actúan grandes empresas norteamericanas tales como Coca-Cola, McDonald's, etc., que emplean este tipo de negociación en sus actividades. En Chile, si bien es cierto que hasta ahora no se conocen cifras, no es menos cierto que la operación se encuentra en aplicación.

30. Legislación aplicable a la franquicia. En el derecho chileno no existen normas que regulen la operación de franquicia, no obstante que encontramos una referencia a ella en el Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central de Chile, en el capítulo sobre Regalías.

Por ser la franquicia una operación integrada por varios actos jurídicos o contratos, al convenirla deberán observarse, respecto de todos ellos, las reglas y los principios del derecho común. Generalmente la operación se celebra con el solo consentimiento de los sujetos que en ella intervienen, aunque en ciertos casos es necesaria la firma de determinados contratos o la suscripción de ciertos documentos, especialmente cuando implica cesión o traspaso de marcas comerciales, de patentes o de modelos industriales o de licencias, con el propósito de practicar las inscripciones o las anotaciones correspondientes, en los respectivos registros, que facultan al franquiciado para ejercer los derechos o las prerrogativas cedidas o transferidas por el franquiciante.

La autonomía de la voluntad, principio consagrado en diversas disposiciones de nuestro Código Civil (arts. 12, 1545, etc.) es la fuente de donde emana el derecho a celebrar esta operación y a darle el contenido que convenga a quienes intervienen en ella, con tal que no se infrinja ninguna disposición de orden público. Gracias a la libertad contractual los sujetos interesados pueden integrar la operación con determinados actos jurídicos o con ciertos contratos, de los cuales surgirán los derechos y las obligaciones recíprocos.

Atendida la circunstancia que la operación de franquicia se inserta en el dominio de la distribución y en la comercialización de bienes y servicios, suelen pactarse cláusulas de exclusividad de compra, de exclusividad de venta y otras que podrían atentar contra las normas que regulan la libre competencia.

Creemos que cuando la operación en estudio tenga mayor aplicación práctica en Chile, se requerirá de normas que la regulen sistemáticamente, como ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica y en los países de la Comunidad Económica Europea, donde se ha demostrado que ella, en vez de ser un obstáculo, es un mecanismo que favorece la competencia en el tráfico comercial, caracterizado por la búsqueda de la eficiencia y no del simple fin lucrativo.

## Sección I

### Aspectos generales de la franquicia comercial

31. Concepto de franquicia. El primer concepto que en Europa se dio a la operación en estudio tiene su origen en una sentencia del Tribunal de Bressier, Francia, en 1973, noción que posteriormente fue adoptada por la Federación Francesa de Franchising. Se le definió como: “un método de cooperación entre una compañía que ofrece una franquicia por una parte y otra o muchas compañías que actúan como franquiciadas, por la otra. Para el franquiciante esto involucra primeramente la propiedad de un nombre de comercio, de símbolos distintivos, de una marca de comercio o de servicio, así como cierto know-how que son confiados al franchisee”.

UNIDROIT, Instituto de Derecho dependiente de las Naciones Unidas, con sede en Roma en 1987, recomienda a los países una definición uniforme de franquicia, en los siguientes términos: “Es una operación de franquicia aquella que se conviene entre un franquiciante y un franquiciado, en la cual el franquiciante ofrece o es obligado a mantener un interés permanente en el negocio del franquiciado, en aspectos tales como know-how y asistencia técnica. El franquiciado opera bajo un nombre comercial conocido, un método y procedimiento que pertenece o que es controlado por el franquiciante, y en el cual el franquiciado ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio con sus propios recursos”.

En ninguno de los grandes países europeos existe una definición legal de franquicia comercial, no obstante que hay acabados estudios sobre la materia. La Comisión de las Comunidades Económicas Europeas ha dictado, en el marco de la legislación sobre libre competencia, una reglamentación general relativa a la franquicia, que entró en vigencia el 1º de febrero de 1989, en la cual se le define para los efectos de exceptuar estos contratos de las normas sobre competencia contempladas en el art. 85, inciso 3º, del Tratado de Roma.

En Japón, Corea y Taiwán, donde en la práctica se utiliza la franquicia, no está reglamentada sistemáticamente en el derecho positivo.

Definiciones legales de franquicia se han establecido en aquellos ordenamientos jurídicos que han legislado sobre la materia, como ocurre en Estados Unidos de Norteamérica y en Canadá, donde se ha reglamentado a nivel federal y estatal. En los Estados Unidos, la legislación federal no define particularmente la operación de franquicia, sino regula la oferta pública de franquicia, en la mira de proteger la buena fe respecto de personas inescrupulosas que venden negocios inexistentes. La normativa federal norteamericana contempla las condiciones mínimas que deben reunir las ofertas públicas de franquicia y las sanciones civiles y penales que se aplican a quienes las trasgreden. Entre los requisitos de la oferta pública de franquicia deben indicarse los antecedentes del franquiciante, las

características del negocio que ofrece, no sólo en cuanto al objeto del mismo sino también su rentabilidad, a la competencia en el rubro y en general una serie de detalles que tienden a cautelar el interés del franquiciado.

A nivel estatal se han formulado definiciones de franquicia en los estados de Minnesota, de California y de Nueva York. Las diferencias estriban en que la legislación del estado de Minnesota destaca la relación continua como la característica fundamental de la franquicia, tanto que las otras legislaciones ponen de relieve como elemento esencial el método que se transmite. Según la normativa legal de Minnesota, “el término franquicia significa cualquier relación comercial continua creada por un acuerdo o acuerdos por el cual:

a) una persona denominada franquiciante ofrece, vende o distribuye a cualquier persona diferente al franquiciante, bienes, mercaderías o servicios que están identificados por una marca, marca de servicio, nombre comercial, publicidad o cualquier otro símbolo comercial que designa el franquiciante, directa o indirectamente, y asimismo, en segundo lugar, debe cumplir con los estándares de calidad prescritos por el franquiciante bajo cuyo nombre comercial opera utilizando su marca, su marca de servicio, la publicidad u otro símbolo comercial designado por éste,

b) el franquiciante ejerce o tiene autoridad para ejercer un grado significativo de control sobre el método de operación del franquiciado, incluyendo pero no limitado a la organización de negocios del franquiciado, sus actividades promocionales, gerenciales o su plan de negocios o actividades”.

En la legislación de California se define la operación en estudio en los siguientes términos: “La franquicia es un acuerdo expreso o implícito en forma oral o escrita entre dos o más personas por el cual al franquiciado se le concede el derecho de ingresar en el negocio de ofrecer, vender o distribuir bienes o servicios bajo un plan de mercadeo o sistema prescrito o sugerido en parte sustancial por el franquiciante, y la operación del negocio del franquiciado de acuerdo con este plan o sistema, está materialmente asociada con la marca del franchisor, la marca del servicio, el nombre comercial, el logotipo, la publicidad o cualquier otro símbolo del franchisor o una afiliada de ésta, y la persona a la cual se le concede el derecho de ingresar a dicho negocio se le requiere a pagar directa o indirectamente, un derecho de franquicia de US\$ 100 o más dólares”.

La normativa legal del estado de Nueva York no alude a la cantidad de 100 o más dólares y dice que la franquicia es un “acuerdo en forma oral o escrita entre dos o más personas por el cual al franquiciado se le concede el derecho de ingresar a un negocio, de ofrecer, vender o distribuir bienes o servicios, la operación del franquiciado se hace de acuerdo con el plan de negocios o sistema sustancialmente asociado con la marca del franquiciante y el franquiciado debe pagar directa o indirectamente, un honorario”.

En la doctrina se ha definido la franquicia comercial “como la concesión de una marca de productos o servicios a la cual se le agrega la concesión del conjunto de métodos y medios propios que permitan a la empresa franquiciada asegurar la explotación racional de la concesión y de administrar su gestión comercial que es su soporte, en las mejores condiciones de rentabilidad para sí misma y el franquiciante”. Este mismo autor señala,

esclareciendo la noción definida, que: “Se admite que una empresa pueda hacer pagar sus consejos y su colaboración cuando es propietaria de una marca y cuando ofrece un conjunto de productos o de servicios específicamente originales y explotados obligatoria y totalmente según técnicas comerciales renovadas, lo que es denominado franquicia”.

Para la doctrina nacional, la franquicia “es un contrato por el cual un fabricante o, más en general, un prestador de servicios que se llama franchisor –llamémosle también concedente– da a un comerciante independiente llamado franchisee –llamémosle también concesionario–, el derecho a explotar o a comercializar una marca sobre un determinado producto o sobre un servicio comprometiéndose, además, a asistirlo en la organización, en la formación, en las técnicas de comercialización, etc., mediante el pago de un precio”.

En nuestro concepto el franchising es una operación mercantil que vincula, mediante diversos actos jurídicos, a una persona o empresa denominada franquiciante que otorga a otra llamada franquiciado, a cambio de una retribución, una franquicia comercial consistente en el derecho de explotar una actividad económica, generalmente relativa a la comercialización de diversas clases de bienes o servicios incluyendo el uso de un nombre comercial común, una presentación uniforme de las instalaciones, la comunicación de un know-how o saber cómo y el suministro continuo de asistencia técnica mientras la relación se mantenga vigente.

Creemos que la franquicia es una operación y no un simple contrato, porque involucra una serie de actos jurídicos que lo integran o le sirven de soporte, tales como el contrato de licencia sobre uso de marca comercial, el contrato de suministro de know-how o saber cómo y el contrato de prestación de asistencia técnica, por mencionar sólo los más importantes.

32. Clases de franquicia. En los Estados Unidos de Norteamérica, de donde es originaria la operación que nos ocupa, se distingue entre:

- a) product franchising y
- b) format franchising.

El product franchising, como su nombre parece indicarlo, consiste fundamentalmente en un sistema de distribución, que supone la entrega de un producto para comercializarlo o la enseñanza acerca de cómo prestar cierto servicio.

El format franchising implica no sólo la entrega de un producto a distribuir o la instrucción relativa a la forma de prestar un servicio, sino el traspaso de la información completa para operar un negocio de venta de productos o de prestación de servicios. En esta última clase de franquicia el franquiciado no requiere tener ningún tipo de experiencia para emprender la actividad de que se trata. Resulta un tanto difícil imaginar que un sujeto obtenga una franquicia para comercializar automóviles, sin ser un empresario avezado en el mundo de los negocios, pero es perfectamente posible suponer que una persona pueda vender langostas o aprender a cocinarlas, sin tener ninguna experiencia. El segundo tipo de operación que hemos señalado se denomina también business format franchising o franquicia de empresa.

En Alemania se distingue también entre Produktfranchising y Vertriebsfranchising, ejerciendo estas nociones una gran influencia en el orden conceptual sobre los otros países europeos.

Sin embargo, estas dos clases de franquicia no son operaciones estáticas, sino dinámicas, porque se advierte que el product franchising, basado en la distribución de un producto, evoluciona hacia el business format franchising, implicando generalmente la eventualidad para el franquiciante de aumentar la red de distribución y para el franquiciado la posibilidad de iniciar un negocio en el que tiene todo explicado.

En Europa, en general, se distinguen tres clases de operaciones de franquicia: la de productos, la de servicios y la industrial. Esta última está excluida de las normas que regulan la protección de la libre competencia, porque en ella el franquiciado no entra en contacto con el público. La franquicia industrial consiste, fundamentalmente, en el otorgamiento de una licencia de fabricación para desarrollar un bien intermedio.

Tocante a la forma de otorgar las franquicias, se advierte el empleo de dos métodos diferentes, que permiten distinguir entre el denominado development agreement y el llamado master franchise agreement. En el primer tipo de franquicia se otorga a un sujeto la facultad de comercializar un producto en una determinada región, con el compromiso de tener un cierto número de locales propios. En cambio en el master franchisee agreement, se concede el derecho de subfranquiciar a terceros la franquicia otorgada. En esta última operación el franquiciado actúa como tal y al mismo tiempo como franquiciante frente a los terceros respecto de quienes subcontrata la franquicia comercial.

33. Diferencias entre la franquicia y otras operaciones y contratos. La operación de franquicia está inserta en el campo de la distribución mercantil, pero tiene caracteres propios que la diferencian de otras operaciones y contratos que aparentemente resultan muy similares a ella, tales como la agencia, el contrato de distribución y la concesión, por señalar sólo los más conocidos.

La agencia, la distribución y la concesión son figuras que tienen sus propias características y difieren de la operación de franquicia, como veremos a continuación. Las diferencias con la agencia, no con el agente artístico ni el agente marítimo o teatral, sino con el agente que vende productos, mercaderías o servicios, consiste en que éste siempre vende por cuenta y orden del comitente, en tanto que el franquiciado tiene un negocio propio, donde vende por su cuenta y riesgo.

La diferencia con el contrato de distribución radica en que el distribuidor tiene el derecho exclusivo de reventa, pero normalmente no tiene la prestación de garantía y de otras ventajas tales como la asistencia técnica, que el franquiciado adquiere mediante la operación de franquicia comercial.

A diferencia del simple distribuidor exclusivo, el concesionario asume la responsabilidad directa de prestar garantía de los productos que vende mediante la concesión, por lo que su relación con el concedente es mucho más íntima y profunda, a tal punto que puede

afirmarse que no existirían diferencias notables con el vínculo entre el franquiciado y el franquiciado, especialmente tratándose del product franchising. Ahora bien, en el caso del business format franchising o franchising de empresa, existe similitud con la concesión sólo porque tanto el concesionario como el franquiciado actúan por su propia cuenta, pero en la franquicia se le enseña cómo desarrollar un negocio conforme a un método. Así por ejemplo, en la concesión, al concesionario se le venden automóviles para que los revenda sin enseñarle técnicas de venta, en cambio al franquiciado se le traspaşa toda la metodología de la venta y una completa asistencia en mercadotecnia a tal punto que el franquiciado no necesita ser comerciante experimentado en el rubro.

34. Diferencia entre la franquicia y el contrato de licencia. Lo característico del contrato de licencia es que, en virtud de él, un sujeto titular de una patente de invención o de una marca, denominado licenciante, faculta a otro llamado licenciatario, para que la use y registre en un espacio territorial en forma exclusiva, pero sin desprenderse de su dominio. El objeto del contrato consiste en autorizar a una persona para que explote una invención patentada por otra o en suministrar una fórmula de fabricación para que la otra persona elabore un producto.

El contrato de licencia obliga al licenciatario a producir el invento bajo las mismas condiciones técnicas que el producto original sin alterar el procedimiento de elaboración patentado. Se advierte que el objeto del contrato de licencia es diverso del propósito que se persigue con la operación de franquicia, que es mucho más vasto y que precisamente incluye, en el conjunto de aspectos que comprenden la franquicia, el uso de una patente de invención, esto es, una licencia. Así el franquiciado debe producir por sí mismo los artículos o servicios objeto de la distribución, respecto de los cuales el franquiciante le ha concedido licencia, toda vez que este último tiene la patente de invención registrada a su nombre. De esta suerte, el franquiciante deja de tener monopolio absoluto sobre el producto o servicio, permitiendo que el franquiciado lo fabrique y distribuya en el espacio territorial convenido, cautelando que se venda o se preste según las técnicas y procedimientos propios de la patente.

35. Diferencia entre la franquicia y la cesión de patente. El contrato de cesión de patente se caracteriza porque el titular de ella transfiere su propiedad y todos los derechos emergentes de su calidad de propietario industrial, a su cocontratante. Al igual que en la situación anteriormente analizada, la diferencia con la franquicia estriba en la extensión del objeto. Por ser la franquicia una operación mercantil integrada por varios contratos, sin duda, es factible que el franquiciante, titular de la patente, convenga en cedérsela al franquiciado, reservándose, en el caso que explote un establecimiento, la facultad de usarla y registrarla en la zona en donde desarrolla sus actividades.

36. Diferencia entre la franquicia y el know-how. La expresión del idioma inglés knowhow puede traducirse literalmente por saber cómo, esto es, poseer los conocimientos necesarios para hacer una cosa. Se emplea esta alocución para referirse a procesos complejos y

precisos cuyo valor pecuniario se encuentra en el grado de novedad y secreto de los mismos.

La doctrina de los autores ha elaborado numerosas definiciones de la idea de know-how; así por ejemplo, para Guillermo Cabanellas “es un conjunto de invenciones, procesos, fórmulas o diseños no patentados o no patentables que incluyen experiencia y habilidad técnica acumulada la que puede ser transmitida preferentemente o exclusivamente, a través de servicios personales”. Se trata de traspaşar a título oneroso el conocimiento de una empresa a otra, generalmente de distinto nivel tecnológico.

Habida consideración de su objeto, el know-how es diferente de la operación de franquicia, pero nada obsta a que forme parte de ella, como ocurre frecuentemente en la práctica. En la franquicia no sólo se trata de tener el uso de un nombre o de una patente o marca, sino también de tener acceso al conocimiento del método que permite explotar con éxito un determinado negocio. La franquicia suele estar integrada por un contrato de suministro de know-how cuando comprende el sector de la preparación de alimentos donde se requiere crear o mantener la novedad, que es lo que permite conservar e incrementar la clientela. El dueño del procedimiento o técnica, en lugar de optar por el registro o la patente del mismo, que implica revelar el secreto, puede omitir este trámite y conceder al beneficiario una protección de hecho mediante el know-how, que conlleva la preservación del secreto.

37. Comparación entre franquicia, aprovisionamiento y suministro. El contrato de aprovisionamiento tiene por objeto proveer de cosas muebles a una persona natural o jurídica, durante un tiempo determinado, para satisfacer ciertas necesidades, mediante un precio convenido de antemano y que se mantendrá durante toda la vigencia del contrato. Es frecuente que las empresas públicas y privadas celebren estos contratos para proveerse de determinados bienes muebles que requieren durante todo el año.

Por su parte, el suministro es un contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de un precio, a ejecutar a favor de otra una prestación periódica o continuada de un bien o de un servicio, para satisfacer una necesidad particular o colectiva de carácter permanente. El contrato de suministro representa un mecanismo jurídico apropiado para lograr la satisfacción de necesidades generalmente colectivas y permanentes de la vida en sociedad, tales como el uso de agua potable, electricidad, gas, teléfono, telecomunicaciones, medios de comunicación masiva, etc.

A menudo la operación de franquicia comporta aprovisionamiento y suministro, sobre todo cuando se trata del product franchising, que tiene por objeto la distribución de productos o bienes corporales. En tales casos el franquiciado queda obligado a aprovisionarse en forma permanente, continua y generalmente exclusiva, de las existencias del franquiciante, si éste es un industrial. Asimismo, se compromete a obtener en forma permanente ciertos suministros de determinadas empresas del franquiciante o vinculadas a él. Como puede advertirse, los contratos de aprovisionamiento y de suministro pasan a integrar una operación económica de más amplios alcances.



38. Comparación entre franquicia y engineering. Lo que tipifica al engineering es un conjunto de operaciones previas o vinculadas a la realización de una obra, que, no obstante, se pueden separar de su ejecución propiamente tal.

Mediante el engineering un sujeto se obliga a proporcionar a otro determinados antecedentes y estudios técnicos, generalmente de un alto nivel de especialización, relativos un proyecto específico y se compromete además a efectuar la instalación industrial de que se trata.

A primera vista la operación de franquicia comercial y el engineering no tienen nada en común, toda vez que la primera concierne a un mecanismo de distribución y ventas y el segundo se refiere a la industria. Pero como hemos venido indicando en todas las otras comparaciones, la franquicia puede estar integrada también por el engineering, sobre todo cuando se trata de la instalación y la explotación de los distintos establecimientos afiliados a la red de franquicia que requieran de conocimientos de gran especialización tecnológica o científica. Gracias al engineering una empresa, vinculada al franquiciante, se compromete a asesorar técnicamente o a efectuar la instalación y el montaje del establecimiento o industria que requiere el franquiciado. La operación de engineering la toman a cargo empresas o entidades especializadas en ciertos rubros, que cuentan con equipos dotados de tecnología de punta, que están relacionadas con otras en el plano nacional e internacional, lo que les permite llevar a cabo, en inmejorables condiciones, los proyectos e instalaciones industriales.

## Sección II

### Efectos de la franquicia comercial

39. Explicación previa. Los derechos y obligaciones que la franquicia genera para las partes no pueden enunciarse de manera precisa y determinada. Se trata de una operación compuesta de varios actos o contratos, que se conviene bajo diversas modalidades, gracias a la autonomía de la voluntad y según las necesidades y condiciones del mercado.

Es preciso además para determinar los efectos de la operación, distinguir el caso de la franquicia destinada a la distribución de bienes corporales y la franquicia relativa a distribución de servicios. En el primer caso, los derechos y obligaciones se originarán en ciertas estipulaciones de exclusividad, que comportan una renuncia, en gran medida, de la libertad comercial de las partes.

Asimismo, debe considerarse que la franquicia crea una serie de obligaciones de naturaleza especial, que no siempre están expresamente señaladas, pero que se entienden incorporadas a ella, teniendo en cuenta el fin económico perseguido. Así por ejemplo, el franquiciante está obligado a animar y a dirigir la red de establecimientos comprendidos en la operación, para lograr el cumplimiento de los objetivos comunes perseguidos por las partes.

Con todo, intentaremos sistematizar los principales derechos y obligaciones que la franquicia origina para las partes, destacando el carácter eventual y variable de algunos de ellos.

40. Derechos del franquiciante. A cambio del conjunto de prestaciones que el franquiciante ejecuta en favor del franquiciado, tiene como derecho esencial el de percibir determinadas retribuciones o remuneraciones. En primer lugar, el franquiciante está facultado para exigir del franquiciado el pago de una cantidad de dinero, denominada derecho de entrada, que se estima equivalente al derecho de este último a formar parte de la red de establecimientos integrados en la operación y de la prerrogativa de usar la marca o los signos distintivos que pertenecen al primero. Su monto se conviene en relación al prestigio que el nombre comercial, la marca y los otros signos tengan en el mercado. Este derecho de entrada se paga por una sola vez cuando se conviene la operación, salvo pacto expreso en contrario.

Conjuntamente con el derecho de entrada, el franquiciante está autorizado para exigir del franquiciado el pago de determinadas sumas, por períodos de tiempo convenidos, que se llaman rentas periódicas destinadas a retribuir los servicios y ayuda que regularmente le presta. Las rentas periódicas se fijan estipulando un tanto por ciento sobre las ventas brutas mensuales, trimestrales, o semestrales y se pagan por todo el tiempo que dure la operación. Otra prerrogativa que le corresponde al franquiciante es la de establecer las directivas financieras, administrativas, comerciales y de control a las que debe ajustarse el franquiciado. En el ejercicio de este derecho el franquiciante pasa a ser un órgano ejecutor y de control, quedando autorizado para elaborar y hacer respetar todas las directivas que estime adecuadas para el logro de los objetivos económicos de la operación. Tal facultad se ejerce mediante circulares, misivas, memorándums, etc., que revelan una presencia del franquiciante en el establecimiento del franquiciado. Este último debe organizar administrativamente su negocio según el modelo creado por el franquiciante, con lo cual se facilita el control de su gestión y se garantizan un buen servicio y la calidad de los productos ante el público.

En el plano financiero, el franquiciante tiene la facultad de establecer la suma de dinero que el franquiciado debe disponer, inicialmente, para financiar las operaciones de instalación y explotación. Puede tratarse de recursos propios o facilitados por el franquiciante para que los utilice estrictamente en los objetivos señalados y se los restituya en la forma y tiempo pactados. Asimismo, es costumbre que el franquiciante se reserve la facultad de fijar volúmenes mínimos de operaciones y de aplicar medidas correctivas si éstos no se observan.

Tratándose de la organización comercial, es donde la presencia del franquiciante en la empresa del franquiciado resulta más notoria, en términos que este último, en cierta medida, renuncia a su libre iniciativa para integrarse al método de comercialización ideado por el primero. Esto se advierte claramente por el ejercicio de las siguientes facultades de que goza el franquiciante:

–derecho de establecer la forma y decoración del establecimiento mercantil del franquiciado;

- derecho a determinar los procedimientos y técnicas de comercialización;
- derecho a determinar la calificación técnica y comercial del personal;
- derecho a fijar zonas de exclusividad territorial;
- derecho a fijar volúmenes mínimos de venta;
- derecho de abastecer exclusivamente al franquiciado de sus existencias o a indicar fuentes de abastecimiento complementarias, y
- derecho a establecer precios, catálogos, etc.

En el dominio del control, el franquiciante está facultado para vigilar las instalaciones materiales, la calificación técnica del personal, y la aptitud de los métodos de trabajo empleados por el franquiciado. Esta supervisión es fundamental para el buen funcionamiento de la cadena de negocios, para la comercialización de los productos y la adecuada prestación de los servicios, porque el cliente compra cuando se le proporciona información técnica sobre el empleo o el manejo de un determinado artículo y cuando se le asegura un servicio de postventa.

Por último, en lo relativo al control de gestión, el franquiciante puede examinar los resultados logrados periódicamente por el franquiciado, en el ejercicio de su actividad. La fiscalización permite al franquiciante enterarse del contenido de la contabilidad del franquiciado, de sus balances ordinarios, ordenar la confección de balances extraordinarios, como también de adoptar y aplicar diversas medidas, salvo en cuanto entorpezcan el rubro de actividad de este último. No debe perderse de vista que del control de los resultados depende el monto de las rentas periódicas que cobra el franquiciante.

41. Obligaciones del franquiciante. Una de las obligaciones esenciales que el franquiciante tiene consiste en permitir que el franquiciado use su nombre comercial, su marca y signos distintivos para que este último pueda explotar su establecimiento con esa individualidad frente al público. El derecho correlativo del franquiciado consiste en poder usar esos signos, imprimirlos y exhibirlos en todos sus documentos, instalaciones, etc. De esta suerte el franquiciado se beneficia del prestigio y del renombre que el franquiciante ya ha conquistado en el mercado regional, nacional o internacional.

El franquiciante debe asimismo proporcionar al franquiciado el conocimiento y el empleo de técnicas y de los sistemas de comercialización del producto o del servicio, que corresponden a las utilizadas en el establecimiento modelo. En el evento en que los procesos de comercialización y otros estén jurídicamente amparados bajo una patente o un registro de know-how, será preciso ceder legalmente el uso de la patente o de la licencia o del know-how, en su caso.

Incumbe al franquiciante la obligación de prestar permanentemente al franquiciado asistencia y determinados servicios, en todo lo concerniente a la instalación y a la explotación de su negocio. Dicha asistencia dependerá de la clase de productos o de servicios objeto de la distribución o comercialización y de los diversos requerimientos que se le planteen al franquiciado durante la vigencia de la operación.

En la generalidad de los casos se traduce en asistencia para la localización de un buen lugar para el establecimiento, cuando el franquiciado no lo tiene, ayuda para la construcción, instalación y decoración del local donde funcionará el establecimiento, capacitación técnica y comercial del personal, desarrollo de programas de promoción y de publicidad, asistencia financiera, asistencia jurídica y servicio de aprovisionamiento.

42. Derechos del franquiciado. Son correlativos de las obligaciones que gravan al franquiciante y además emanan de ciertas modalidades bajo las cuales se conviene la operación. Al franquiciado le asiste:

- el derecho de usar los signos distintivos o la marca del franquiciante;
- la facultad de conocer y utilizar ciertas técnicas y procedimientos de comercialización de un producto o de un servicio;
- el derecho de gozar de la ayuda y de los servicios que regularmente debe prestarle el franquiciante;
- el derecho de proponer al franquiciante políticas generales de administración, de comercialización, de control, como así también las formas de su aplicación, y
- el derecho a ejecutar sus propias políticas en la explotación de su establecimiento.

43. Obligaciones del franquiciado. La obligación fundamental del franquiciado consiste en pagar al franquiciante el derecho de entrada y las rentas periódicas, como así también los otros valores provenientes de créditos, de servicios adicionales y de aprovisionamiento de mercaderías.

El franquiciado está obligado a cumplir en la explotación de su establecimiento con las directivas financieras, administrativas, comerciales y de control creadas por el franquiciante. Esta obligación se traduce en mantener un establecimiento cuyo aspecto y decoración interior se ajusten al modelo de la organización, en aplicar los métodos de publicidad, de promoción y ventas propiciados por el franquiciante, en disponer de instalaciones materiales y de personal cuya calificación técnica corresponda a los métodos de comercialización utilizados por la red, en poseer un stock de piezas de recambio y un stock de seguridad, en emplear los créditos en la forma y para las finalidades estipuladas, en someterse al control técnico y financiero ejercido por el franquiciante, y finalmente, respetar las cláusulas de exclusividad convenidas en la operación.

44. Cláusula de exclusividad de compra. En todos aquellos casos en que la operación tiene por finalidad la distribución de bienes corporales, se conviene que el franquiciado se obliga a proveerse solamente de los productos elaborados por el franquiciante o por un tercero señalado por éste. Tal es la denominada cláusula de exclusividad de compra, cuyo propósito es lograr y mantener la cohesión y la uniformidad en la cadena de establecimientos explotados bajo la franquicia. Gracias a esta estipulación el franquiciante logra excluir a todo proveedor concurrente, obteniendo que los establecimientos vendan, distribuyan o comercialicen un producto de una sola marca, de igual presentación e idéntica calidad.

45. Cláusula de exclusividad de compra y de venta recíprocas. Cuando la franquicia contiene esta estipulación, el franquiciado queda obligado a proveerse exclusivamente con el franquiciante, quien se compromete, a su turno, a abastecerlo únicamente a él. De esta suerte se configura un doble vínculo de exclusividad: el franquiciante se obliga a entregar sus productos solamente al franquiciado y éste se compromete a abastecerse únicamente de aquél.

46. Cláusula de exclusividad territorial. Si la operación de franquicia está destinada a crear una red homogénea de distribución de bienes corporales, se establecen territorios exclusivos, con lo cual se logran ventajas recíprocas para el franquiciante y el franquiciado.

Esta cláusula implica que cada afiliado debe circunscribir sus actividades a una zona territorial determinada, la cual será su asiento y donde su tarea será distribuir o comercializar según las directivas del franquiciante. Puede convenirse una cláusula de territorialidad simple, en la cual el franquiciante otorga al franquiciado un privilegio de aprovisionamiento exclusivo dentro de su zona, pero no se compromete a protegerlo de la competencia que puedan hacerle otros franquiciados ubicados fuera de dicha zona.

También puede pactarse una cláusula de territorialidad reforzada, según la cual el franquiciante, tal como en el caso anterior, se obliga a proveer exclusivamente al franquiciado situado en la zona convenida, pero este último queda obligado a no vender a clientes localizados fuera de ella y a no enviar vendedores a otras zonas.

## THE THEORY OF THE FIRM AND THE STRUCTURE OF THE FRANCHISE CONTRACT

PAUL H. RUBIN  
University of Georgia

### I. INTRODUCTION

A QUESTION of perennial interest to economists is the question of the nature of the firm.<sup>1</sup> In Coase's terms, we might ask why some decisions will be made within firms by fiat and others between firms by market transactions. But implicit within the entire literature is the idea that there is a reasonably sharp distinction between transactions within firms and transactions between firms; that is, there is an assumption that the border of the firm is sharp.

There are many types of transactions which profit-seeking individuals might find worthwhile in the marketplace; products and markets have sufficiently diverse characteristics so that a large number of arrangements might be profit maximizing. Thus, it would be surprising if there were in fact a sharp distinction between interfirm and intrafirm transactions; rather, we would expect hybrid cases where markets allow various types of optimal blends. In fact, we do observe such mixed cases. One such intermediate case, much studied by economists, is sharecropping;<sup>2</sup> another type of hybrid is franchising. In this paper, the nature of the franchise contract is examined, using the tools of the theory of the firm discussed in the articles cited in note 1.<sup>3</sup> Section II discusses the institutional structure of the franchise.

<sup>1</sup> See Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* 386 (1937), reprinted in *Readings in Price Theory* 331 (George J. Stigler & Kenneth E. Boulding eds. 1952); George J. Stigler, *The Division of Labor is Limited by the Extent of the Market*, 59 *J. Pol. Econ.* 185 (1951), reprinted in George J. Stigler, *The Organization of Industry* 129 (1968); Armen A. Alchian & Harold Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, 62 *Am. Econ. Rev.* 777 (1972); Paul H. Rubin, *The Expansion of Firms*, 81 *J. Pol. Econ.* 936 (1973); and Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, 3 *J. Fin. Econ.* 305 (1976).

<sup>2</sup> See, for example, Steven N. S. Cheung, *The Theory of Share Tenancy* (1969).

<sup>3</sup> Richard E. Caves & William F. Murphy, II, *Franchising: Firms, Markets, and Intangible Assets*, 42 *S. Econ. J.* 572 (1976), discuss many of the points raised here. However, their discussion is primarily in terms of assumed monopoly power of the franchisor; the discussion here is in terms of maximizing joint profits of both parties. Since markets for franchisees and markets for franchisors are both competitive, monopoly arguments seem inherently weak.

Section III considers and rejects the standard explanation of franchising in terms of capital markets. In Section IV an alternative explanation, consistent with economic theory, is proposed. Section V considers some additional aspects of franchising, and in Section VI some antitrust implications of the theory are developed. The last section is a summary.

### II. INSTITUTIONAL STRUCTURE

A franchise agreement is a contract between two (legal) firms, the franchisor and the franchisee. The franchisor is a parent company that has developed some product or service for sale; the franchisee is a firm that is set up to market this product or service in a particular location. The franchisee pays a certain sum of money for the right to market this product.

Franchise contracts have several more or less standard clauses.<sup>4</sup> First, the franchisor may provide various sorts of managerial assistance to the franchisee. This assistance will usually include site selection; training programs, either on the job or institutional; provision of standard operating manuals; provision of ongoing advice; and miscellaneous assistance, such as design of physical layout of the plant and advertising. The extent of assistance varies from industry to industry; in some cases there is virtually none.

Second, the franchisee will agree to run the business in a manner stipulated by the franchisor. Control by the franchisor may extend over products sold, price, hours of operation, conditions of the plant, inventory, insurance, personnel, and accounting and auditing. (Some of these controls have been weakened or overturned by various antitrust rulings.)

Third, the franchisee will pay royalties, usually a percentage of sales, to the franchisor. In addition, the franchisee may be compelled to purchase inputs from the franchisor or from approved suppliers, though this requirement will vary from contract to contract.

Fourth, the contract will have a termination clause. Usually the franchisor will be able to terminate the agreement almost at will. Finally, there will be miscellaneous clauses, dealing with matters such as the right of the franchisee to sell the franchise, rights of heirs of the franchisee to inherit the business, and the right to open a competing business after ceasing to be a franchisee.

Although some of the ability of the franchisor to control the behavior of the franchisee has been limited by various antitrust rulings,<sup>5</sup> we will con-

<sup>4</sup> Urban B. Ozanne and Shelby D. Hunt provide a statistical analysis of terms of franchise contracts. See *Select Comm. on Small Business*, U.S. Senate, 92nd Cong., 1st Sess., *The Economic Effects of Franchising* (Comm. Print 1971) [hereinafter cited as *Economic Effects of Franchising*]. For a legal analysis, see Coleman R. Rosenfield, *The Law of Franchising* (1970).

<sup>5</sup> Coleman R. Rosenfield, *supra* note 4, has a discussion of antitrust implications of franchising.

sider contracts in the form which they took before such rulings, on the assumption that unrestricted contracts would have been profit maximizing. Under such contracts, it is notable that the franchisor has almost complete control over the behavior of the franchisee—in fact, the relationship is almost that of a firm and an employee. This relationship is especially apparent when we consider the ease with which the franchise agreement can be terminated by the franchisor. In this sense, it appears that the definition of the franchisee as a separate firm, rather than as part of the franchisor, is a legal and not an economic distinction. In fact, part of the argument of this paper is that there exists no meaningful economic distinction—that is to say, the economic concept of “firm” does not have clear boundaries.

### III. CAPITAL MARKET EXPLANATIONS OF FRANCHISING

A common explanation for the franchising of independent firms, rather than reliance on expansion by wholly owned subsidiaries, is that franchising is a method used by the franchisor to raise capital.<sup>6</sup> Thus, it is argued, the franchisor is able to expand his business more quickly than would otherwise be the case.

A consideration of this argument in the light of modern capital theory quickly indicates that it is fallacious. A franchisor will own outlets in many areas; a franchisee will in general own only one or a few outlets in the same area. Thus, the investment of the franchisee will be much riskier than the overall franchise chain. A risk averse franchisee would clearly prefer to invest in a portfolio of shares in all franchise outlets, rather than confining his investment to a single store.

This means, essentially, that the franchisee will require a higher rate of return on his capital if he is required to invest in one outlet rather than in a portfolio. Conversely, the franchisor, by forcing a relatively large risk on the franchisee, will himself earn a lower rate of return. This argument thus appears to make sense only if we assume that franchisors are more risk averse than franchisees. But since franchisees commonly invest a large share of their assets in acquiring the franchise, it is unlikely that this will be the case.

<sup>6</sup> Every source I have found assumes that capital is the explanation for franchising. For example: Economic Effects of Franchising, *supra* note 4, at 32, “Obviously, these firms are in franchising because they do not (or did not) have the necessary capital to expand through company-operated units . . .”; Coleman R. Rosenfield, *supra* note 4, at 8, “Yet this new breed of entrepreneurs [the franchisors] found that capital demands soon exceeded their resources . . .”; Alfred R. Oxenfeldt & Donald N. Thompson, Franchising in Perspective, 44 *J. Retailing* 3 (Winter, 1968-69), “Franchisors create these systems because they have too little capital to consider a wholly-owned chain . . .” (*id.* at 9); Richard E. Caves & William F. Murphy, *supra* note 3, at 581, “For financing outlets the capital supplied by franchisees has no ready substitute.”

Let us make, *arguendo*, the strongest possible case for the capital market argument. Assume that franchisors are unable to use normal capital markets for expansion. Therefore also assume that they want to rely on their store managers for a source of capital. (Stating these conditions immediately indicates their implausibility.) Even in this case, the franchisor would do better to create a portfolio of shares of all outlets and sell these shares to his managers. This would diversify risk for the managers, with no (capital) effect on the franchisor. Thus, it is clear that capital market arguments do not explain franchising.

### IV. AN ALTERNATIVE EXPLANATION

The alternative explanation follows directly from the work of Alchian and Demsetz<sup>7</sup> and Jensen and Meckling<sup>8</sup> on monitoring and control within the firm. Specifically, franchising is usually undertaken in situations where the franchisee is physically removed from the franchisor, and thus where monitoring of the performance and behavior of the franchisee would be difficult. In this situation, it pays to devise control mechanisms which give the franchisee an incentive to be efficient—to avoid shirking and excessive consumption of leisure. To the extent that such mechanisms can be devised, both the franchisee and the franchisor gain, for they have a larger amount to share in some way. In other words, the shirking that is avoided is shirking that both parties would find undesirable.

The simplest way to motivate the franchisee is to give him a share of the profits of the franchise. Then he will work as hard as is efficient; any leisure he consumes will clearly be worth the true cost. Thus, we would expect the franchise contract to be written in such a way as to give the franchisee much of the profits in the operation.

But presumably there is a well-defined market for people with the ability to be franchisees, and franchisors would not want to pay more for these people than this amount. There is, however, no assurance that the present value of these salaries would be equal to the present value of the profits of the franchise. Thus, the franchise fee is simply the difference between these two present values. The franchisee pays for the right to run the business and collect some of the profits from it for some period of time; presumably his payment is adjusted so that he will make a normal return on his time and on his investment in the business (that is, on the payment), with this return adjusted for risk.

Consider an example. Assume there exists some franchise which will pay \$15,000 per year for ten years. If the interest rate is 6 per cent, the present

<sup>7</sup> Armen A. Alchian & Harold Demsetz, *supra* note 1.

<sup>8</sup> Michael C. Jensen & William H. Meckling, *supra* note 1.

value of this stream is approximately \$110,000. Assume the wage of a person competent to run this firm is \$12,000. Then the present value of his earnings is approximately \$88,000. Thus, the franchisee would pay \$22,000 for the franchise and would earn a normal return on his time. (In fact, he would pay somewhat less than this, for he would also require a return on the investment.) This explanation of franchising, while rather obvious, has nonetheless not been pointed out in the literature, where the capital market explanation is universally held to apply.

The argument to this point would seem to imply that the franchisee would receive all of the profits of the enterprise. If he receives only a share of the profits, there will still be some residual shirking. We would expect the payment made by the franchisee, the franchise fee, to be equal to the expected present value of the stream of profits; there would then be no ongoing payment from the franchisee to the franchisor.

In fact, we do not observe this: rather the franchisor usually gets a share of the proceeds of the business. (Generally, the share is either a percentage of sales or a fee from selling goods and services to the franchisee.) It might appear that this method is used because of uncertainty: with a royalty payment, if the franchise should turn out to be more successful than predicted, the franchisor will obtain some of the excess profits; if it should turn out to be less successful than expected, the franchisee will not bear the full cost of this lack of success in his fee. However, due to the inefficiency of the reduction of the franchisee's property rights in the profits of the enterprise, we would expect that another method could be evolved for risk sharing. Another possibility may have to do with capital markets: franchisees are usually individuals with relatively small personal wealth, and it may be difficult for them to raise enough capital to pay the full expected value of the franchise profits. While we cannot reject this argument out of hand, reliance on imperfect capital markets as an explanation of behavior is generally not satisfactory.

The most plausible explanation seems to be that the franchisee has some incentive to motivate the franchisor to be efficient—that is, just as the franchisor desires the franchisee to run the operation efficiently, so the franchisee desires to give the franchisor an incentive to be efficient in those aspects of the relationship which require an ongoing performance by the franchisor. One area of such behavior is the ongoing managerial advice which the franchisor is sometimes required to give the franchisee; another area is advertising by the franchisor.

It is unlikely that either of these aspects of control is important enough to justify the reduction in the franchisee's profits and the corresponding reduction in his incentives for efficiency. However, there is another area in which the franchisee would like to control the behavior of the franchisor. To understand this, we must consider what the franchisee is buying when he buys a

franchise. The main item purchased is the trademark of the franchise. This is valuable because consumers have a good deal of information about price and quality sold by establishments with a given trademark. Consumers have this information precisely because the franchisor polices franchises and makes certain that quality standards are maintained. What is involved is a classic externality problem. If any one franchisee allows quality to deteriorate, he will generate revenue because consumers perceive him as being of the same quality as other stores with the same trademark. Thus, if one franchisee allows the quality of his establishment to deteriorate, he benefits by the full amount of the savings from reduced quality maintenance; he loses only part of the costs, for part is borne by other franchisees. All franchises would lose something as a result of this deterioration in one franchise: consumers would have less faith in the quality promised by the trademark.

There are several aspects to this policing. First, the franchisor must be careful to grant franchises to those who are likely to be competent in running them. Some screening of potential franchisees is important. Second, the franchisor must control the quality of products offered by the franchisees. We argued above that the franchisee could best run the day-to-day operations of the business; this is true in the sense that he can produce the desired good (including quality) at least cost. However, it is relatively inexpensive for the franchisor to monitor the quality of the good produced, as opposed to the method of production. This is the sort of monitoring which franchisors undertake. Third, errors will sometimes be made, and some franchises will not be profitable. Such businesses will operate in the short run if they are covering variable costs and will shut down in the long run, when capital has been sufficiently depreciated. But it is precisely this depreciation of capital that the franchisor wants to avoid. The franchisor wants to eliminate any operations not maintaining the quality of the franchise. Contracts calling for easy termination of franchises makes it possible to avoid the period of quality deterioration.

Because of the externality problem, all franchisees have an interest in having quality policed. Assume now that the franchisor sold the entire value of the profits to franchisees—that is, the franchisor obtained no royalty from current sales. If quality deteriorates, this would reduce his income because renewal fees would decrease, as would fees from sales of new franchises. In addition, profits of existing franchises would also be reduced, but this reduction would have no effect on the franchisor. He would bear only part of the cost of reduced quality, and thus would have an incentive to underinvest in resources used in policing franchisees.

Thus, giving the franchisee a large share of the profits of the operation creates an incentive for him to be efficient in that part of the operation he can most efficiently control; giving the franchisor a share of the profits of all

franchises gives him an incentive to be efficient in those aspects of the enterprise under his control. Both parts of the contract can be understood as an attempt to give property rights to the parties to the transaction in those areas that they can efficiently control.

In virtually all franchise contracts, the receipts of the franchisor depend on the revenue (not profits) of the franchise. In some cases, there is a payment of a percentage of sales to the franchisor; in other cases, the franchisee is required to buy inputs from the franchisor at above market prices. Ozanne and Hunt<sup>9</sup> claim that this type of contract is inefficient, in that it would be more efficient for the franchisor to share in profits rather than revenues. They claim that the reason sales, rather than profits, are used is because monitoring of sales is easier than monitoring of profits. But in fact, most contracts give the franchisor the right to order audits of the franchise, and it is not clear monitoring would be that difficult. Rather, it seems likely that the element of control of the franchisor—the policing of franchisees—is more closely related to sales than to profits; thus, the contracts seem to be written in such a way as to give the franchisor the correct incentives.

The analysis to this point has some additional implications. First, there is some evidence in the literature that franchisors are buying back franchises in urban areas.<sup>10</sup> If franchising is used because control of behavior of store managers is difficult, then we would expect the existence of several stores in an area to reduce this control problem; the franchisor could have an agent who would supervise several stores as a unit. (Of course, the problem of monitoring the monitor would remain; but this would be a reasonably straightforward employer-employee problem and would be less difficult than monitoring the behavior of a store manager.) If stores are geographically separated, on the other hand, this sort of supervision would be more expensive, for monitors would need to spend much time traveling from store to store. When a franchisor begins operations, he will not have many stores in any given area; after some time, if successful, he will have many outlets in large urban areas. At this point it becomes worthwhile to buy back the franchises. Thus, the existence of owned outlets in urban areas and franchised outlets elsewhere would be consistent with our hypothesis.

The argument also has some implications about types of contracts in different businesses. Businesses can vary in two relevant dimensions: the amount of discretion available to managers and the value to the business of the trademark. In those businesses where there is much managerial discretion, we would expect a higher percentage of the revenue of the franchisor to come from the initial fee and a relatively lower percentage to come from

<sup>9</sup> Economic Effects of Franchising, *supra* note 4, at 46.

<sup>10</sup> *Id.* at 81.

royalties; where there are relatively few managerial decisions to be made, we would expect more of the income of the franchisor to come from royalties. Second, where the trademark is more valuable, we would expect relatively more of the franchisor's revenue to come from royalties, for this would create an incentive for him to be efficient in policing and maintaining value. Thus, this theory has testable implications about the relationship between the nature of the industry and the franchise contract.

## V. ADDITIONAL ISSUES

In this section, we discuss the behavior of the franchisee, the behavior of the franchisor, and some additional issues dealing with their interrelationship.

### A. Franchisee Behavior

Perhaps the most important question to ask about the franchisee is why he would seek a franchise rather than operating an independent business. There appear to be four advantages from a franchise. First, the trademark of the franchise and the product sold appear to be valuable, and the franchisee is willing to pay something to sell these commodities. Second, the franchisor often gives managerial advice to the franchisee. This advantage would appear to be minimal, however, as the market is easily able to provide such training; indeed, many types of franchises involve no such training. Third, the franchisor often makes capital available to the franchisee in some form—either by cosigning for a bank loan or by actually buying the plant and leasing it to the franchisee. Presumably, franchisors are less risky borrowers than franchisees, and thus there can be a saving here. Finally, to the extent that franchisees are closer to being employees than entrepreneurs, they may simply lack the requisite human capital to open businesses without the substantial assistance of franchisors.

### B. Franchisor Behavior

There are some aspects of franchisor behavior which we have not considered. First, franchisors often desire to closely control the behavior of franchisees. It appears that one major advantage of a franchise is the information it provides to consumers: when I take my family to a McDonald's I know what to expect, no matter where it is located. Thus, it would be worthwhile for McDonald's to spend a fair sum to maintain this situation and to curtail any local variation. This same sort of information control has been advanced as an explanation of the desire of manufacturers to maintain prices through resale-price-maintenance agreements.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> This point is made in George J. Stigler, *The Economics of Information*, 69 *J. Pol. Econ.* 213 (1961), reprinted in George J. Stigler, *The Organization of Industry* 171 (1968).

It was mentioned above that franchise contracts sometimes have clauses preventing the franchisee from opening a similar business for some period after termination of his franchise relationship. We would predict that this would be most common in those cases where substantial amounts of training are provided by the franchisor; much of this training would be in the form of general human capital, and the franchisor might well desire to avoid having persons acquire this human capital for other uses.<sup>12</sup>

### C. Interactions

Stigler and Rubin in their discussions of the firm develop the concept of "functions" or "activities" of a firm.<sup>13</sup> The argument is that different functions will reach their lowest cost level at different levels. Stigler uses this argument as an explanation for vertical integration; Rubin uses it as the basis for a theory of firm expansion. However, this concept is also useful if we view the franchise as a hybrid between firm and market. In particular, we would argue that the franchisor will perform functions with costs which fall for a substantial level of output, while the franchisee will perform functions whose average cost curve turns up relatively sooner.

The most important function performed by the local franchisee is, of course, managing the day-to-day operations of the business. In fact, the entire justification for franchising turns on the fact that costs of this activity quickly become large (because of control problems), so that it pays to split this function off from the large firm (the franchisor) and to transfer it to the franchisee.

On the other hand, other management functions seem to have more substantial economies of scale. Thus, the franchisor sometimes provides a detailed operating manual for franchisees; provides training; frequently designs the plant and selects the site; and often provides ongoing managerial assistance. In addition, the franchisor generally purchases advertising for the enterprise—although this advertising is paid for by the franchisees through an advertising fund. It therefore appears that the division of tasks between the franchisor and the franchisee can be explained in terms of the average cost of performing these different tasks.

## VI. ANTITRUST IMPLICATIONS

Recently, various aspects of the franchise contract have come under the scrutiny of antitrust authorities, including decisions on the exclusivity of the sales agreement, tying sales, price and product control, and termination arrangements in the franchise contract. There are several grounds for criticizing this trend.

<sup>12</sup> Gary S. Becker, *Human Capital* (2d ed. 1975).

<sup>13</sup> George J. Stigler, *supra* note 1; Paul H. Rubin, *supra* note 1.

First, there are many possible franchisors. No individual who wants to become a franchisee is forced to sign with any one franchisor; the market for franchise operations is competitive, with the only monopoly element being the trademark. Thus, it is difficult to see why the courts would want to interfere at all in the franchisee-franchisor relationship. What is involved here is a general freedom-of-contract issue rather than a specific franchise issue.<sup>14</sup> Arguments which rely on the ignorance of the franchisee or the bargaining-power advantage of the franchisor are as valid here as in any other context (which is to say, not very valid).

Part of the justification for antitrust intervention may be that, once the contract is signed, the franchisor is in a monopoly position relative to the franchisee. But this argument rests on a misinterpretation of the nature of the relationship between the two parties. Legally, the franchisee is a firm dealing with another firm, the franchisor. This legal classification is apparently a result of the fact that the franchisee must pay for the franchise. But, as we have seen, the economics of the situation are such that the franchisee is in fact closer to being an employee of the franchisor than to being an independent entrepreneur. It would thus appear that the categorization required in the legal system leads to inefficiency when the courts behave as if this legal categorization had some economic validity; in fact, one of the major purposes of this paper has been to point out that there is no clear-cut division between what is and what is not a firm.

Should the courts continue to interfere in the franchise contract, it is possible that franchisors will turn to wholly owned stores rather than to franchises. However, the efficiency incentives in having the manager earn a share of the profits may be sufficiently large for firms to try to preserve this arrangement. An alternative would be the evolution of an entirely new institution, where it would be explicitly recognized that the manager is an employee of the company, paying some amount for the position and being compensated entirely out of profits. However, the evolution of major new legal institutions is expensive, and the franchising contract would probably have to be more inefficient than it now is before such a development would be worthwhile.

## VII. SUMMARY

In this paper we have used the modern theory of the firm—relying on an analysis of property rights, incentives, and monitoring—to explain the nature of the franchise contract. We have argued that the franchise relationship is intermediate between a single firm and a market transaction, and

<sup>14</sup> Richard A. Epstein, *Unconscionability: A Critical Reappraisal*, 18 *J. Law & Econ.* 293 (1975).



have shown that economic theory can explain the precise nature of the payments made by each party. In particular, the structure of the contract is such as to give each party property rights in those aspects of the operation under his control.

Finally we argued that application of antitrust law to franchising is erroneous, based on a confusion of legal categories with economically meaningful categories.