

# La Constitución y los contratos.

Por Juan Vicente Sola

## La Constitución como contrato de largo plazo.

Un modelo para describir la Constitución.

El contrato es una justificación de las actividades humanas y trasciende su utilización civil o comercial.

El concepto de contrato social es un modelo de legitimación de la pertenencia del individuo dentro del estado. Es una justificación de la existencia del gobierno. Como todo modelo, es una simplificación de la realidad y por lo tanto, las críticas en cuanto a su sencillez frente a la complejidad de la vida social, son infundadas. **Los modelos teóricos deben ser considerados primariamente por la certeza de sus predicciones antes que por la realidad de sus presunciones.** Esta es una buena aclaración para quienes piensan que es históricamente falso hablar de un contrato que nunca fue concluido o de un estado de naturaleza que nunca existió. La ventaja de un modelo es que nos permite simplificar la muy compleja realidad social y, de esta manera, **comprender mejor ciertos fenómenos y predecir comportamientos futuros.** Esta capacidad de predicción de los modelos es lo que los hace particularmente útiles en las ciencias sociales. Se sacrifican ciertas variables para distinguir otras, pero si el modelo es útil nos permite predecir el comportamiento.

**Un modelo no es simplemente una metáfora.** Ésta es es el desplazamiento de significado en los términos con una finalidad estética y permite la descripción de algo mediante una semejanza por analogía. Es decir, describe una palabra a través de su semejanza o analogía con otra palabra. Un ejemplo es la expresión de Ortega y Gasset “el Estado como piel” como forma de definir al liberalismo político. Un modelo en cambio es una hipótesis cuyo objetivo es explicar una situación o comportamiento y eventualmente prever su evolución. Los modelos son

primordialmente positivos y no normativas, buscar describir y explicar los comportamientos pero no los imponen.

El modelo de contrato social es, en este sentido, sumamente útil porque a pesar de que falte rigor histórico, nos permite predecir la visión que tienen los miembros de la sociedad sobre la eficiencia del Estado. Cuando el modelo de contrato no se cumple, aparecen los riesgos de conflicto social, o si la que se encuentra desprotegida es una minoría, ésta emigra. Este voto con los pies es mucho más común de lo que parece a simple vista. No sólo se emigra físicamente mudándose con su familia a otro estado, sino que pueden mudarse más fácilmente capitales o inversiones a otros espacios. Este fenómeno es evidente en la historia argentina, que se benefició de la gran inmigración a fines del siglo XIX y que ahora enfrenta un fenómeno inverso. El fenómeno ocurrió no sólo con el movimiento de personas sino también con el de capitales y de inversiones.

Las reglas del contrato social son mucho más estrictas y útiles de lo que una lectura puramente histórica podría suponer. El renacimiento de este modelo en las nuevas doctrinas contractualistas que van de Rawls a Buchanan, incluyendo los aportes de Hayek y de Edmund Phelps así lo demuestran.

**El Contrato Social es un modelo para describir la Constitución.** El contrato social es un elemento preconstitucional y si se cumple legitima la Constitución existente. en una democracia un grupo de personas decida a través de una votación cuáles son los bienes que el gobierno debe ofrecer y cuáles no, en cambio un individuo puede decidir por sí mismo si compra un producto en el mercado. En la elección un individuo sólo tiene un voto mientras que en la decisión privada en el mercado puede concentrar sus recursos para obtener el bien que desea. Requiere el filtro del voto a través de representantes y el representante puede tener intereses que aunque sean legítimos no coincidan con los de sus representados. Es decir, que expresiones como el “interés general” pueden resultar ejercicios metafísicos sin relación con situaciones concretas.

La existencia de una Constitución escrita que no puede ser reformada por el proceso legislativo ordinario, rige para los tiempos, según la expresión del Juez Marshall (En el caso “*McCulloch vs. Maryland*” de 1819. ) Es una situación similar a un contrato de largo plazo, o necesita de una estructura de gobierno de las normas en el tiempo (“Estructura de gobierno” es una versión castellana de la palabra “governance” utilizada particularmente por la escuela neo institucional en economía, puede ser traducida asimismo como “buen gobierno”. ) Si las normas constitucionales pudieran reformarse con la sencillez de una ley, las constituciones serían funcionalmente leyes y sólo tendrían los límites de las convenciones constitucionales o probablemente los gobiernos no tendrían límite alguno.

#### La estructura de gobierno en un contrato.

**La “estructura de gobierno” es utilizada para administrar los contratos de largo plazo, si los contratos no pueden, en principio, ser reformados o anulados sin el consentimiento unánime de las partes,** cuando un contrato es de largo plazo requeriría una revisión permanente. Como esto es muy costoso, originalmente se redactaron contratos con términos muy genéricos pero que dificultaban su interpretación y favorecían el incumplimiento. La solución fue la creación de las estructuras de gobierno que administran los contratos. En este sentido, el modelo de contrato puede ser asimilado al concepto de **Constitución que requiere para su reforma una mayoría calificada y es lo que la diferencia de la ley ordinaria. De la misma manera que la Constitución, un contrato establece una norma que es difícil de cambiar y está designada para gobernar el futuro. Pero la falta de una estructura de gobierno nos llevaría a vivir en una convención constituyente en sesión permanente.** La Corte Suprema es la estructura de gobierno que establece la Constitución.

Tradicionalmente **el concepto de Constitución ha sido asociado al de**

**contrato social.** Este modelo contractualista de Constitución describe con más precisión al sistema constitucional que la idea de una ley suprema que es legislada por unos constituyentes históricos e impuesta a los ciudadanos. Nuestra propia Constitución establece los límites del contrato social cuando reconoce el límite de **las acciones privadas que se encuentran fuera de la autoridad del gobierno** según expresa el **art. 19**. El derecho a la intimidad y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratar en las constituciones modernas están asociados con la idea contractualista de Constitución. Probablemente la primera descripción eficaz de la Constitución como contrato de largo plazo y de la Corte Suprema como órgano de gobierno haya sido hecha por John Marshall en *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), cuando señaló:

*Nunca debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando... Una Constitución que ha sido creada con la intención de prevalecer para las épocas futuras y consecuentemente debe adaptarse a las variadas circunstancias de los asuntos humanos.*

Marshall expresó que la interpretación de la Constitución es diferente a la de la ley o de los reglamentos, ya que la Constitución no tiene la verbosidad de un código. Es similar a un contrato de muy largo plazo.

### El contrato de largo plazo

La pregunta central si imaginamos un contrato social es por qué los individuos eligen tener un gobierno. Un “gobierno” significa **un ambiente en el que cada uno no tendrá libertad para ejercitar todas sus preferencias**, ya que existe algún elemento de control impuesto por esta estructura. El fundamento es que cada uno consentirá **una pérdida de libertad actual o potencial cuando hay una maximización de utilidad en ella**. La razón básica para dar una porción básica de la libertad propia es que es una parte necesaria del contrato social con otros que estarán igualmente limitados. Debemos entregar algo para inducir la cooperación de los demás.

El acuerdo para limitar la libertad propia no solamente constituye el elemento necesario en el contrato social para lograr la formación de un gobierno, sino que puede aumentar el poder propio para influir en los demás. El ejemplo es el de tener un sistema de gobierno que permita el cumplimiento de los contratos. La pregunta es saber ¿cómo la existencia del gobierno mejora la situación de los individuos? La razón básica está asociada al concepto de **externalidad**, tanto positiva como negativa. La imposibilidad para el productor de una obra de internalizar las **externalidades positivas, es decir, la protección de lo producido por su trabajo**, puede llevar a que el productor o inventor no lleve a producción algo que todos considerarán valioso, pero que no están dispuestos a producir esperando que alguien más se lo quite o lo lleve a la producción sin su autorización.

Las **externalidades negativas** son el opuesto de lo dicho. Si en las externalidades positivas el productor incurre en todos los costos pero es incapaz de capturar todos los beneficios, en las negativas el productor capta todos los beneficios de la producción pero los costos de producción son en parte asumidos por otros. Es el caso de la fábrica que contamina el aire o el agua pero no incurre en costo alguno por las consecuencias de su acción. Existe la posibilidad de que las externalidades puedan ser controladas por acuerdos privados, pero esto es difícil sin el paso crítico de determinar el derecho al uso del agua o los niveles de contaminación permitidos. La negociación requiere de una determinación de títulos de propiedad previa.

**La existencia de bienes públicos sugiere que el bienestar de los individuos requiere de la cooperación.** El problema es que la cooperación en larga escala es una difícil obtención y corre el riesgo de comportamientos oportunistas. Por ello, aun los maximizadores del interés propio consienten en la pérdida de la libertad que está asociada con la existencia de un gobierno.

Son circunstancias en las cuales el sistema de gobierno es más reciente que el “estado de naturaleza” o la ausencia de gobierno. La cantidad de libertad personal que los individuos están dispuestos a ceder estará

determinada por la valoración que hacen de esa libertad frente al valor obtenido al asociar la libertad de cada persona al formar un gobierno.

**Un gobierno que establezca la coerción de los individuos no cumple con ningún criterio de eficiencia.** Si el gobierno pudiera simplemente ser establecido por una mayoría del pueblo que mejora con ello y está de acuerdo en someter a la minoría. Esta subordinación de la minoría no sólo no sería eficiente en el criterio de Pareto, sino que no existe garantía que fuera eficiente en el criterio Hicks-Kaldor, ya que es imposible de saber si los beneficios obtenidos por la mayoría pueden ser superiores a las pérdidas incurridas por la minoría.

## El contrato constitucional

El modelo de contrato de largo plazo describe a la Constitución mucho más que imaginarla como una ley fundamental. La idea de una Constitución impuesta por una decisión de una mayoría supone que no establece límites adecuados al gobierno. Por el contrario, la Constitución, como un contrato, resuelve el método de organización del gobierno que se crea, y le establece límites que debe aceptar.

Utilizar la analogía de un contrato de largo plazo para definir la Constitución no supone considerar a las constituciones como similares al consentimiento estricto que dos adultos adecuadamente informados prestan al incorporarse a un contrato. **Todo ello en gran medida debido a que la Constitución no es ratificada por el voto popular y que los votantes hubieran tenido una información fragmentaria y que no hubieran llegado a una solución unánime.** Como ciudadanos apoyamos la Constitución porque es mejor que la anarquía o la dictadura, sus alternativas no demasiado lejanas en nuestra historia. **La Constitución es un contrato implícito, que aceptamos a través de nuestro consentimiento a través de actos expresos e implícitos que se suceden a través del tiempo.** La diferencia con otros contratos implícitos como el uso común de un idioma, es que **el contenido del**

**contrato Constitución puede ser debatido en los tribunales.** De esta manera podemos utilizar el modelo del contrato de largo plazo para interpretar al Estado constitucional. **Describe positivamente el comportamiento, bajos costos de transacción al litigar y debate dialógico sobre la norma constitucional aplicable.**

Una **alternativa es una renegociación entre las partes.** Esta solución podría ser razonable si la situación es un acuerdo bilateral en los que existe una dependencia mutua que crea un incentivo para encontrar una solución, aunque también la negociación es costosa. Esta solución es inaplicable en los casos que una parte en el contrato tenga cuando la contingencia ocurre el monopolio exclusivo del uso de la fuerza, como es el caso del gobierno, que debe enfrentar un conjunto de habitantes desorganizados en un futuro indefinido. Esta sería la situación si la Constitución debiera enfrentarse a problemas no previstos por los constituyentes en su texto, y dejara los arreglos constitucionales futuros de la sociedad a una **renegociación entre el gobierno y el pueblo.** Una asamblea constituyente.

La solución posible es que exista **una agencia permanente que actúe como representante de los habitantes y ciudadanos,** éste es el marco constitucional de la Corte Suprema, que fue diseñada para que fuera independiente de las otras ramas del gobierno. Cuando es percibida como un protector de la ciudadanía que regula la solución de conflictos, la Corte no puede adoptar una interpretación estrecha de la Constitución, ya que ese texto no puede prever todas las contingencias posibles y en particular las que han surgido en un plazo de ciento cincuenta años. Esta visión describe en forma realista el contenido del derecho constitucional como un cuerpo de derecho creado por los jueces, contenido en el texto constitucional pero no derivado de él en un sentido estricto.

**La Corte Suprema como “estructura de gobierno” de la Constitución.**

La Constitución contiene necesariamente normas redactadas en

términos muy generales. Podemos entonces **describir a la Corte Suprema como el agente de la presente generación**, si bien limitado por el texto de la Constitución, para hacer cumplir un contrato que nos une en una sociedad de convivencia. La Corte Suprema cumple con esta función antes que como el agente de los constituyentes. Existe por lo tanto un incentivo muy débil para ser **un agente del pasado**. Tomemos como ejemplo de los **riesgos de no tener un intérprete final de la Constitución**. Si el **voto de una mayoría** simple permitiera variar la **representación política o expropiar la riqueza** de una minoría, se dedicarían recursos enormes para lograr esa legislación o para evitarla. La existencia del requisito super mayoritario que tiene la norma constitucional, limita el debate legislativo.

### La Constitución y el derecho privado.

La visión tradicional de la “doctrina de la acción de estado” (State action doctrine) imaginaba a la Constitución como aplicable a los casos sobre la acción del gobierno. Las cuestiones entre las personas se resolvían por las normas de derecho común y los contratos entre ellos. Sin embargo la Constitución no solo se aplica a las cuestiones sobre la acción gubernamental sino también a todo el ordenamiento jurídico. Esta aplicación adecuada de la cláusula de supremacía fue confirmada ya en el caso Samuel Kot (Fallos 241:291) que extendió la recientemente creada acción de amparo a los actos entre particulares.

### Los contratos en el derecho de propiedad.

Hay **dos principios constitucionales convergentes en la libertad de contratar, la autonomía de la voluntad y la promoción del bienestar general**. La autonomía de la voluntad se asegura cuando las partes acuerdan el contenido de los contratos y el cumplimiento de las promesas contenidas en él. Definen ese contenido libremente con exclusión de cualquier pauta establecida en la regulación. Al mismo tiempo **el cumplimiento eficiente de los contratos aumenta el bienestar general al asegurar el objetivo de las partes y el**

**crecimiento económico. Es decir se asegura la autonomía de la voluntad y se promueve el bienestar general.**

**Ambas partes de una transacción económica se benefician siempre que la transacción sea bilateralmente voluntaria e informada.** Es decir **las características de legitimidad del contrato son el consentimiento informado de las partes.** Es decir, la libertad de contratar debe ser plena porque asegura que las partes se encuentran en una mejor situación luego de su conclusión de lo que estaban antes. La regulación debe dedicarse primordialmente a conceder a las partes el acceso a la información sobre el tema y evitar los riesgos que puedan surgir de la información asimétrica. Debe tenerse en cuenta asimismo que todos los contratos aún los más eficientes se concluyen con información imperfecta.

Teniendo en cuenta estos principios constitucionales de autonomía de la voluntad y de obtención del bienestar general podemos señalar **dos visiones del contrato. La primera deóntica concentrada en la autonomía de las partes para analizar el contrato y la segunda consecuencialista analiza sus efectos.** En el primer caso, busca determinar la voluntad de las partes a través de un análisis normativo de la teoría de contratos, realiza un análisis ex post. La resolución de las diferencias en el cumplimiento del contrato debe derivarse del acuerdo entre las partes.

El análisis consecuencialista busca analizar los efectos económicos del contrato, y realiza un análisis ex ante. Es decir intenta predecir las consecuencias económicas de las diferentes alternativas que se presentan frente al cumplimiento del contrato. Son visiones diferentes mientras **la primera se concentra en el respeto de la autonomía y la intención de las partes, la segunda busca la eficiencia es decir asegurar que las partes estén mejor luego de la conclusión del contrato de lo que estaban antes de él. En este sentido el análisis consecuencialista considera al proceso de decisión como una “caja negra” y antes que buscar una teoría descriptiva del interior de la “caja” es preferible concentrarse en los resultados. Es decir cubrir**

**las lagunas existentes en el cuerpo del contrato a través de la predicción de su contenido. El análisis consecuencialista es fundamentalmente positivo, busca explicar y predecir el comportamiento. Ayuda a explicar el contrato y sus efectos. No es una teoría normativa del contrato. No busca solamente indicar que el contrato es una institución con legitimidad moral y política sino además como la regulación de los contratos determina el comportamiento de los contratantes en diferentes casos.**

Una regulación legal respetuosa de la libertad constitucional de contratar debe **buscar los incentivos correctos para asegurar el cumplimiento del contrato**. Para ello debe proveer a las partes de información adecuada para disminuir los riesgos de la información asimétrica favorecedora de comportamientos oportunistas. La inclusión en la Constitución de la defensa de la competencia y del consumidor imponen ese comportamiento. **El comportamiento erróneo del legislador es intentar reemplazar la voluntad de las partes imponiendo un comportamiento obligatorio**. Es ineficiente en cuanto no pone a las partes en una situación óptima luego de la conclusión del contrato, sino en una situación probablemente mejor que la anterior pero inferior a una alternativa posible. Es una negación de la autonomía de la voluntad y una disminución del bienestar general.

Esta mala reglamentación de la libertad constitucional de contratar lleva a los contratantes a buscar otro derecho aplicable si esto es posible. Si la regulación promueve el fenómeno de “votar con los pies” al contratar el sistema es ineficiente.

La importancia constitucional **de los derechos del consumidor y de la competencia**.

Que **tiempo pasa entre la promesa y su ejecución** cuando el intercambio que surge de la transacción no ocurre inmediatamente.

Esta falta de sincronización ocurre en el caso de muchos contratos, podemos imaginar todas las obligaciones de largo plazo o proyectos que requieran situaciones complejas a largo plazo, los mutuos, los contratos

de servicios públicos, las participaciones en sociedades, etc. Las dificultades en materia de asignación de recursos que aparecen están asociadas generalmente a la información. Podemos hablar de dos problemas básicos:

**1. Es la falta de visión:** las partes de un contrato son incapaces de predecir con exactitud lo que depara el futuro. Por lo tanto en la medida que las obligaciones contractuales son adaptables a situaciones nuevas e inesperadas, se mejora la eficiencia en la asignación de recursos.

**2. La información asimétrica:** Una parte conoce más que la otra, ya sea sobre el estado del mundo en general o sobre su propia posición en lo que se refiere al contrato. Por ejemplo el vendedor puede estar mejor informado sobre la calidad de la mercadería que se ofrece en una transacción que lo que está el comprador. El **oportunismo** es una cuestión importante. La falta de visión no sería un problema sin la posibilidad, y por lo tanto la existencia de un incentivo, para el comportamiento oportunista. La información asimétrica puede ser responsable, entonces de los problemas serios del cumplimiento contractual, una cuestión central en la teoría económica de los derechos de propiedad relativos.

## El comportamiento oportunista

Williamson define el oportunismo como “**el interés propio buscado con astucia**”. En otras palabras, los individuos no tienen habitualmente un comportamiento confiable, en el sentido que pueden ocultar preferencias, distorsionar información, confundir deliberadamente las cuestiones, etc., con el objetivo de obtener beneficios. La información asimétrica provee la base del comportamiento oportunista, como ocurre en los casos de selección adversa y riesgo moral.

**Ex ante:** El oportunismo ex ante, o el oportunismo precontractual, surge porque los individuos, deseosos de obtener sus intereses

especiales, no son plenamente confiables y pueden tomar ventaja de la existencia de información asimétrica cuando negocian sus contratos. Esto significa que la parte informada tiene un incentivo para dar, a la otra parte, una información incompleta o distorsionada sobre la calidad de la performance prometida.

**Ex post:** El oportunismo ex post o postcontractual ocurre en los casos en que juegan un papel las inversiones específicas de una transacción. Es el caso de un locatario que una vez ingresado en la vivienda no paga el precio de la locación.

**La información asimétrica.** Es el caso que una parte conoce más que la otra sobre la situación general y su propia posición con relación al contrato. De esta manera un vendedor puede estar mejor informado sobre la calidad de la mercancía que se ofrece en una transacción de lo que puede ser el comprador, o el agente puede conocer el nivel de esfuerzo que puede mantener en el futuro mucho más que el principal.

En estos casos se plantea la posibilidad de comportamiento oportunista. La información asimétrica puede ser responsable de problemas serios en el comportamiento contractual.

### Hume. Las tres leyes fundamentales de la naturaleza.

Las obligaciones contractuales se deducen de los fundamentos a los derechos expresados por **David Hume**. Las tres leyes fundamentales de la naturaleza según Hume son:

1. **la estabilidad de la posesión,**
2. **la transferencia de la posesión por consentimiento y**
3. **cumplimiento de las promesas**

En. Williamson habla en este contexto de **instituciones ex post de apoyo al contrato**

**principios de las obligaciones contractuales**, juntamente con el de la propiedad privada, marcan el núcleo de los principios constitutivos de la economía constitucional.

1. El primero es la **libertad de contratar**,
2. el segundo es **la responsabilidad que pueda surgir del contrato**.
3. **Eucken** menciona además a los principios de la política de **defensa de la competencia**, en los que incluye, **moneda sana, mercados abiertos y estabilidad de la política económica**.

### Libertad de contratar

El principio de libertad de contratar es central para la utilización eficaz de los recursos. Esta libertad permite al **dueño del derecho de propiedad, que es en general un haz o conjunto de derechos, de transferir su derecho y entregar los bienes a los cuales ese derecho se refiere a quien lo valora más**.

En suma la **libertad de contrato incluye**

- (i) la libertad de concluir el contrato o no hacerlo,
- (ii) la libertad de elegir las personas con las cuales se contrata,
- (iii) la libertad de determinar el contenido del contrato, es decir, que las partes no tienen que elegir dentro de una enumeración cerrada de contratos vigentes, sino que puede crear nuevos tipos de contratos, y
- (iv) elegir las formalidades del contrato.

La idea general subyacente en el principio de libertad de contratar es que cada individuo es libre de regular las circunstancias de su vida. Ya que los contratos pueden ser aplicados legalmente, los individuos crean ley en un nivel menor, un micro nivel al concluir contratos particulares dentro del marco del sistema jurídico. La libertad de contratar y la autonomía de la voluntad resultante, son **el equivalente jurídico del**

**principio de la descentralización de la decisión económica.** La libertad de contratar es la condición previa para la existencia de la libre competencia. Pero también debe tenerse en cuenta que la libertad de contratar puede ser utilizada para establecer regímenes monopólicos. la **defensa de la competencia** es el fundamento principal para la regulación de la libertad contractual.

## El concepto de contrato

Karl Llewellyn, que era un jurista del realismo jurídico distinguía cuatro usos del término contrato:

1. Arreglos de hecho en el medio empresario, y como tales, independientemente de sus consecuencias legales, o de si tienen consecuencia legal alguna.
2. Arreglos de hecho con consecuencias legales.
3. Los efectos legales de las promesas, y
4. La escritura incorporada en un acuerdo que sea considerado que fuera a tener consecuencias legales
5. Podemos agregar un quinto concepto de contrato: Un acto jurídico que normalmente consiste en dos declaraciones de voluntad.

**El concepto constitucional del contrato está cercano a la concepción planteada en Llewellyn en el sentido de los efectos legales de una promesa.** Una promesa en este contexto es comprendida como el compromiso para actuar más tarde. Esto incluye la confianza en las reacciones futuras de quien promete, y que compromete a quien dio esa promesa.

La teoría económica trata fundamentalmente de las situaciones de intercambio en la cual la ganancia es recíproca para las partes que se comprometen a una transacción. **En un intercambio simultáneo no hay necesidad de compromiso**, pero cuando el comercio tiene lugar a través del tiempo, la situación es diferente. Las condiciones deben ser tales como para permitirme hacer **A** para usted cuando usted lo necesite en la creencia de confianza que usted va a hacer **B** cuando yo lo necesite. Su compromiso pone su futuro también en mis manos en el presente, de la misma manera que mi compromiso pone mi futuro en sus manos. Un intercambio futuro se transforma en un intercambio presente, y con el fin de cumplir esto todos necesitamos un sistema convencional que podamos invocar las dos partes.

Existen costumbres como **el lenguaje** en el cual cada persona tiene interés en que los demás la cumplan, si todos los demás lo cumplen se utilizará, de lo contrario nadie se entendería. Estas costumbres tienden a ser formadas sin la necesidad de un mecanismo especial de cumplimiento. Sin embargo, el compromiso es diferente porque, a diferencia del lenguaje, puede ser en el interés de quien se compromete no cumplir con la costumbre cuando el tiempo llegue de cumplir con su promesa. Por lo tanto los contratos son promesas que pueden ser aplicables legalmente.

**La aplicación legal no trae problemas si los términos del contrato son completos y verificables de todas las posibles contingencias que se han asumido. Este es el tipo ideal del contrato completo**, que puede ser comprendido con los corolarios legales del modelo de los mercados perfectos, en los cuales las relaciones personales no tienen una función. Estas “transacciones discretas” son también los modelos de las doctrinas clásicas jurídicas del contrato. En la actualidad esas transacciones continúan, pero están superadas por **contratos relacionales de largo plazo**, como franquicias, negociaciones colectivas, contratos de muy largo término de provisión de materiales, contratos de servicios públicos, etc. en el mundo real donde los contratos son incompletos, esto es, son incompletos más allá de los

límites elementales que pueden ser cubiertos por los términos de incumplimiento asumidos por el sistema jurídico, esto es los términos que las partes no han puesto en el contrato pero que la legislación suple. **Las partes de un contrato no pueden conocer todas las contingencias posibles**, y en cualquier evento **sería demasiado costoso** intentar escribir disposiciones para cubrir todas las contingencias dentro del contrato. Ingresar en un **intercambio cooperativo de relaciones** o buscar mecanismos contractuales para resolver esta situación. Estos **contratos relacionales** son relevantes para referirse a las relaciones de agencia. **Un contrato relacional existe en la medida que las partes son incapaces de reducir términos importantes del acuerdo a obligaciones bien definidas.** Los contratos de largo plazo entran más fácilmente en este concepto que los de corto plazo.

Es posible pensar en términos de un **espectro continuo** de diferentes tipos de contratos. Los contratos en un extremo relacional disponen fuertes compromisos personales, son de largo plazo y anticipan la posibilidad de inconvenientes como parte normal de una asociación continúa entre las partes al contrato. Cualquier dificultad que aparezca, ya sea tratada por medios de cooperación o técnicas relacionales.

### La autonomía de la voluntad

**La importancia de la autonomía de la voluntad para determinar el contenido del contrato y como fuente para completar las lagunas en su interpretación, ha sido señalada por la visión deóntica del derecho.**

La autonomía de la voluntad en los contratos tiene su origen en **Hegel**. La exigencia racional del contrato viene dada para Hegel en cuanto que en él se reconocen mutuamente los participantes como personas y propietarios y las cosas no son consideradas como en sí mismas exteriores, sino en cuanto **reflejan la voluntad libre de las personas.**

(Hegel Filosofía del Derecho § 72) El contrato es la exteriorización de la voluntad. **Quien concluye un contrato reconoce la exteriorización de la voluntad del otro.**

En la Constitución la visión contractualista de la organización política está en el artículo 19 sobre las Acciones privadas. **Una extensión de las acciones privadas es la de la autonomía de la voluntad.** Esta visión contractualista de la organización constitucional va más allá del derecho a intimidad. *“...la Constitución Nacional consagra un sistema de la libertad personal cuyo centro es el artículo 19, que va más allá de garantizar la mera privacidad. En este sistema de libertades confluyen una serie de derechos expresamente enumerados en los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 20 y 32, y otros no enumerados, que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33). Estos derechos están asegurados a todos los habitantes de la Nación conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las cuales, no obstante, no podrían alterarlos (art. 28)”* (“Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M. s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393” Voto del Ministro Bacqué)

**la libertad de contratar debe ser protegida a través de la creación de un orden de libre competencia.** Debe tenerse en cuenta sin embargo que en un mundo caracterizado por la disminución de los costos de información y de transporte, **el problema del monopolio aparece menos peligroso** que lo que probablemente pudiera temerse en un principio. En esta sociedad las formas monopólicas subsisten cuando son sostenidas por la regulación. Las normas regulatorias de la actividad económica las que permiten la subsistencia de oligopolios que de por sí son inestables. Por lo tanto el principio del libre comercio y otras fuerzas que conducen a los mercados abiertos pueden ser una ayuda considerable en mantener un sistema de libre competencia.

**El principio de libertad de contratar está restringido por la ley y no**

**todas las razones son buenas desde el punto de vista de la sociedad.** Un lugar donde tradicionalmente aparece la restricción es en el área del empleo. Las condiciones de los contratos laborales son solamente libres para determinar el contenido de un contrato laboral dentro de los límites de un sistema de derechos extremadamente complejo y sobre la base de convenios colectivos de trabajo.

El debate sobre la protección constitucional de los contratos y su asociación con el derecho de propiedad para la plena protección de la propiedad ha sido resuelto tempranamente por nuestra Corte Suprema en el caso Bourdieu. Allí se estableció que la libertad de contratar sea un derecho constitucional, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de “propiedad”.

**Caso Pedro Emilio Bourdie v. Municipalidad de la Capital. 10 de diciembre de 1925. Fallos: 145:325**

*Que en cuanto al primer fundamento, debe observarse que las palabras “libertad” y “propiedad” comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio. El término “propiedad”, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones que ese estatuto comprende. Como lo ha dicho esta Corte, “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de “propiedad”.*

*Los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del*

*dominio público (derecho a una sepultura), o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.), se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio. El art. 67, inc. 16 de la Constitución faculta al Congreso a emplear como medio adecuado el obtener lo conducente a la prosperidad del país, las concesiones temporarias de privilegios y habría visible inconsecuencia entre esa autorización que compromete la fe pública de la Nación y la conclusión consistente en afirmar que los derechos nacidos de aquéllas no benecian de las garantías y seguridades que otra parte del mismo estatuto asegura a la propiedad. El derecho, nacido de una concesión de sepultura con prescindencia de saber si forma o no parte del patrimonio del titular, cuestión ésta librada al derecho común, se encuentra, pues, comprendido por la garantía de los arts. 14 y 15.*

*Que el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurada en términos amplios por el art. 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones. Mientras se halle garantizada en la Constitución la inviolabilidad de la propiedad o en tanto que el Congreso no se halle investido de facultades constitucionales expresas que lo habiliten para tomar la propiedad privada sin la correspondiente indemnización o para alterar los derechos derivados de los contratos, ha dicho esta Corte la limitación existe para el departamento legislativo cualquiera que sea el carácter y la finalidad de la ley.*

*Que además, la prohibición de alterar las obligaciones de los contratos es general y aplicable a las convenciones de todo orden, es decir, tanto a las realizadas entre particulares como a las concertadas entre éstos, y los Estados o por los Estados entre sí..*

## **Teorías económicas del contrato**

Podemos distinguir tres teorías económicas del contrato: La teoría de la agencia, la teoría de los acuerdos autocumplidos y la teoría de los contratos relacionales.

**Las teorías económicas del contrato exceden el marco del derecho privado, constituyen herramientas de análisis para todas las organizaciones, inclusive las de carácter político.**

### La Teoría de la Agencia

La relación de agencias es un hecho permanente en la vida económica.

Se puede describir simplemente. Existen al menos dos actores económicos presentes en cada caso: el **principal y el agente. El principal contrata al agente para cumplir algún servicio en su lugar, y para facilitar el logro de la actividad que delega, alguna autoridad de toma de decisiones es delegada al agente.** Luego de la conclusión del contrato, la información es tomada en forma asimétrica en el sentido que la acción del agente no es observable directamente por el principal o el agente puede de hecho hacer alguna observación que el principal no ha hecho. Tomemos el ejemplo de una empresa en la cual el agente conoce exactamente la producción, pero el principal no la conoce. **Demasiado costoso para el principal monitorear o controlar directamente las acciones del agente** o adquirir el conocimiento concreto de la información que el agente conoce directamente. En el primer caso se puede hablar de una **acción oculta**. En el segundo caso de una **información oculta**. Ambos son casos de **riesgo moral**, un concepto tomado de la teoría de seguros. La información es asimétrica luego de la conclusión del contrato. Al mismo tiempo de la presunción que la acción o la información del agente no puede ser observada directamente por el principal, el análisis principal-agente presupone que el resultado está determinado no sólo por la acción del agente, sino también por influencias exteriores. Bajo estas condiciones, **el agente puede siempre argüir que el resultado es atribuido a fuerzas más**

**allá de su control, y por lo tanto no es su error.** De más está decir que casos de este tipo son de interés central para cualquier toma de decisiones. El modelo sugiere que el agente no actuará en el mejor interés del principal.

Detrás de la acción oculta, está el problema de la información oculta. El problema en este caso para la unidad central principal, es **como obtener la información del agente.** Este problema ocurre habitualmente en cualquier organización descentralizada.

### Riesgo moral

Se utiliza para identificar situaciones en las que luego de la conclusión de un contrato, el agente está mejor informado que el principal **(información oculta)**, o el nivel de esfuerzo del agente está fuera de la observación del principal **(actividad oculta)**. En estas situaciones el agente está tentado de un comportamiento post contractual oportunista.

### Selección adversa

El problema de la selección adversa surge si el principal, por ejemplo el oferente, tiene un conocimiento inferior sobre el agente, su cliente, que lo que el agente tiene sobre sí mismo. La existencia de esta información asimétrica provee al agente de una oportunidad para realizar comportamientos oportunistas. Es el caso del adquirente de un seguro de vida que tiene información privada sobre su estado de salud y está en una mejor situación para estimar su expectativa de vida residual que el vendedor de un seguro de vida y el individuo puede obtener una ventaja de este conocimiento.

## Acuerdos autocumplidos o teoría contractual implícita

Los contratos de agencia son por su propia presunción acuerdos aplicables legalmente pero no todas las relaciones de agencia u otras relaciones de intercambio son de este tipo. El sistema legal puede ser imperfecto o la información relevante puede no ser verificable en los tribunales, sin embargo existen diversas formas para llegar a un acuerdo. Una posibilidad para **relaciones de largo plazo es el acuerdo autoejecutivo**. De esta manera, el único recurso de una parte que descubre una violación en el contrato por la otra parte es terminar el acuerdo. No interviene ninguna tercera parte, no hay reacción pública o participación pública de desacuerdo. El acuerdo autoejecutivo está designado de tal manera porque **los beneficios por el no cumplimiento siempre sean menores que los beneficios a largo término de cumplir el contrato**. Esta situación supone que las personas son maximizadores estrictos de la utilidad individual, es decir, alguien que es honesto solamente si la honestidad o la apariencia de honestidad paga más que la deshonestidad.

se puede utilizar como expresión sinónima el término **contratos implícitos**. El contrato implícito establece normas de comportamiento antes que normas sobre cómo compartir el riesgo. De esta manera, un contrato de empleo implícito es que las empresas además de comprometerse a obligaciones vinculantes tratan de influir en las expectativas de los que tengan voluntad de incorporarse, como de los que quieran irse, y hacen declaraciones no obligatorias sobre el futuro. Pero estas **declaraciones tienen alguna fuerza y alguna credibilidad ya que ponen la reputación de la empresa en riesgo**. En ese tipo de intercambios, los compradores están dispuestos a pagar más del mínimo por cual podrían comprar ese bien o servicio, por el efecto de los términos del intercambio sobre las normas. La confianza y la comunicación representan elementos claves en este programa que intenta lograr la cooperación.

## Teoría contractual relacional

Los contratos relacionales son aquellos que **no tratan de resolver todas las contingencias futuras**, pero que sin embargo, son **acuerdos de largo plazo en los cuales las relaciones personales pasadas, presentes y probablemente futuras son cuestiones que importan a las partes contratantes**. Por lo tanto, estos contratos son de alguna manera **implícitos, informales y no vinculantes**. El concepto de contrato relacional es utilizado para explicar la relación entre los individuos en un mundo de acontecimientos impredecibles. La autoejecución juega una cuestión importante aquí. En realidad, la mayor parte de las transacciones que se concluyen bajo contratos relacionales están más o menos firmemente establecidas en una estructura de relaciones que trasciende la transacción concreta. Las transacciones son normalmente parte de asociaciones vigentes de largo plazo. Y como tal cumplen una función importante en la vida económica moderna. Muchas veces **los contratos son necesaria e intencionalmente incompletos por los deseos mutuos para respuestas exigibles pero limitadas para condiciones oscuras sobre las que no se tiene certeza, y que limitan la extensión y la precisión de términos verificables**. Estos contratos incompletos existen muchas veces incluidos profundamente dentro de una relación subsistente. Las partes no son extrañas, mucha de su interacción tiene lugar fuera del contrato, mediada no por términos visibles que se deban cumplir en un tribunal, sino por un **equilibrio particular de cooperación y coerción, comunicación y estrategia**. La teoría del contrato relacional tiene una aplicabilidad directa a situaciones en las que existe una dependencia bilateral de las partes contratantes por **la existencia de inversiones específicas de transacción**. Williamson indica que existe una **transformación fundamental** que tiene lugar en el área de relaciones del trabajo cuando inicialmente trabajadores no calificados son obligados a adquirir un capital humano específico para esa empresa a través del tiempo, y cuando la empresa depende en cada vez mayor medida de la existencia de trabajadores que posean ese

capital. Entonces lo que era en un principio grandes números de posibles trabajadores que estaban en condiciones de incorporarse, se transforman efectivamente en una oferta bilateral en el futuro.

Transacciones fundamentales como la mencionada tienen consecuencias contractuales permanentes. Esta doctrina también puede ser llamada la **teoría del contrato incompleto**

Los contratos relacionales permiten que haya **huecos en un acuerdo** porque existe el reconocimiento que la **racionalidad limitada** y los **altos costos de transacción** hacen **imposible** ponerse de **acuerdo ex ante** en todas las futuras eventualidades que pueden afectar la relación entre las partes, o vericar toda la información relevante para ser entregada a quienes están fuera de la relación, como serían los tribunales. **Estos huecos no pueden ser cubiertos por el derecho de los contratos.** La relación contractual está basada en un sistema social de relaciones cuyo principio y final no puede ser determinado precisamente. Este es un tema que puede utilizar **el contrato relacional como una metáfora de los sistemas constitucionales**, donde las **bases se establecen en forma muy general** y se establece un **procedimiento para su solución (en la Constitución) que será utilizado para tratar los problemas que surjan en el futuro**, es lo que sería el **órgano de gobierno**. Los contratos relacionales tienen nada más que un número limitado de garantías en la ley, por lo tanto los comportamientos oportunistas sólo pueden ser detenidos en gran medida por medios de sanciones no legales, o por un el llamado orden privado. Es el caso de los acuerdos de voto (*log rolling*) entre los legisladores, o los acuerdos políticos entre legisladores y el Ejecutivo. Sin embargo tienen una preocupación importante desde el punto de vista constitucional, al establecerse la necesidad de una garantía que este tipo de comportamientos no sean rechazados por la legislación, o que comportamientos regulatorios impidan o hagan más compleja la regulación contractual.

**Los acuerdos autoejecutivos son el capital de tener una marca (a veces también se los llama rehenes)** tienen una función importante

en proteger contra el oportunismo ex ante y ex post por parte de los socios contractuales. La credibilidad de los compromisos y la confianza mutua son cruciales en el objeto del contrato. Un ambiente apropiado para la contratación puede ser obtenido por inversiones específicas precontractuales y post contractuales. Son las inversiones que se efectúan para promover el nombre de la organización o institución, el diseño de un logo.

También está la estrategia del doy para que des, (*do ut des* o *tit for tat*), esto representa una posible forma de **comportamiento retaliatorio** entre las partes. Esta visión está asociada al llamado **dilema de los prisioneros**, una parte importante de esa estrategia es una voluntad de hacer un primer movimiento cooperativo y por lo tanto correr el riesgo de explotación en la primera negociación con la otra parte. Por supuesto si esa concesión por una parte es ignorada por la otra, la retaliación o defección es el movimiento apropiado para quien hizo el gesto inicial más adelante.

Otra alternativa es contratos que son aplicados por una tercera parte. Esto es cuando las partes van a un tercero que resuelve en forma independiente las disputas en una relación que continúa. Esto ocurre cuando el sistema judicial jurídico es ineficiente o muy costoso. A veces es demasiado lento, o requiere ciertos tipos de procedimientos que hacen muy difícil la continuación de la relación después de la decisión judicial. Hay quienes sostienen, como Kornhauser, que este tipo de ordenamientos privados funcionan como **la sombra de la ley** El incentivo a las partes privadas a establecer salvaguardias contractuales bilaterales es una función de la eficiencia de la adjudicación por medio de tribunales, y esto varía con los atributos de la transacción.

La conclusión sería que las partes deben establecer alguna estructura de gobierno o *governance*, el mecanismo de gobierno para la relación contractual. En general el acuerdo no es completamente autoejecutivo y relacional, y los contratos relacionales pueden ser mejorados con algún tipo de administración por una tercera parte que podría ser un órgano de gobierno. Aquí es donde aparece también una similitud con el

sistema de gobierno constitucional.

La **cultura organizacional**, en un acuerdo autoejecutivo, ya sea puro o “en la sombra de la ley”, se presupone que las partes reconocerán inmediatamente y de una manera sencilla lo que un incumplimiento contractual significa. Generalmente, **la falta de conocimiento de lo que depara el futuro, contingencias inesperadas, es precisamente la razón por la cual los contratos relacionales existen**. En ese sentido aun cuando una contingencia particular no haya sido prevista, la previsión para su solución es posible. Es generalmente un conjunto de reglas que definen el comportamiento apropiado y puede proveer la base para la acción del principal en un contrato de agencia. Es la cultura organizacional. La existencia de esta cultura permite en organizaciones jerárquicas conocer ex ante como la institución reaccionará en circunstancias imprevistas.

### La racionalidad limitada

El concepto de racionalidad limitada ha sido introducido por Simon y juega una función o un papel importante en la teoría del contrato relacional. La racionalidad limitada no quiere decir no racionalidad o irracionalidad, para comprender **la toma de decisiones bajo condiciones de una fuerte falta de certidumbre** podemos comprender la relación entre los **modelos mentales que los individuos construyen** para entender el mundo que los rodea, **las ideologías** que evolucionan de esas construcciones y las instituciones que se desarrollan en una sociedad para organizar las relaciones interpersonales. Por lo tanto, los modelos mentales, las instituciones e ideologías, todos contribuyen en un proceso por el cual los seres humanos interpretan y ordenan el ambiente. Los modelos mentales son en alguna medida únicos para cada individuo. Las ideologías e instituciones son creadas y proveen percepciones compartidas y ordenan el ambiente. Esto supone el análisis de la casuística en la toma de decisiones, los nuevos modelos económicos de éxito incluyen la limitación de la racionalidad.

## Costos de transacción en los contratos..

El concepto de contratos **relacionales es aplicado a todas las conexiones en una economía, y por lo tanto también al marco institucional en sí mismo**. En un incentivo general, la economía de mercado es un sistema de relaciones contractuales autoejecutivas de diferente duración y plasticidad, que se apoyan unas a otras y sostienen el marco exterior, que es sostenido por convención. De hecho toda nuestra vida política y económica puede ser comprendida como **un sistema de contratos relacionales multilaterales en los cuales la negociación es permanente**. Esencial para la institución de una economía de mercado es el hecho que la transferencia de los derechos de propiedad individuales sea voluntaria. Las reglas constitucionales elementales están basadas en el principio de la inviolabilidad de los derechos de propiedad.

- 1) La propiedad de los individuos de acuerdo con el principio de la propiedad privada.
- 2) La transferencia de estos derechos de propiedad por un consentimiento mutuo de acuerdo con el principio de libertad de contratar, y
- 3) La responsabilidad individual en caso de actos personales ilícitos o por obligaciones contractuales.