

## EL CONTRATO DE ADHESIÓN

---

Señor Rector, señor Decano, señores profesores, jóvenes alumnos:

Mucho nos honra ocupar esta tribuna, antes prestigiada por el señor Decano y otros distinguidos colegas en actos análogos, que constituyen una nueva forma, siempre cordial y más expansiva, de nuestra labor ordinaria. Y nos place particularmente hacerlo en esta oportunidad, en que va a otorgarse el diploma doctorál al ex alumno doctor Pedro León, quien, a título legítimamente conquistado, revista ya en el brillante profesorado joven de la Facultad, y que bajo la seria responsabilidad de haber reemplazado a uno de los maestros de más profunda e ilustrada labor docente, el doctor Henoch D. Aguiar, ha acreditado calidades excelentes y ha sabido mantener los prestigios de una de las cátedras de mayor rango e importancia en nuestro plan de estudios.

---

Vamos a ocuparnos del *Contrato de adhesión*, tema complejo y a nuestro juicio de interés creciente, respecto del cual tenemos la enorme desventaja de haber sido tratado en esta misma sala por el eminente profesor francés Monsieur René Demogue, en una de sus conferencias del año 1926. Desde entonces la materia continúa en formación. Presenta aún aspectos vacilantes; pero ha logrado mayor caracterización.

### INTRODUCCION

Hubiera sido interesante, como introducción casi obligada, presentar los principios y elementos fundamentales del contrato y su desarrollo como la tendencia más viva de la sociedad en progreso

y como expresión de la conciencia jurídica más evolucionada. E igualmente, señalar la evolución, desde el espíritu del Derecho Romano, en el cual el derecho privado, *quod ad singulorum utilitatem spectat*, era entendido en la manera más rigurosa, más “estrictamente individualista” (1); desde el individualismo desbordante en que se inspiraron los juristas de Francia en la redacción del Código Civil y que domina la codificación clásica, hasta las concepciones actuales, caracterizadas por el quebranto del dogma de la *libertad contractual* y la *autonomía de la voluntad*, en nombre de razones que contemplan un sentido más integral y solidario en las relaciones del interés particular y traducen una mejor comprensión, cada día más asentada, de la *función social del contrato*, a tono con la afirmación de un derecho civil no exclusivamente derecho privado, sino *derecho privado-social*. (2)

Habíamos ordenado ideas para esa introducción. Pero aún a costa de privarnos de la parte que hubiera resultado menos árida, la sacrificamos por exigencias del tiempo, necesariamente limitado, que todavía nos obligará a apurar la síntesis en más de un pasaje de este trabajo. (3)

Por lo demás, esta exposición, que apenas ha de exceder las proyecciones del aula — por la cátedra, más allá de la cátedra —, aunque sumamente modesta como vais a verlo, no es de simple divulgación. Eso y el carácter del auditorio a que está destinada, nos exime de detenernos en conceptos y antecedentes básicos, cuyo dominio descontamos.

#### FORMACIÓN DEL CONTRATO CLÁSICO —

En el contrato clásico, puede ocurrir que una de las partes formule la oferta *dísputa a no admitir la más mínima modificación* y que la otra parte, previo el suficiente examen, preste su conformidad, produciéndose el contrato exactamente en los términos de

(1) D'AGUANO, JOSÉ — “La reforma integral de la legislación Civil” — Trad. Pedro Dorado Montero (Edic. “La España Moderna”).

(2) GIERKE, O. — VADALÁ -- PAPALE, G. — “Il Codice Civile e la Scienza” — Napoli. — “Per un codice privato sociale”, en “Spedalieri”, 1891. — CIMBALI, E. — “La nuova fase del Diritto Civile”. 4ª edic., 1907.

(3) La exposición comprendió una síntesis de este trabajo, abreviándose o suprimándose párrafos, que han sido repuestos al corregirse la versión taquigráfica.

la oferta. También puede ocurrir que se dé a la oferta el carácter de irrevocable, nó en el sentido de no admitir variación en su contenido, sino como un derecho a favor de la persona a quien va dirigida, es decir, en el sentido de no poder el oferente retirarla con relación a un espacio de tiempo, sin perjuicio de que el acuerdo se produzca bajo modificaciones.

Puede ocurrir; pero ni lo uno ni lo otro se realiza ordinariamente, ni constituyen la modalidad más concorde con los caracteres del contrato.

En cuanto a lo primero, la oferta generalmente origina un cambio de opiniones, una suerte de controversia; a veces surgen nuevos aspectos particulares no contenidos en aquella; cada parte, aun cuando la situación real destruya la ficción de recíproca igualdad, sostiene su interés como igual; los contratantes pretenden y se otorgan a la vez; una concesión es compensada por otra, y por fin se llega al acuerdo, o ante la intransigencia del más fuerte, no hay contrato. Bajo la oferta, una voluntad se acerca a otra; pero entre esto y la conjunción — que es equilibrio — hay todavía un movimiento a veces largo que la prepara. Las voluntades colocadas una frente a otra, van y vienen, salvada una dificultad penetran en otro punto, avanzan y se contraen, hasta que, reducidas las diferencias, se conjugan. Entre el contrato concluido y la forma en que lo planteaba la oferta, o la contrapropuesta, hay a veces sensibles diferencias. En el fondo habrá, acaso, la prepotencia que circunstancias ineludibles imponen; pero nada aparece como dominante. El contrato *es una elaboración*.

En cuanto a lo segundo, la irrevocabilidad de la oferta es excepcional. Debe ser establecida expresamente.

El contrato así, es lento y más cuando es complejo, es decir, cuando más previsiones abarca. Pero cumple sus postulados básicos. La voluntad ha pasado por un proceso que le permite determinarse. El principio de la libertad se satisface, no sólo porque se establece lo que se quiere, después del contrapeso de intereses, sino porque se puede aún terminar no estableciendo nada a pesar de la iniciativa. (4)

(4) Resultado, el último, contrario al principio de "la utilidad social", lo que ha determinado en nuestros días el avance del *valor jurídico de la oferta*.

Tal tipo de contratación concreta ventajas del punto de vista de los postulados en que se basa la figura clásica, y no ofrece inconvenientes en un estado de relaciones poco frecuentes y espaciadas, donde la economía de tiempo no impone modalidades especiales.

#### FORMAS NUEVAS —

Pero la época actual, en que cada día se multiplican las relaciones entre los hombres, se caracteriza por una vocación de actividad. El tiempo, la economía de tiempo, en la vida en general como en el derecho, no es un factor despreciable.

Individuos o compañías, deben realizar a diario una multitud de contratos. Sería materialmente imposible aquel medio de formación. Además, destinadas las ofertas a numerosas personas de la más variada posición, aun cuando no faltara tiempo para la discusión en cada caso, no sería fácil satisfacer los puntos de mira personales o las particularidades que cada una pretendiera dar al contrato. Y todavía, tratándose de contratos complicados, que reclaman una preparación prolija, como ella es imposible cuando se enfrenta ya al presunto aceptante, hay que hacerla con anterioridad. A la vez, limitados generalmente estos contrataos — algunos de los más importantes, al menos — por las reglas básicas de una concesión del Poder público, las condiciones de la oferta presentan el máximo que el oferente está dispuesto a otorgar y no admiten variación. Por manera que toda discusión a su respecto, fuera de imposible por lo antes expresado, sería además inútil.

En esta nueva modalidad contractual, la oferta se establece de antemano abarcando todos los detalles, como un conjunto en que todo está combinado y en el cual nada puede agregarse, ser modificado o suprimirse. Se presenta con un carácter de invariabilidad y de permanencia. *No es que no se necesite como requisito indispensable la voluntad de la otra parte, sino que si quiere contratar tiene que decidirse por la aceptación "en bloc"*. Siempre es necesario el acuerdo, pero si se produce, será la reproducción fiel de la oferta. Toda idea de una construcción común está descartada. El contrato no es una elaboración, sino *una adhesión* a lo elaborado por la otra parte.

## EL CONTRATO DE ADHESIÓN

## LAS EXIGENCIAS DE LA VIDA ACTUAL — EVOLUCIÓN INDISPENSABLE —

Tal es el *contrato de adhesión*, cuya aplicación se ha acentuado en nuestro tiempo y se extiende cada día.

La vida en cada época impone modalidades que el Derecho — que es en resumen norma de vida — no puede resistir sin convertirse en una estructura arcaica, que lejos de favorecer, detiene o traba el rápido y armónico juego de las relaciones.

Poderosos elementos — conquistas definitivas unos, conquistas en marcha otros — afirman el progreso e imponen nuevos moldes. El movimiento intenso de las cosas y valores, se traduce en la inquietud en los hombres. Cada uno siente más compleja su esfera de acción. Las necesidades se multiplican y también los medios de satisfacerlas, de satisfacerlas rápidamente, que es la aspiración. Lo que antes era una reserva para los encumbrados, hoy está al alcance común de las personas. El tiempo es un valor. Hay una tendencia a jerarquizar, a preestablecer, a la organización. Las relaciones se encaminan hacia donde se encuentra el orden, la organización, que no sólo abrevia tiempo, sino que es garantía de eficacia.

El contrato, que es esencialmente dinámico, no puede permanecer indiferente a esta orientación. Necesita flexibilidad, vías fáciles, fuerza expansiva que lo mantenga apto, frente a las exigencias actuales, a su rol constructivo, creador. No importa que se debiliten aquellos postulados en que asienta su estructura tradicional, segura, celosa del derecho individual, pero lenta, pesada. Los tradicionalistas, con el esquema de los elementos rígidos en la mano, dirán con razón que no encuentran en el nuevo tipo el contrato de siglos pasados. Podremos preguntarles si acaso encuentran en la actual, la sociedad de esos siglos. Y responderles que con la evolución — principios nuevos por exigencias nuevas — sin ausencia de lo fundamental, tenemos el contrato necesario a la época.

## NUMEROSAS APLICACIONES —

*Operaciones en los grandes almacenes. Ventas a precio fijo* — Todo el mundo observa el cambio operado en el comercio vinculado a la satisfacción de las necesidades ordinarias, por ejemplo. Antes

era necesario recorrer una serie de pequeños negocios (5). Hoy se multiplican los grandes almacenes. Todo está concentrado. La clientela también se concentra y es numerosa. ¿Sería posible mantener la fisonomía y el movimiento lento de la pequeña tienda? — Hay que abreviar tiempo. La mercancía y un cartoncito indicando el precio, forman los elementos de la oferta. No se puede entretener al empleado; muchos esperan. La casa mueve grandes capitales y exige una administración; todo en ella está tarifado; el precio fijo y la seguridad de las calidades anunciadas, constituyen su orgullo. La competencia obliga las reducciones. No es posible obtener un precio más bajo del fijado. La organización determina la necesidad de establecer condiciones que tampoco pueden variarse. La marcha regular exige ajustarse a ellas. Por lo demás, no se ve a los dueños, ni al gerente. La interpelación al empleado sería inoficiosa. Él no tiene facultades para nada. Representa una pieza consciente en ese organismo complejo de hombres y cosas.

La forma contractual clásica, como se ve, no puede aplicarse. Razones más fuertes que el aferramiento a principios inflexibles, la desplazan. Tenemos en este ejemplo, que representa la organización comercial del porvenir, un amplio campo del contrato de adhesión.

*Contrato de trabajo* — Otro tanto podemos decir del contrato de trabajo. El pequeño taller no resiste a la expansión industrial de nuestros días. Ahí era posible el contrato común, individual, discutido, diverso, lento en la formación. Aquí, frente a la multitud de obreros, donde todo está calculado — las condiciones del trabajo, la retribución, la duración de la jornada, etc. —, no puede mantenerse. Muchas de las condiciones no pueden ser modificadas ni por el patrón, pues traducen previsiones de las leyes. Sin una elaboración anterior de la oferta, no sería posible celebrar estos contratos. Esa firmeza de la oferta constituye algo opresivo; pero es también una garantía para el obrero.

El contrato de trabajo ofrece, pues, otra de las grandes aplicaciones del contrato de adhesión. Pero la forma colectiva impuesta por las organizaciones obreras; su extraordinaria importancia porque versa sobre la directa actividad del hombre, que no puede ser

(5) En cada uno, cada compra daba motivo a una larga conversación. El comerciante podía atender sobradamente una clientela reducida.

locada, como las cosas; los intereses que afecta; la gran cantidad de problemas vinculados a la tranquilidad pública que suscita, en el afán cada día más sentido de respeto a la persona y de equilibrio entre el capital y la fuerza humana que lo mueve y lo transforma, le crean rango propio en la doctrina y en la ley. (6)

*Contrato sobre servicios diversos* — Ciertas necesidades imperiosas exigen prestaciones que no pueden efectuarse sino por empresas asentadas y poderosas. Tales los transportes, el suministro de energía eléctrica, los teléfonos, etc. Se trata de servicios privados, que deben prestarse a quien los necesite y que como todo el mundo los necesita, adquieren carácter de utilidad general. Por su objeto, por su índole e importancia, requieren la intervención del Estado, que se hace efectiva por la concesión, la cual contiene bases y condiciones en garantía del público y en mira a la eficacia de los servicios. A veces su organización es materia de leyes. Una y otras dan carácter especial a los servicios y limitan, desde luego, la voluntad de las empresas en la oferta, que debe sujetarse a aquellas condiciones. Se producen acá relaciones que pertenecen al derecho público. Pero los contratos que las empresas celebran con el particular, no pueden escapar al derecho civil. Constituyen quizás el grupo más importante de los contratos de adhesión.

Se impone en estos casos un contrato tipo, con la oferta preconstituida, firme e inmodificable. Desde que el servicio es el mismo e igual su costo para todos, por lo menos en cada categoría, deben regir las mismas condiciones para todos. Sería, por otra parte, imposible satisfacer por contratos diversos, los gustos y las exigencias de cada individuo. La misma eficacia del servicio impone normas inflexibles. Sin ellas no habría administración. Condiciones distintas en contratos tan numerosos, conducirían a la inseguridad, a la anarquía. Con ellas saldría perjudicado el público. La fijación de un tipo constituye una garantía.

(6) El contrato de trabajo ofrece caracteres especiales y contenido sobrado para legislarlo en particular, sin perjuicio de que le comprendan las disposiciones básicas pertinentes, en lo que tiene de contrato de adhesión. La locación (de servicios de obra), que con la común denominación asimila el hombre (su actividad, siempre emanación del espíritu, aunque la produzca el músculo) a la cosa, mantiene términos depresivos y es insuficiente. V. nuestros "Trabajos de clase", *División tripartita de la locación*.

Todo esto sin contar la imposibilidad, por razones de tiempo y de ventajas para todos, de discutir el contrato con cada interesado. Sobre todo con el ferrocarril. Imaginemos al viajero en la ventanilla de la estación, conviniendo en detalle el contrato, minutos antes de la salida del tren, ante la espera nerviosa de una multitud de personas que también tienen que viajar y que, por cierto, no tolerarían tal temeridad. Imaginemos una persona deteniendo el tranvía para convenir el viaje, y después del cambio de ideas terminar diciendo al guarda que siga, que no le conviene. ¿Sería posible cumplir horarios, etc., llenar el servicio, en una palabra? ¿Quién pretenderá la aplicación de la teoría contractual tradicional? — ¿Cómo la mantendría? Dereux, trae una pintura de trazos expresivos sobre el contrato con el ferrocarril. (7) No hay duda, pues, son éstos casos típicos del contrato de adhesión. En otra forma no habría contrato posible.

*Contratos de seguros* — Existe otro grupo de importancia, los seguros, que en la época presente, afirmado el sentido de la previsión por una más elevada comprensión de la vida y de la responsabilidad, han adquirido un desarrollo extraordinario. La seriedad, la garantía de los beneficios ofrecidos, radica precisamente en el acierto de cálculos y observaciones laboriosas. El seguro es un sistema, una organización. Las exigencias y los beneficios están perfectamente estudiados. Son el resultado de un complejo de detalles que se concatenan y forman una situación inalterable. Además, no hay seguro con un solo interesado o con número reducido. La institución del seguro exige una multitud. No se concibe, por lo mismo, un contrato distinto para cada asegurado. La oferta tipo, de conjunto, indivisible, se impone. El seguro no puede ser sino un contrato de adhesión.

*Espectáculos públicos* — Los espectáculos públicos — teatros, cinematógrafos, conciertos, veladas artísticas, etc. —, que tanto incremento han tomado con el progreso y el mejoramiento del nivel cultural, ofrecen también campo al contrato de adhesión. El particular, mediante el pago del precio fijado y bajo las condiciones pre-

(7) *De la nature juridique des contrats d'adhésion.* — "Revue Trimestrielle de Droit Civil", año 1910.

establecidas, aprovecha el espectáculo o velada. No son posibles programas y condiciones para cada contratante. Esto sería contrario a la noción misma de *acto para el público*.

*Ventas a plazo, locaciones, casas de alimentación, abonos* — Pueden citarse, además, numerosas figuras de constante aplicación, como las ventas de cosas muebles o terrenos a plazo, locaciones de casas baratas, contratos en las casas de alimentación, abonos médicos, etc., enseñanza en academias o institutos privados, etc. y en general los diversos casos en que por razones de tiempo o por exigencias de la organización que impone el objeto, *la oferta se dirige a muchas personas y bajo condiciones fijas que el aceptante no puede modificar*.

*Contratos por los aparatos automáticos* — También pertenecen a esta clase, los contratos celebrados por el empleo de los aparatos automáticos, que se ven instalados en todos los lugares de espera o de concentración de las personas, y que llegan hasta la categoría del bar o restaurante automático. Por ellos se crea una situación tal, que todo individuo que coloca en el aparato la moneda indicada, se hace acreedor del objeto anunciado. La oferta es una, general, fija. La rapidez, la comodidad en la operación, aseguran la difusión de los aparatos automáticos y la frecuencia de los contratos respectivos.

#### IMPORTANCIA —

Sin necesidad de agotar el detalle, los casos a que nos hemos referido, bastan para dar idea del amplio dominio del contrato de adhesión y apreciar su gran importancia, como forma insustituible en nuestros días y de creciente aplicación en el porvenir.

Podemos agregar que razones de orden, de seguridad, etc., determinan en los contratos en general, una tendencia hacia esta modalidad. No sólo el gran propietario, sino el que no tiene más que un inmueble, por ejemplo, preestablece las condiciones del contrato, o adopta el que otros, sobre todo si gozan del prestigio de buenos administradores, emplean. Hay modelos de contratos de locación, lo mismo que de otros contratos. La oferta se presenta de manera integral y generalmente no se admiten modificaciones. La tendencia que señalamos es notoria.

## TECNOLOGÍA —

Saleilles es el creador de la expresión *contratos de adhesión*.<sup>(8)</sup> Se ha observado, no sin alguna razón, que ella no traduce la idea exacta. Al decir *de adhesión* puede pensarse que se trata de algún contrato determinado, como el contrato de compraventa, el contrato de locación, etc., cuando en realidad la denominación corresponde a una forma, a una modalidad, bajo la cual pueden celebrarse los más diversos contratos. Dereux, que es el primero que ha formulado la observación, encuentra más ajustada a la verdad la expresión *contratos por adhesión*. Así es en el fondo. Puede haber un contrato de compraventa, etc., por adhesión, como puede haberlo por correspondencia. En realidad son contratos que corresponden a tal o cual contrato según su objeto y elementos, “formados por adhesión”, como dice Dereux.<sup>(9)</sup>

De nuestra parte, hecha la advertencia, mantenemos la terminología de Saleilles, que es unánimemente seguida.

## DEFINICIÓN —

En el contrato de adhesión existen, como en el contrato clásico, dos voluntades y un interés opuesto que las mueve. Tiene, pues, fundamentalmente los mismos elementos; pero el modo de formación, lo mismo que el objeto sobre que generalmente versa, permite señalarle características propias.

Podemos ya adelantar un concepto general, diciendo que el contrato de adhesión es aquel en el cual la oferta, formulada por un individuo o una sociedad, contiene *todas* las cláusulas y condiciones del contrato, en forma que no admite modificación alguna, y se dirige en general, es decir, con ánimo de concluir muchos contratos.

No hay que dar, por otra parte, a esta definición que insertamos aquí por razones de método — como a todas las del derecho — excesiva importancia. Ella será precisada y ampliada por lo que se expone a continuación.

(8) SALEILLES, RAYMOND — “Déclaration de volonté” (Nouveau tirage) — Paris, 1929 — N° 89.

(9) Trabajo y publicación citados.

CARACTERES —

Los caracteres del contrato de adhesión pueden concretarse así:

*A — Sobre la oferta:*

1 — La oferta se presenta en conjunto o en *bloc*, comprendiendo todas las cláusulas y condiciones del contrato.

2 — Es dirigida a muchas personas en general, con ánimo de concluir muchos contratos.

3 — No admite modificación alguna.

4 — Tiene carácter permanente.

*B — Sobre la aceptación:*

5 — La aceptación no representa otra cosa que la conformidad con lo preestablecido.

*Como consecuencia de lo anterior:*

6 — Falta de discusión o controversia.

7 — Desigualdad entre las partes.

*C — Sobre el objeto:*

8 — El objeto versa sobre servicios de empleo constante y utilidad general.

1) — *Oferta en bloc, con todas las cláusulas y condiciones del contrato* — La oferta se prepara con anterioridad. Esto no constituye en sí una diferencia tan significativa, como se ha pretendido, respecto del contrato clásico. La diferencia está en que la oferta lo prevé, lo contiene todo. Consta, así, de numerosas cláusulas. Trátándose de contratos que abarcan necesariamente muchos detalles, es más bien conveniente que la oferta se presente de tal modo. Esto es práctico y hasta cierto punto representa una garantía, frente al abuso a que daría lugar fácilmente la improvisación de cláusulas, aún con el concurso activo del aceptante, pues tal concurso resultaría ilusorio, ya que el oferente domina los asuntos y el aceptante tiene generalmente poca o ninguna versación.

Lo malo es la forma material como se hace llegar la oferta. Suele presentársela en un pliego impreso, cuyas numerosas cláusulas ofrecen la mayor variedad tipográfica. La lectura resulta incómoda y la atención se fija en lo que aparece como saliente. Se emplean palabras técnicas o de valor convencional, o de poco uso y la redacción no es siempre clara. Además, los pliegos que se presentan bajo los nombres de solicitud, etc., no siempre contienen todas las cláusulas, las cuales aparecen en su totalidad en el documento que se devuelve firmado al aceptante. <sup>(10)</sup>

Todo eso, que en realidad sucede, son recursos para destacar lo que ofrece ventajas y hacer menos perceptible lo gravoso; pero no pertenece en realidad a la característica de que nos ocupamos. Se trata de una desviación y abuso, que se comete por falta de disposiciones legales adecuadas, en esta modalidad contractual aún no legislada. Por lo mismo que la oferta, por exigencias insalvables, se presenta en conjunto, debe evitarse todo lo equívoco y confuso, en la redacción y en la forma material.

2) — *Oferta dirigida a muchas personas, con ánimo de concluir muchos contratos* — Ya hemos insinuado que en el contrato clásico, no se excluye el caso de una oferta que comprenda todos los detalles y en la que el proponente no esté dispuesto a modificar lo más mínimo. Este supuesto, cuando la oferta es dirigida a una sola persona, a una persona determinada, no entra en el contrato de adhesión. Tampoco entra si un solo contrato, aún con las cláusulas preparadas de antemano, se ofrece a todo el mundo. Se trata de muchas ofertas, a muchas personas en general; es decir que la oferta no se agota con una aceptación. Permite la aceptación de cuantos quieran contratar. <sup>(11)</sup> Supone contratos frecuentes y numerosos. Por lo mismo, es característico que la oferta múltiple se dirija a muchas personas — a todas las que necesiten la cosa, la prestación o servicio que constituyen el objeto — en general, no a persona determinada. Como se ve, el contrato de adhesión se enfrenta por esta particularidad impuesta por su naturaleza, con la cuestión de la *oferta a persona indeterminada*.

(10) V. *infra*.

(11) DEMOGUE, RENÉ — "Des obligations en général" (Les sources) — II — 309 (Paris, 1923).

3) — *Oferta inmodificable* — El carácter de fijeza de la oferta, en el sentido de que no puede modificarse, ha hecho decir a algunos autores que el oferente “hace la ley del contrato”. Cabe observar que en el contrato clásico también muchas veces es la voluntad del oferente la que se impone. Pero esto no autoriza a sostener que se trata de un acto de voluntad unilateral. La voluntad del aceptante es indispensable. Mientras ella no exista no se concluye el acto, que por eso mismo, es bilateral, es decir, contrato. (12)

4) — *Oferta firme, permanente* — Por el propio modo de formación; por la índole de las prestaciones y servicios a que generalmente provee el contrato de adhesión — los cuales, aunque de carácter privado, adquieren un rango de utilidad general —, la oferta no puede ser modificada, ni retirada. Hay un “estado permanente de oferta” como lo ha expresado Hauriou. (13) La permanencia es a término o ilimitada, dentro de lo racional, de lo normal, sujeta a algunas circunstancias de excepción, como el agotamiento del *stock* de las cosas que se ofrecen (14), o limitaciones en los servicios, autorizadas por la concesión o impuestas por su naturaleza, etc.

El contrato de adhesión presenta así una situación más durable. Sin esta condición de la oferta, la eficacia y ventajas prácticas de esta forma contractual, como su importancia social, se anularían. Es necesario que yo esté seguro de que si mañana necesito hacer un viaje a Buenos Aires, por ejemplo, podré contratar con el ferrocarril en las condiciones en que ofrece el viaje, y que cuando me presente urgido por la necesidad y el tiempo, no se me podrá responder, al dictado de los principios tradicionales, que la oferta ha sido ya retirada o que no se quiere contratar conmigo (15), o que la oferta no obliga, salvo excepción expresa, antes de la aceptación.

La irrevocabilidad de la oferta es una garantía para el público y constituye una ventaja que compensa, en gran parte, las fallas que los sostenedores irreconciliables de la autonomía de la voluntad imputan al contrato de adhesión.

(12) Más adelante nos ocupamos de esta cuestión (*Naturaleza jurídica*).

(13) HAURIOU, MAURICE — “Principes de droit public” — 2ª edic. — París, 1916.

(14) BAUDRY LACANTINERIE et BARDE — “Des obligations” — I (París, 1907). — C. de C. de Chile, Art. 105 — Ver “Oferta a persona indeterminada”, en la teoría clásica.

(15) GIORGI, GIORGIO — Sobre *participación del consentimiento* — “Teoría delle obbligazioni” — Vol. III.

Como se ve, en punto al valor jurídico de la oferta, el contrato de adhesión avanza sobre el contrato clásico, afirmando una evolución a tono con lo que importantes razones de seguridad social reclaman en los tiempos actuales. Además, excluye o limita mucho todas las complicadas derivaciones de los períodos “pre-contractual” e “in-contrahendo”. (16) Y esto es de práctica importancia.

5) — *La aceptación sólo representa la conformidad con lo pre-establecido* — Esta característica está comprendida en lo anteriormente expresado. Podría considerársela redundante, si no fuera que por dictados de método y mayor claridad, para destacar la calidad de la aceptación, conviene consignarla.

6) — *Falta de discusión o controversia* — Consecuencia de los caracteres señalados, es que el contrato se concluya sin discusión. La voluntad del aceptante no tiene el campo que le ofrece el debate o controversia, que generalmente precede al contrato clásico. Tampoco influye en el contenido del acuerdo. Se ha encontrado en esto algo violento, y es precisamente uno de los inconvenientes que particularmente se indican por los impugnadores del contrato de adhesión, es decir, de su naturaleza contractual. Ya hemos dicho que la hipótesis de una oferta que no admite discusión porque se la presenta como condición *sine qua non*, cabe en el contrato tradicional. Y esto no debe ser de tal modo contrario a la libertad contractual, cuando autor como Demogue, después de presentar el supuesto, referido al contrato ordinario, agrega que “la libertad de los contratos lo permite” (lo que apoya en un fallo de la Corte de Casación) (17). Lo peligroso, lo que en realidad afecta al fondo del contrato, no es la falta de discusión o controversia, sino la *falta de información* por parte del aceptante. Tomando una desviación de hecho por la verdadera situación teórica, se ataca al contrato de adhesión. La verdad es, con todo, que desde este punto de vista, en general, la cuestión tiene su importancia. •

La calidad de la oferta (inmodificable), de suyo no admite la discusión o la vuelve inútil. Inútil si lo que se propone es variar las condiciones de la oferta. Pero no se puede dejar de ad-

(16) V. teorías de FAGGELA y de IHERING, sobre *culpa pre-contractual y culpa in-contrahendo*, respectivamente.

(17) DEMOGUE — Obra citada — II — 308.

mitir que la discusión, la controversia, si nó para eso, sería útil para asegurar el análisis, lo cual prácticamente quiere decir para asegurar que el consentimiento verse sobre cada cláusula y no sea simplemente prestado en *bloc*, teniendo sólo en cuenta lo dominante, las grandes líneas del contrato. El asunto mereee ser considerado en la reglamentación legal. La desviación de hecho puede corregirse, asegurando la posibilidad de una suficiente y efectiva información por parte del aceptante. Sobre esto volveremos más adelante.

7) — *Desigualdad entre las partes* — Los autores consignan con uniformidad, como carácter del contrato de adhesión, la desigualdad entre las partes. En el contrato clásico, que se apoya sobre la igualdad, la enfática afirmación del postulado teórico no concuerda con la realidad.

La desigualdad no existe solamente en el contrato de adhesión. Imaginemos un contrato de seguro, o con el ferrocarril, celebrado por el modo clásico, es decir, sin oferta preestablecida de conjunto e inmodificable, con discusión, en que el acuerdo sea el resultado de un amplio debate, ¿acaso por eso se borraría la desigualdad económica entre el particular y la respectiva compañía?

No se puede negar, sin embargo, que la propia manera de formación de este contrato, es propicia a agravar la desigualdad. Se trata, por otra parte, de prestaciones o servicios necesarios, que hay que buscar del único o de los pocos que pueden prestarlos. Se trata de particulares o empresas de mucho capital, poderosas, frente a particulares de capacidad económica mucho menor. Una cosa más, vendida, un servicio más o menos, nada representan para quien los ofrece, pero es a veces todo para quien la necesita o lo solicita. El oferente que elabora cuidadosamente la oferta, prepara las cláusulas en su interés exclusivo, en la forma que mejor lo sirvan, atenúa sus responsabilidades, agrava el cargo para el aceptante, etc. Todo esto intensifica en el contrato de adhesión la desigualdad entre las partes y justifica que los autores se refieran a ella. Tendremos ocasión de ocuparnos nuevamente de este punto, como de la falta de discusión, más adelante, cuando tratemos la naturaleza jurídica.

8) — *Servicios privados de utilidad general* — Se indica co-

mo característico del contrato de adhesión, que su objeto versa sobre servicios privados de utilidad pública. Desde luego, quedan comprendidos en este concepto los contratos de suministro de energía eléctrica, teléfono, los con el ferrocarril y de transporte, etc. No hay duda de que en ellos puede hablarse de *servicios*. Pero ¿quedarían excluidas, por ejemplo, las ventas en los grandes almacenes, a precio fijo y en las condiciones preestablecidas, cuyas ofertas no admiten modificaciones? Planiol y Ripert, en el todo que acaba de publicarse de su valiosa obra de Derecho Civil <sup>(18)</sup>, parecen excluir estas figuras. Nosotros las incluimos, como se ha visto, lo mismo que las que se refieren a los aparatos automáticos, tan difundidos hoy, y los contratos de seguros <sup>(19)</sup>, de creciente importancia social, todos los cuales integran un renglón no despreciable en el contrato de adhesión.

Nos referiremos a *servicios* de manera general, siguiendo el criterio de Demogue. <sup>(20)</sup> Cuando un particular o una empresa ofrecen y concluyen millares de contratos dentro de condiciones prefijadas, para satisfacer las necesidades del público, crean por eso mismo un servicio, una administración. Dentro del derecho privado, se trata de *servicios privados de utilidad pública*. <sup>(21)</sup> Los individuos u organismos que los prestan, llenan una función de utilidad social. No hace mal el Poder público interesándose por su conservación. Por eso en Francia se ha visto con simpatía que el gobierno tomara medidas para evitar, por ejemplo, la desaparición del "Printemps" en 1906.

Entendida en este sentido amplio la expresión, no se excluyen contratos como los que hemos aludido y otros. Además el concepto de servicio permite una regla de interpretación: favorecer la eficacia del servicio, con lo cual se propende a una solución objetiva, de utilidad y a la vez de equilibrio entre los intereses del oferente y del aceptante. <sup>(22)</sup>

(18) PLANIOL et RIPERT — "Traité pratique de Droit Civil Français" — VI — Obligations — 155 — (Paris, 1930).

(19) En los cuales no hay servicios, en el sentido estricto. Por lo demás, todos los autores los consideran contratos de adhesión, y aún típicamente.

(20) DEMOGUE — Obra cit. — II — 309-310.

(21) DEMOGUE — PLANIOL et RIPERT — Obras citadas.

(22) DEMOGUE — En este orden de ideas, nuestro ilustrado colega de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Lafaille, señala entre otros rasgos salientes del contrato de adhesión, el "predominio del servicio público".

*Los servicios públicos* — Nosotros excluimos los *servicios públicos*, es decir, los que prestan el Estado o la Municipalidad, y en los que proceden por razones de higiene pública, de policía sanitaria, de seguridad e interés general. Estos servicios, como los de extracción de basuras, de obras sanitarias, por ejemplo, no dependen de la voluntad de los particulares. El particular no los solicita ni puede rechazarlos. El Estado o la Municipalidad los crean y los realizan. Hay, sin duda, una prestación y una retribución. Pero estas relaciones, lo mismo que la *concesión* en sí, están excluidas de la teoría contractual. Otra cosa es cuando el Estado, a la manera de concesionario de sí mismo, ejecuta servicios que un particular o empresa pueden también ejecutar.

*Intervención del Estado* — Los caracteres a que nos hemos referido, los intereses a que se vincula el contrato de adhesión, justifican la mayor intervención del Estado, que algunos tratadistas señalan como otra de sus características. Nosotros no la consignamos, porque esa intervención no es propiamente en el contrato, sino anterior, por la concesión o la autorización en el caso de servicios, etc.

## NATURALEZA JURIDICA

### TEORÍAS EXTRACONTRACTUALES —

Saleilles, a quien, como hemos visto, se debe el nombre de *contratos de adhesión*, contra lo que pudiera pensarse, es el primer impugnador de su naturaleza contractual. Se refiere a ellos como a “pretendidos contratos” y a falta de una expresión mejor, los denomina *contratos de adhesión*, “en los cuales existe el predominio de una sola voluntad” (23).

El eminente profesor comienza por establecer que no existe contrato verdadero más que ahí donde se hace aparecer, por encima de las divergencias personales, una voluntad común que sea, nó forzosamente la voluntad del que ofrece, ni forzosamente la voluntad del que acepta, sino la voluntad contractual, es decir, aquella que se deduce del contrato como lo que hay de idéntico y de co-

(23) Obra citada — N° 89.

mún en las intenciones unilaterales de las dos partes. Tal no se realiza sinó ahí donde las dos voluntades juegan un rol igual. <sup>(24)</sup> Estos pretendidos contratos, dice, revisten un carácter de ley colectiva, y “no son en el fondo más que manifestaciones unilaterales de voluntad paralelas”. <sup>(25)</sup>

No es que Saleilles niegue la intervención de una segunda voluntad; pero le resta toda eficacia. Su opinión no nos aparece tan categórica como generalmente se la presenta. “Sin duda, expresa, hay contratos y contratos; y estamos lejos en la realidad de esa unidad de tipo contractual que supone el derecho. Será necesario, temprano o tarde, que *el derecho se incline ante las modalidades y divergencias que las relaciones sociales han hecho surgir*”. <sup>(26)</sup> No pueden pedirse palabras, a más de exactas, más oportunas para fundar, precisamente, el carácter contractual de estos actos. Ellas justifican la necesidad de un tipo nuevo de contrato, de formación especial, de acuerdo a las “modalidades y divergencias que las relaciones sociales han hecho surgir” en nuestra época. El concepto, si nó en síntesis tan expresiva, fluye de cuanto hemos expresado al caracterizar los contratos de adhesión.

Lo exacto es, en el fondo, que Saleilles pone de relieve que se trata de contratos especiales, en los cuales “la construcción jurídica está por hacerse”, y para los que, en todo caso, las reglas de interpretación que antes ha expuesto deberán sufrir, sin duda, importantes modificaciones. <sup>(27)</sup> Estamos completamente de acuerdo.

El ilustrado profesor León Duguit, se ocupó del asunto en sus conferencias sobre las teorías generales del Derecho privado, en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, el año 1911 <sup>(28)</sup>, que constituyeron una nota sumamente interesante y sugestiva, y fueron de las primeras en afirmar la vinculación espiritual con Francia.

(24) Obra citada — Nos. 88-90.

(25) N° 91. — Si las voluntades son “paralelas”, no se unen. Y si no se unen, habrá dos entidades, pero nó un acto. *En cuanto esas voluntades se unan, aunque la una predomine, aparece el contrato.*

(26) N° 89.

(27) Obra citada, N° 89.

(28) Publicadas en Francia a principios de 1912. (La 2ª edición, 1920) — Aquí seguimos “Las transformaciones generales del derecho Privado, etc.” — Trad. de Carlos G. Posada — Madrid — 5ª Conferencia, pág 133 y sgts.

Toma el contrato en la estructura fuerte y rígida recibida del derecho romano, que se ha conservado en nuestros códigos modernos, y afirma que para su existencia son necesarias siempre dos voluntades individuales. “El contrato no nace sino cuando esas dos voluntades, después de negociar, después de estar en contacto, **se han puesto de acuerdo sobre el objeto del acto**”. Refiriéndose a modalidades de nuestros días, entre las que alude a los *contratos de adhesión*, critica que la mayoría de los jurisconsultos, dominados por la concepción tradicional, en lugar de ver en todos estos actos, que no conoce el derecho civilista, formas jurídicas nuevas, en lugar de analizarlas como tales, han querido, a toda costa, comprenderlas en el viejo cuadro estrecho del contrato.

Con respecto al contrato de adhesión, directamente, se refiere al caso que considera más sencillo, el que todo el mundo conoce, el del distribuidor automático. (29) No niega que haya aquí una adhesión a un estado de hecho; pero sostiene que es un error querer referir este acto al contrato clásico. “En realidad, dice, la situación de derecho subjetivo nace de la voluntad unilateral de aquel que, usando del aparato distribuidor, quiere crear una situación jurídica, y lo quiere legal y eficazmente, porque lo quiere de conformidad con un estado reconocido como legal”.

Pone el ejemplo de una carta que se franquea y se despacha por correo. Ve en esto un acto unilateral, que produce un efecto porque es conforme a la ley del servicio. El nuevo ejemplo no es a nuestro juicio el más adecuado. La naturaleza especial de la correspondencia, determina que su tráfico no constituya un simple contrato de transporte. Razones de seguridad social, que afectan la garantía de inviolabilidad de la correspondencia, determinan el monopolio del Estado y hacen nacer un *servicio público*. Otra cosa es lo referente a servicios auxiliares, que realiza el Estado para comodidad de los particulares, pero que no está prohibido que otro que no sea el correo los efectúe.

Duguit se refiere a los contratos colectivos, a los que ataca del doble punto de vista de la contradicción que implica la idea

(29) El contrato celebrado por medio de los aparatos automáticos, puede considerarse de adhesión. Así lo hemos entendido. Pero no hay duda que representa un ejemplo extremo, y no es, por lo mismo, el más indicado para generalizar sobre el contrato de adhesión.

de contrato — que supone una cosa esencialmente individual — con el carácter colectivo, de la forma en que se produce la aceptación y de la situación de las partes. Llama a estos contratos *conven-ciones leyes*, si bien él mismo se encarga de señalar la contradicción entre estos dos conceptos.

Encuentra el contrato colectivo, en las relaciones modernas, sobre todo en dos actos: la concesión de servicios y el contrato colectivo del trabajo. Nosotros encontramos contrato de adhesión en el acto entre el particular y la empresa o individuo concesionarios. Excluimos la relación entre éstos y el Estado o Municipio. La concesión — ley, ordenanza, decreto —, es un acto de potestad. Complementa la ley común y es ley para los contratos que después el concesionario realiza con los particulares. Hay en las concesiones un beneficiario y obligado. Uno que acepta y aún gestiona la concesión; pero de la otra parte no actúa un sujeto que represente el interés privado. Es el Estado que realiza un acto de administración. (30)

En cuanto al contrato colectivo del trabajo, que ha venido analizando, es, dice, “una categoría jurídica absolutamente nueva y por completo fuera de los cuadros tradicionales del derecho civil”. Como se ha visto, la posición de Duguit sobre el contrato de adhesión, es francamente anticontractual.

Para Hauriou, se trata de una voluntad reglamentaria, una ley privada, “una institución ya formada o en formación”, que fija las condiciones con arreglo a las cuales los individuos van a desenvolver su actividad; una especie de ley privada. (31)

“El contrato de suscripción, dice este autor, no es más que un contrato de adhesión y quizá hasta podría suprimirse la palabra contrato y decir un acto de adhesión a un servicio organizado. Los actos de adhesión no tienen de contractual más que el nombre; son las adhesiones a actos de naturaleza reglamentaria”. (32)

(30) Estamos conformes con lo que expresa Duguit respecto de la concesión: “No es la teoría general de los contratos lo que es preciso aplicar; se está fuera de sus límites”. Muy bien, en cuanto a la *concesión*. Otra cosa son los actos entre el titular de la concesión y los particulares.

(31) V. DEMOGUE — Obra citada — II — Pág. 312. — PLANIOL et RIPERT — Obra citada — VI — 123.

(32) RECUEIL SIREY — Año 1908 — III — Págs. 18, 19.

Por la tesis anticontractual se manifiestan también Dollat, Gounot, (33), etc.

Entre nosotros, el ilustrado profesor Colmo, considera que se trata de actos de voluntad unilateral. Se refiere al contrato de adhesión dentro del título *Voluntad unilateral*. Después de hacer notar que falta en él el examen y discusión y la relativa igualdad que supone el contrato, concluye: "De otro modo, habría que extender enormemente el concepto del contrato, y ver una aceptación consciente, libre y plena en lo que no es más que una simple adhesión un tanto forzosa y bastante indeliberada. No habiendo entonces contrato en tales supuestos, ¿de dónde nacerán las respectivas obligaciones sino de la voluntad unilateral del ofertante?". (34)

#### LAS DOS PRINCIPALES OBJECIONES CONTRA EL CARÁCTER CONTRACTUAL

Un análisis de los autores que impugnan la naturaleza contractual de los contratos de adhesión, demuestra que las observaciones formuladas pueden resumirse en estas dos:

- a) Falta de discusión.
- b) desigualdad de las partes.

Sin desconocer que estos dos enunciados corresponden a la realidad, tanto que los hemos enumerado entre los caracteres del contrato de adhesión, vamos a demostrar que tales objeciones no son suficientes para sustraer la figura de que venimos acupándonos del cuadro del contrato.

#### a) — *Falta de discusión.*

Para llegar al acuerdo, no es necesario, precisamente, comenzar por estar en pugna, en posiciones poco menos que irreductibles. Cuando dos personas se aproximan para contratar, se debe considerar que van movidas por el *interés del acuerdo*, porque de

(33) DOLLAT — "Les contrats d'adhésion". — GOUNOT — "Le principe de l'autonomie de la volonté".

(34) COLMO, ALFREDO — "De las obligaciones en general" — N° 44 (Buenos Aires, 1920).

otro modo no hay propósito serio. Hace falta sí, el cambio de ideas, es decir, todo lo que comprende la “comunicación o participación recíproca”, materia esta que tiene su lugar en la teoría general del consentimiento.

De modo que dentro aún del concepto clásico, la “discusión o controversia” debe tomarse en un sentido general, como la oportunidad para el conocimiento y determinación sobre todos los detalles que constituirán el contrato, a fin de que la aceptación importe una efectiva conformidad con todas las cláusulas. Esto es lo que en realidad exige la doctrina clásica. En este sentido se ha podido decir que sólo por una ficción puede admitirse que el que concluye un contrato de seguros, por ejemplo, en la forma en que ordinariamente se lo realiza, está conforme con todo el complejo de cláusulas que acaso conoce después. <sup>(35)</sup>

El Derecho, con ser en más de un sentido una realidad, se apoya en ficciones, tiene necesidad de apoyarse en ficciones. Si así no fuera, perdería su sentido de generalidad y sería el fichero enorme, pero siempre deficiente, del casuismo. La regla, sin apartarse del conocimiento de la vida que trata de normar, para tener un carácter general, abstracto, debe necesariamente valerse de presupuestos, de ficciones. <sup>(36)</sup>

La situación a que se refiere la objeción, si bien es constante en el contrato de adhesión, no es imposible y, por el contrario, se presenta con frecuencia en el contrato de la doctrina clásica. Muchas veces se realiza un contrato — compra-venta, locación — sin tener en vista más que los elementos constitutivos, lo dominante, porque es lo que directa e inmediatamente interesa a las partes. Sin embargo, en los contratos así realizados, el consentimiento comprende una serie de circunstancias, verdaderas cláusulas integrantes del contrato, constituidas por las disposiciones del Código suple-

(35) VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO — “Derecho Civil Español” — III — pág. 303 - nota (Valladolid, 1920).

(36) Y no es, por cierto la menor, aquella por la cual la ley después de publicada, se reputa conocida de todos, que se traduce en el principio de que “la ignorancia de la ley no vale excusa” — “*Nemo jus ignorare censetur*”; “*Nul n'est censé ignorer la loi*” — (Art. 20, C. Civil Argentino); ficción en la que en el hecho la ley finca su obligatoriedad, y que, a pesar de las reacciones producidas en su contra, se mantiene, apoyada en imperiosas necesidades de orden social.

torias de la voluntad de las partes, cuyo contenido ha sido en realidad ajeno al acuerdo. (37)

En los casos más importantes de la locación de cosas — alquiler de propiedades urbanas, por ejemplo —, es corriente celebrar el contrato refiriéndose nada más que a la cosa — tal casa — y al precio. (38) Aunque no se expresa, como no es general hacerlo, que el contrato queda sujeto a todo lo dispuesto en el Código, las partes se encuentran sometidas a una serie de relaciones — todo el complejo de las obligaciones del locador y del locatario, el régimen de las mejoras, etc. — sobre las cuales la voluntad no se ha pronunciado. En rigor las partes han querido solamente lo relativo a aquello que han contemplado. Pero la doctrina clásica no se ha asombrado de considerar, como considera, que han querido todo lo demás. Y esto que es perfectamente admisible y jurídico, no se produce sinó por una ficción, la que da como hecho indiscutible el conocimiento de la ley. El ejemplo podría diversificarse con casos de la común experiencia, tendientes a demostrar que a cada paso, en los contratos más frecuentes, se imputa a la voluntad más de lo que ha sido materia de su directa determinación.

No se nos oculta la diferencia que existe entre lo establecido por la ley, para suplir la voluntad de las partes cuando ella no se ha referido a tales o cuales puntos, y lo que puede contener la oferta en *bloc* o en conjunto del contrato de adhesión. Ahí, por la eminencia de la ley, no existe el peligro de que las partes resulten queriendo nada inconveniente; mientras que aquí, por el juego del interés, cabe lo gravoso o leonino. Pero es que una cláusula o relación puede no quererse, por diversos motivos, sin que sea leonina o injusta.

El contrato de seguro de vida, por ejemplo, tal como generalmente se realiza, ofrece un fuerte blanco en el terreno de esta objeción. El período preliminar no siempre es breve, pero comprende solamente lo dominante. A tal edad del presunto aceptante, le corresponderá por una póliza de tanto, tal prima o cuota. El interesado pregunta, recibe respuestas; pero las preguntas no tocan el

(37) V. COLIN et CAPITANT — "Droit Civil Français" — II — Pág. 258.

(38) No carece aún de aplicación el contrato verbal — forma autorizada por la ley — en el cual no es prudente considerar como elementos efectivamente tenidos en vista, más que los susceptibles de probarse por el recibo. Además muchos contratos escritos son de una gran simplicidad.

contenido de cláusulas que acaso ni sospecha. El asegurador destaca las ventajas. El aceptante se decide. Firma la solicitud, *que es ya la aceptación*, es decir, *el contrato*. Después recibe la póliza y empiezan las sorpresas. Una multitud de cláusulas, a veces en varios tipos de letra, algunas si no ocultas por lo menos disimuladas. Todo lo que ellas contienen está aceptado, lo “ha querido” el asegurado.

Sin duda que nadie ha de pensar que esto no sea seriamente objetable. Solamente el prestigio y ventajas del seguro, que cada vez penetra más en todas las esferas, puede hacer tolerable este régimen no sólo de ficción sino de verdadero abuso. Pero para evitarlo, la solución no está, no puede estar, evidentemente, en sostener que el *contrato de seguro*, por la forma como se lo realiza — mezcla de avance y de negligencia —, *no es contrato*.

Lo que interesa es reglamentar el contrato de seguro y los análogos por el modo de formación, de manera tal que el aceptante esté en aptitud de conocer, de informarse de todas las cláusulas a que va a adherir, a fin de que su adhesión sea, o por lo menos pueda ser, resultado de la efectiva voluntad. <sup>(39)</sup>

Así se evitará la sorpresa y el contrato, para resguardo del consentimiento, podrá concluirse como si hubiera mediado una discusión solemne y se reducirá al menor grado la ficción, con la ventaja de la brevedad. Como garantía de la posibilidad real de informarse antes de la aceptación, que el contrato sea nulo *si la aceptación no está consignada en la propia póliza*, o sea en el *pliego que contiene todas las cláusulas*, las cuales deben ser perfectamente visibles del punto de vista gráfico y claras en la expresión. Y que carezca de valor todo agregado posterior, aunque venga como aclaración o complemento ilustrativo.

La posibilidad de información o conocimiento previo — puede objetarse — es viable en los contratos como el de seguro, suministro de energía eléctrica, servicios telefónicos, etc., en los cuales no se presenta la necesidad de una realización urgente; pero no es fácil en otros que deben concluirse con la mayor rapidez y aún a veces en forma imprevista, como ocurre con el contrato con el ferrocarril, ya se trate del viaje de personas o del transporte de cosas.

(39) La ley alemana sobre seguros, de 30 de mayo de 1908, Art. 50, conqere al asegurado el derecho de protestar contra una cláusula determinada, durante un mes después de la aceptación global de la póliza.

Esto es innegable; pero también lo es que se puede proveer a un mayor conocimiento de las condiciones o cláusulas, por lo menos de aquellas de principal interés por la aplicación más frecuente. Dentro del principio básico que consagre la ley común, puede llegarse a una especie de publicidad o difusión supletoria, que asegure aquel conocimiento. ¿No llegan las empresas a divulgar perfectamente lo que en realidad les interesa que sea conocido: los horarios, desde luego, las rebajas de pasajes, los viajes circulares, etc.? ¿Por qué no podría prescribirse y obtenerse una mayor publicidad en general? Asegurarían esta forma de publicidad suplementaria, las disposiciones de las leyes especiales, de las leyes de concesión y las reglaminaciones del poder administrador. Ellas ampliarían el principio básico de la ley común, salvando en gran parte el inconveniente apuntado. (40)

La objeción de la falta de discusión — falta de información suficiente — tiene como se ve, más fuerza en el enunciado que en su contenido real. Traduce, ciertamente, una modalidad, una característica del contrato de adhesión. Merece ser tenida en cuenta para introducir en la ley normas que, contemplando esta particularidad en la formación del contrato, prevengan los inconvenientes de tal situación. Pero no tiene, según ya hemos adelantado, valor suficiente para sustraer la figura del tipo contrato.

b) — *Desigualdad entre las partes.*

La desigualdad entre las partes, si bien, como antes se ha señalado, aparece más fuerte y constante en los contratos de adhesión, *no es una situación exclusiva de ellos*. Se observa en el contrato clásico, pese a la brillante y un tanto artificial — a fuerza de lógica con los postulados básicos — construcción teórica.

La vocación individualista que inspira la codificación moderna, tiene su expresión en la libertad contractual. La libertad presupone igualdad. No es posible el movimiento libre de la voluntad en personas de distinta situación económica. Hubo, pues, necesidad de proclamar este otro postulado de la igualdad entre las partes, que de lo contrario quedaba prácticamente negado el principio de la libertad.

(40) Véase más adelante, la función del Cº. Civil en estos contratos, frente al D. Administrativo, cuando media una concesión para servicios públicos.

En el contrato intervienen dos voluntades, es decir, dos sujetos de voluntad. Un sujeto de voluntad es igual a otro sujeto de voluntad. He ahí la base teórica del principio de igualdad. La ley, salvadas las exigencias de la teoría general de la capacidad, reputa a todos aptos para las relaciones civiles. Esa es la igualdad que proclama y que se sustenta en la igual aptitud e igual protección. Pero más fuerte es la realidad de la vida. La ley no ha podido ni pretendido anular las diferencias de diverso orden que existen entre los hombres.

El mismo hecho de que el contrato realiza el acuerdo entre personas con *intereses opuestos*, da más bien, desde luego, idea de una desigualdad.

La relación contractual se mueve por la necesidad. Y la necesidad implica, por definición, desigualdad. Entre quien aspira a satisfacerla y quien concurre a ello, hay diferencias. Una de las partes recibe lo que sobra a otra — una cosa que no tiene, un hecho que no puede ejecutar. Entre el que pretende tomar en alquiler una casa que necesita con urgencia para asiento del hogar, apremiado por un desalojo, por ejemplo, y el propietario que no tiene mayor interés en alquilarla; entre el que va a comprar una cosa que le es imprescindible, que sólo tiene una persona — y aún cuando la tengan varias — y el dueño, a quien le es indiferente venderla; entre el que busca una suma de dinero para salvar un momento angustioso y el que la suministra, a quien le sobra el dinero, existe una situación de evidente desigualdad. Siempre hay una voluntad más fuerte, por el poder económico, por la falta de necesidad en el sujeto, que se impone, que termina por “hacer la ley del contrato”. (41) Frente a estas situaciones y otras que se observan a diario en el contrato clásico, sólo una ficción útil a la construcción teórica y fundamento también de alguna conclusión práctica, permite hablar de igualdad.

La igualdad entendida estrictamente, no se realiza ni en el objeto del contrato. En el más conmutativo de los contratos, cada parte aprecia su ventaja por sí misma. La compensación no es con relación al valor intrínseco, ni aún muchas veces, con relación al valor de cambio. Es el resultado de una apreciación subjetiva. No

(41) V. DEMOGUE — Obra citada — Págs. 336, 337. — COLIN et CAPITANT — Obra citada — Pág. 258.

se concibe un contrato en que uno se obligue a dar la suma de cien pesos por la suma de cien pesos. La conmutación es un equivalente relativo y variable, precisamente por la situación desigual de los contratantes.

El contrato, cuando exagera el principio de la libertad contractual, de órgano de la libertad, puede llegar a ser órgano de opresión, precisamente porque se apoya en una igualdad ficticia. Por eso Menger, aunque con la exageración propia de su posición extrema, ha podido decir refiriéndose al contrato clásico, que es el peor enemigo de un ordenamiento verdaderamente democrático.

La desigualdad entre las partes no es, pues, ajena al contrato clásico. Y es precisamente el reconocimiento de esta situación real, uno de los grandes factores que han trabajado la crisis, nó del contrato como suele decirse, sino de sus postulados clásicos.

“No basta al legislador moderno, dice Cosentini (42), afirmar la *igualdad de derecho* entre las partes contratantes, si ella se resuelve después en una *desigualdad de hecho*. He aquí por qué es necesario sustituir a un individualismo abstracto e inorgánico, un individualismo que como exigía Gianturco, se encadene orgánicamente a las funciones sociales del Estado, integrando la moral individualista con la moral social, y transformando los códigos de mero derecho privado en códigos del derecho privado social”.

Por eso se afirma cada vez más, la tendencia que constituye el movimiento más importante de los últimos cincuenta años, que trata de asegurar la coexistencia armónica del individuo en la sociedad, y corregir la irremediable desigualdad por una discreta protección al débil, nó para aniquilar al fuerte, sino para mantener el equilibrio que el interés social reclama.

A ese espíritu, cuya inspiración se advierte en códigos contemporáneos, han respondido medidas legislativas, como una serie de leyes dictadas en los países europeos durante la última gran guerra, o en la post-guerra, que aunque resistidas por los criterios conservadores, se han impuesto y sobrevivido a las circunstancias que inmediatamente las provocaron; leyes del tipo de las llamadas de aquileros sancionadas en nuestro país en 1921, una de

(42) COSENTINI, FRANCESCO — “La riforma della legislazione civile” — Pág. 298 — (Modena, 1911).

las cuales, la N° 11156, que establece el plazo legal, tiene permanencia, incorporada como se sabe al Código Civil.

Es bueno destacar, por lo demás, que no negamos que en los contratos de adhesión, por la potencialidad económica del particular o empresa que ofrece el contrato, y aún por la forma como éste se realiza, la desigualdad entre las partes se acentúa, es mucho más constante y presenta peligros mayores. Pero no ofrece un elemento de diferenciación suficiente a quitarles el carácter contractual. Sí es una circunstancia que debe ser recordada, para las atenuaciones o remedios que puede prever la ley y aplicar la jurisprudencia.

El remedio, en general debe ser el mismo que frente al contrato clásico, aunque aplicado en forma más intensa. Protección al aceptante para reducir la prepotencia del oferente, buscando el equilibrio, nó en el sentido de nivelación, de equivalencia, sino en el sentido de garantía, de seguridad, por medio de algunas reglas básicas en los códigos y previsiones en las leyes especiales y ordenanzas. El contrato de adhesión, en los casos en que presupone una concesión, viene a favorecer el movimiento a que antes nos hemos referido, pues permite la intervención más directa del Estado, intervención no sólo menos resistida, sino que todos los autores, aún los más irreductibles en la posición individualista, ven con simpatía.

Desempeña también un papel importante en lo que a la seguridad del aceptante se refiere, el *poder de interpretación de los jueces*.

No debe olvidarse que los particulares o empresas que comprometen grandes capitales, tienen interés vital en efectuar las operaciones o servicios que ofrecen. Los particulares cuentan, fuera de los señalados, con medios de defensa para luchar contra las cláusulas excesivas y el abuso. Demogue habla de los comités de adherentes, huelgas de consumidores, comités de defensa, etc. (43) Remedios de la misma clase señalan, entre otros, Planiol y Ripert (44), Morin (45), etc.

(43) Obra citada — Págs. 314, 336.

(44) Obra citada — Pág. 161.

(45) MORIN, GASTÓN — "La loi et le contrat — La décadence de leur souveraineté" — Pág. 62 (Paris, 1927).

Se dirá que son remedios ineficaces. No siempre lo son. (46) Es claro que dentro de la teoría del contrato de adhesión, como entidad del derecho civil, esto tiene un valor secundario, pero representa, sin duda, un recurso externo auxiliar para la aplicación regular y la eficacia de estos contratos.

#### TEORÍA CONTRACTUAL —

Las objeciones que hemos analizado, importan en realidad una revisión de ciertas ficciones en que se apoya el contrato clásico. La falta de discusión, la desigualdad entre las partes, etc., dan carácter particular a los contratos de adhesión y demuestran que es necesario ampliar los viejos moldes, revisar conceptos y orientar la jurisprudencia, que debe contar con una clara comprensión de la naturaleza y utilidad de estos contratos, y como dice Stammler, debe formarse un ideal de carácter objetivo, según el cual apreciará, conforme a las circunstancias personales de las partes, lo que debe ser el contrato para responder al fin social del derecho.

El problema consiste en ampliar la teoría contractual, (47) dando direcciones básicas para el movimiento de estos contratos, afirmados como una realidad por las necesidades de la vida actual; nó en sustraerlos al dominio del contrato, para encuadrarlos en una nueva construcción técnica, imprecisa y peligrosa, o colocarlos forzosamente en otros institutos, que no pueden contenerlos.

Considerados los argumentos de los anticontractualistas y refutadas las dos más fuertes objeciones que se han formulado, la tesis contractual queda fundada. Vamos a agregar algunas consideraciones en apoyo de esta teoría, de la que somos partidarios, que nos permitirán referirnos a la opinión favorable de varios reputados autores.

En los contratos de adhesión, como hemos visto al caracterizar-

(46) Recuerdo un hecho local. No hace mucho tiempo, la "Unión Telefónica" empezó a cobrar con gran rigor los "excesos de comunicaciones". Los abonados que no reconocían otro exceso que el de la compañía, resistieron. Al principio fueron inútiles las reclamaciones y las protestas. La compañía no escuchaba razones — aplicaba cláusulas en vigencia — y suspendió el servicio en algunos teléfonos. El movimiento colectivo se hizo sentir. La compañía cedió.

(47) Nos referimos a la teoría legal.

los, se reúnen los elementos esenciales del contrato. A pesar de todo, expresa Demogue, nos parece difícil decir que no hay aquí contrato: *lo que caracteriza el contrato, es decir dos voluntades con intereses opuestos, se encuentra en él.* Afirma que hay contrato, y concluye así su notable estudio, uno de los antecedentes más autorizados y valiosos con que cuenta la bibliografía actual: “Pero técnicamente no vemos que haya ventaja en hablar aquí de acto unilateral o de la *Vereinbarung*. No hay que hacer caer el contrato de adhesión del lado hacia el que ya se inclina fuertemente a consecuencia de las necesidades del servicio, del lado de la ley privada. (48)

Se pretende que se trata de actos de voluntad unilateral, porque a pesar de la aceptación resultan determinados por la sola voluntad del oferente. Valdría tanto como sostener que en el contrato clásico, cuando la oferta por el imperio de las circunstancias es aceptada tal como se la presenta, no hay contrato sinó acto unilateral. Lo esencial es que existan dos voluntades, que las dos intervengan. Que la voluntad resultante sea completamente distinta de una y otra, o que sea en más o en menos, el reflejo de una de ellas, constituyen matices, particularidades; pero no destruyen ni cambian la naturaleza contractual del acto.

Aunque predominante la voluntad del oferente, nadie ha pretendido que el acto se forma y existe con esa sola voluntad. Luego no puede tratarse de un acto unilateral. En este sentido dicen Planiol y Ripert: “*Nadie, por otra parte, acuerda existencia alguna al acto del que ha hecho la oferta, antes de la adhesión de la otra parte.* Es, entonces, que una voluntad común es generadora de la relación y debe presidir su interpretación”. (49) La verdad es que la parte que se adhiere realiza un acto de voluntad. Solamente entonces se forma la relación jurídica. El acuerdo de las dos voluntades es, pues, su fuente.

Colin y Capitant, después de mostrar que esa situación de dos voluntades independientes e iguales, que discuten libremente las condiciones de su acuerdo, se realiza raramente en la práctica, expresan: “A menudo se ha negado a estos actos el carácter contractual. el cual, se dice, no puede existir ahí donde no hay indepen-

(48) DEMOGUE — Obra citada — Págs. 335, 337.

(49) Obra citada — Pág. 157. Véase también Pág. 519.

dencia respectiva de los contratantes y posibilidad para cada uno de ellos de discutir los términos de la relación jurídica proyectada. En el hecho, tal observación puede ser fundada. En derecho es inexacta. Y con razón los jurisconsultos persisten en ver en los contratos de adhesión verdaderos contratos. *El que adhiere a las condiciones que le son propuestas, es en suma, libre de no aceptarlas; podría rechazarlas en bloc, y por consiguiente, cuando las acepta, da su consentimiento.* (50)

Geny, refiriéndose a la correspondencia — contrato entre el expedidor de una carta y la administración de correos —, (51) dice: “La objeción, así presentada, desconoce absolutamente *la naturaleza verdadera del contrato civil, que implica solamente el encuentro de dos voluntades, exentas de vicios, sobre un objeto de interés jurídico*, de cualquier manera que se haya fijado, y que nadie podrá negar a estos *contratos de adhesión*, tan numerosos hoy, de los cuales los contratos postales nos ofrecen simplemente una aplicación”. (52)

Morin estudia las particularidades de estos contratos, que presenta como comprobación de la decadencia del principio de la libertad contractual; pero no observa su naturaleza de contrato. (53)

En la bibliografía de los contratos de adhesión, cítase uniformemente a Boucart. Su construcción aparece en la nota a una sentencia de la Corte de Casación de Francia, registrada en el *Recueil Sirey* (54). Se propone la solución por la voluntad unilateral y después expresa: “O sin ir hasta esta noción *evidentemente contestable*, de una voluntad unilateral, ¿no debe acaso repararse en esta observación, demostrada por la experiencia, que una de las características del *contrato de adhesión* es formar un bloc que el adherente debe aceptar en conjunto, de suerte que expresada la adhesión se aplique al todo?”. Agrega después que aunque el asentimiento haya tenido en vista el objeto directo y principal de la operación, las cláusulas accesorias obligan al aceptante, aún en el caso de que no haya reparado en ellas, pues él no ha podido aprovechar todas las ventajas del contrato de adhesión sino subsistiendo todas las

(50) COLIN Y CAPITANT — Obra citada — Pág. 258.

(51) Relación sobre cuyo carácter contractual nosotros hacemos seria reserva.

(52) GENY, FRANÇOIS — “Des Droits sur les lettres missives”. N.º 29 — (París, 1911).

(53) MORIN — Obra citada.

(54) Año 1911 — I — 521.

condiciones. La opinión de Bourcart, no es en el fondo contraria a la tesis contractual.

Dereux ha contribuido a la bibliografía de la materia con su citado artículo "De la notion juridique des contrats d'adhésion", publicado en la "Revue trimestrielle de Droit Civil" y otros trabajos (55). Su posición es contractualista. La novedad de su teoría es que considera en los contratos de adhesión dos series de cláusulas, las esenciales y las accesorias. Caracteriza, aunque un tanto vagamente, unas y otras y establece el efecto respectivo. Las cláusulas accesorias producirán efecto únicamente cuando precisen o complementen las cláusulas esenciales, sin alterarlas o deformarlas subrepticamente, es decir, cuando respondan a la real intención común, a la buena fe y a la esencia del contrato (56).

Como lo hacen notar Demogue y Planiol et Ripert, este sistema, que siguen otros autores, está dentro de la teoría contractual. La jerarquización, en efecto, de las diversas cláusulas, no destruye sino que robustece la idea de que nos encontramos en presencia de contratos. En realidad, la tesis, y este es su mérito, no carece de utilidad en el campo de la aplicación. Como teoría, es peligrosa. Plantea el problema de cuáles son las cláusulas principales y las accesorias. El que estén impresas o manuscritas no basta para diferenciarlas. Hay que hacer mérito del contenido de las cláusulas, nó para caracterizar el contrato, sino para su mejor interpretación, dejando al juez amplitud para apreciar el carácter principal o accesorio.

La mayoría de los civilistas, dicen Planiol y Ripert, bien que reconociendo los abusos a que los contratos de adhesión pueden dar lugar, se niegan a reconocer en ellos una categoría jurídica que se diferencie con certidumbre de los otros contratos.

A algunos de los autores que hemos citado, se los reputa en una posición equidistante; es decir, como partidarios de una tesis intermedia entre la contractual y la anticottractual. Son en definitiva contractualistas. Lo que hay es que esos autores, como todos los del grupo contractualista, destacan los caracteres especiales del contrato de adhesión, que lo diferencian del tipo clásico sin sacarlo del dominio del contrato, si bien exigen, como hemos dicho,

(55) Como, "De l'interprétation des actes juridiques privés" — (París, 1905).

(56) DEMOGUE — Obra citada — N° 618. — PLANIOL et RIPERT — Obra citada — N° 123.

una revisión de la teoría general del contrato, que dé mayor realidad a su objetivo social.

Entre nosotros es partidario de la tesis contractual el profesor Lafaille (57), cuya autoridad está abcnada por sus ilustradas lecciones en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, que son familiares a nuestros alumnos. El doctor Pavón también se declara partidario de la teoría contractual (58).

*Razones de orden práctico apoyan la teoría contractual* — A lo dicho en favor de la tesis contractual, puede agregarse que razones de orden práctico la vigorizan.

Estas modalidades de la contratación moderna, no son creaciones artificiales, elaboraciones teóricas. Las impone la vida con sus necesidades actuales. Cada día extienden su dominio y son las formas del porvenir. Ninguna ventaja práctica existe en sacarlas de la teoría contractual para asimilarlas a otras instituciones, dejando de lado una elaboración valiosa, doctrinaria y jurisprudencial, que no es fácil sustituir, al menos de repente. Y no es posible, por otra parte, detener esas relaciones mientras una nueva construcción se elabora.

## JURISPRUDENCIA

El contrato de adhesión constituye todavía una categoría puramente doctrinaria; no tiene personería en los códigos. Parece a primera vista extraño, que se pueda hablar de jurisprudencia a propósito de una figura no legislada especialmente. Esto viene a probar que el contrato de adhesión está dentro de la institución contractual. Los jueces han podido, en efecto, resolver las situaciones particulares que estos contratos plantean, con los principios generales sobre el contrato, haciéndolos vivir de acuerdo a un nuevo criterio jurídico, que sirve las exigencias de las actuales necesidades y relaciones.

Más fuerte la vida que la ley, los jueces, que enfrentan la realidad, han tenido que dar soluciones dentro de las normas de las

(57) LAFAILLE, HÉCTOR — "Curso de contratos" (conferencias de clase) — I — Págs. 123 y sigts. (Buenos Aires, 1927).

(58) PAVÓN, CIRILLO — "Teoría general de los contratos en el derecho civil argentino" — Nos. 237, 241 — (Buenos Aires, 1929).

leyes existentes, con la contribución de los principios. En países como Francia e Italia, la jurisprudencia sobre esta materia cuenta ya con un contenido valioso.

Las reglas clásicas, cuyo rigorismo no es dado a los jueces abandonar, no permiten todas las soluciones que sería de desear. Sin embargo, con una discreta y constructiva aplicación de esas propias reglas y de los principios sobre interpretación de los contratos, la jurisprudencia ha encontrado recursos técnicos y legales para proteger a los contratantes cuya voluntad sufre la influencia del más fuerte: Las cláusulas, por ejemplo, que concurren a destruir la efectividad de la obligación del oferente, o a disminuirla, son consideradas nulas, como contrarias al orden público o como que suprimen la causa del contrato. Las cláusulas agregadas después de la celebración del contrato, aun cuando sean complementarias, no pueden ser opuestas al aceptante. Tampoco pueden oponérsele cuando están en contradicción con otras cláusulas que representan mejor la voluntad de las partes; etc. La jurisprudencia va elaborando así, una serie de reglas caracterizadas. (59)

Además, la crítica a las decisiones judiciales constituye una apreciable contribución en la materia. Ya hemos dicho que Bourcart, citado por todos los que se ocupan del contrato de adhesión, ha expuesto su tesis en nota de comentario a un fallo. Cobianchi, también en nota a un fallo, (60) señala el carácter de este contrato como tal. Estos comentarios son frecuentes. Todos los autores tienen a la vista la interpretación y resoluciones de los jueces. Los tratadistas italianos hacen numerosas citas de jurisprudencia. Es particularmente interesante la referencia y aplicación que Demogue y Planiol y Ripert (61) hacen de la francesa.

Sin duda que en el estado actual de la legislación, la jurisprudencia es impotente para la solución de todas las situaciones relacionadas con el contrato de adhesión. Pero ella cumple su función, y viene preparando un material valioso para una labor legislativa.

(59) Hay decisiones muy interesantes. No podemos seguir el análisis. Este trabajo será completado con una serie ordenada de notas de jurisprudencia.

(60) Corte de Apelación de Génova — Noviembre 14, 1921; se refiere a otro fallo de Parma — En "Rivista del Diritto Commerciale" — Vol. 19° — 1921 — Pág. 621.

(61) DEMOGUE — Obra citada — Págs. 312 y sgts. Notas. — PLANIOL et RIPERT — Obra citada — Págs. 158 y sgts. Notas.

## HACIA LA LEGISLACIÓN

Pensamos que dada la importancia de los contratos de adhesión, forma impuesta, como hemos visto, por imperiosas necesidades de la vida actual y que va dominando la contratación, es necesario consagrarles algunas disposiciones en el Código Civil.

El profesor Lafaille dice al respecto: “Es de esperar que dentro de poco tiempo este contrato sea reglamentado en los códigos, con bases perfectamente ciertas, que están en vías de ser fijadas a través de la experiencia diaria y de las decisiones administrativas y judiciales”. (62) Y en carta de cambio de ideas, (63) contestando la pregunta de si se piensa considerar los nuevos tipos de contratos (64) e incluir algunas reglas a su respecto, en la reforma del Código Civil, nos expresa: “Observo que el Anteproyecto no lo hace hasta el presente, excepto para la adjudicación en remate. Me parece que un código moderno debería insertar reglas adecuadas para otras figuras de esta misma índole, entre ellas los contratos colectivos y los de adhesión, sobre el último de los cuales se ocupa Vd. particularmente más adelante... Creo en efecto, llegado el momento de incluir en la legislación los principios que debieran gobernar estas nuevas formas de contrato, destinadas — según Vd. lo apunta acertadamente — a un predominio futuro en el campo de los negocios”.

Aceptado el criterio de la conveniencia de algunas reglas en el Código, se presentan dos cuestiones, una que se relaciona con la extensión y otra sobre la ubicación de la materia.

*1ª. cuestión* — ¿Corresponde al Código Civil, la reglamentación inclusive para los casos de servicios privados de utilidad pública, a prestarse por individuos o empresas concesionarias del Estado, el cual fija en la ley o instrumento de concesión reglas de contralor y garantía para los particulares? ¿O estos contratos que se refieren a servicios, son materia del derecho administrativo?

Creemos que las relaciones del contratante (aceptante, *adhe-*

(62) LAFAILLE, HÉCTOR — Obra citada — N° 211.

(63) Fechada en Buenos Aires, julio 7 de 1930. Como se trata de un punto sobre el cual poco o nada se ha escrito (éste relativo a la legislación), nos será grato confrontar con las ilustradas opiniones del Dr. Lafaille, las nuestras.

(64) “Aspectos modernos del consentimiento”.

rente) con el particular o empresa, son materia indiscutible del Código, sin perjuicio de que la concesión, en la que se fijan condiciones de seguridad, etc., sea tenida como ley complementaria para regir esos contratos. Consignadas en el Código las normas básicas — que deberán contemplar, desde luego, las garantías para el contratante — la concesión tendría que ajustarse a ellas. No ocurriría lo que en el estado actual, que la concesión, como única ley del contrato, se sustituye al Código y viene a regir aún el consentimiento. El derecho común de estos contratos siempre estaría en el Código Civil.

El Dr. Lafaille nos comunica su autorizada opinión en el mismo sentido: “Pero, fuera de que el deslinde entre ambas esferas (se refiere al derecho civil y al derecho administrativo) es bien convencional en algunos casos y de que las reglas de los contratos corresponden sin duda, al derecho civil — me parece que el mecanismo del consentimiento incumbe a éste y no al derecho público. Por el contrario, la concesión en sí misma escapa a nuestra materia y estoy de acuerdo con Vd. en cuanto al carácter complementario que revestiría la ley respectiva”.

2ª. *cuestión* — En cuanto a la ubicación, caben estas soluciones: a) Incluir esas reglas en el título *Del consentimiento*, en el lugar oportuno, sin subtitulación aparte. — b) Incluir las en la parte general de los contratos, después del consentimiento en general, bajo el subtítulo: *Del consentimiento en algunos contratos de formación especial*. — c) Incluir las antes de los contratos en particular, bajo un rubro como éste: *De los contratos de formación especial*. Optamos por la segunda solución.

El profesor Lafaille opina al respecto: “Al considerar las tres posibilidades que Vd. plantea y que se me presentaron al formular el programa del curso universitario, me decido por la segunda. Estos actos jurídicos no difieren específicamente de los otros contratos en cuanto a su objeto, sino en lo concerniente a su formación. Es, pues, al reglamentar esta última, cuando el legislador debe ocuparse de ellos y estimo acertado el subtítulo: “Del consentimiento en algunos contratos de formación especial”, propuesto por usted”.

Ahora bien, admitida la conveniencia y oportunidad de legis-

lar sobre estos contratos, y fijada la ubicación de la materia, ¿cuál debe ser el contenido de las nuevas reglas?

A mi juicio podrían ser algunas como éstas:

A — “Cuando la oferta se haga en *bloc*... o, “Cuando la oferta contenga todas las cláusulas que deben constituir el contrato, fijadas de antemano por el proponente, la aceptación en general importará la conformidad con todas las cláusulas. No será eficaz una aceptación bajo reserva de alguna cláusula”. (65)

B — “Para que se produzca el efecto establecido en el artículo anterior, es requisito indispensable que el proponente haya puesto la oferta por escrito, bajo una presentación uniforme (66) y en condiciones de ser conocida en todos sus detalles por el aceptante. La falta de estos requisitos, dará lugar a la anulación del contrato por el aceptante”.

C — “Serán sin valor las cláusulas ocultas, disimuladas o redactadas de modo ambiguo, (67) lo mismo que las que se hagan conocer después de la aceptación”.

D — “La oferta se considerará firme e irrevocable. (68) Si el proponente se negara a concluir el contrato, o retirase o modificara la oferta antes del tiempo establecido, cuando un término se hubiere fijado, o antes del tiempo propio de duración de la oferta, deberá indemnizar al que se dispusiere a aceptar”. (69)

E — “La obligación del proponente queda sin embargo, suje-

(65) Así ocurre ahora. Es necesario que la ley lo establezca, para que no haya duda sobre una situación que es frecuente y sobre todo, para advertencia de los contratantes.

(66) Se refiere a la forma material.

(67) En este caso no es cuestión de interpretarlas, sino de anularlas, para obligar a la claridad.

(68) En el sentido de que el proponente debe mantenerla tal como la formuló y está obligado a celebrar el contrato con cualquier interesado que se presente.

(69) La mayor o menor razón de ser de una disposición como esta, podrá depender del criterio que se haya adoptado en la teoría general del consentimiento, sobre el valor jurídico de la oferta. No se nos ocurre una expresión más precisa que la de *tiempo propio de duración de la oferta*. Ese tiempo lo determinará la naturaleza del contrato. Tratándose de servicios que se ofrecen al público, por ejemplo, la cuestión aparecerá más clara. En fin, para no descender al casuismo en la ley, en este artículo como en el siguiente que lo complementa, quedaría librado al poder de interpretación de los jueces, fijar en los casos controvertidos, el alcance y justo sentido de la expresión.

ta a las reservas expresamente hechas o que sean consecuencia de la propia naturaleza de la prestación o servicio". (70)

F — “En los casos de servicios que se prestan al público en virtud de concesiones administrativas, la propuesta deberá ajustarse a las reglas fijadas en la concesión y no siendo así, el aceptante podrá pedir la anulación del contrato con indemnización de daños. En los casos de duda o conflictos, se interpretará lo más favorable a la eficacia de los servicios”. Etc.

El doctor Lafaille encuentra aceptables estas reglas. Nos formula una atinada observación sobre la señalada con la letra E, de la que nosotros comenzábamos por decir “cláusula delicada”: “Admitidas, por consiguiente, las otras reglas, formularía una reserva sobre la mencionada” (se refiere a la E).

No tienen estas cláusulas la pretensión de un texto definitivo. Apenas se proponen señalar, como podría haberse hecho sin adoptar la forma de articulado, lo que a nuestro juicio puede ser materia de reglamentación, del punto de vista del contrato de adhesión únicamente. (71)

Sería para nosotros satisfacción grande, que las ideas expuestas valgan siquieraa como una sugestión en el sentido de la conveniencia de introducir en el Código Civil algunas reglas relativas al contrato que hemos tratado. (¡Muy bien! ¡Muy bien! Prolongados aplausos).

HIPÓLITO MONTAGNÉ

---

(70) Cláusula delicada (la segunda parte), encaminada a liberar al proponente en caso, por ejemplo, de un espectáculo, cuando se han agotado las localidades en razón de la capacidad de la sala. No comprendería, en cambio, por ejemplo, la obligación del ferrocarril de transportar cuantos pasajeros o carga se demande en tiempo normal, sin poder alegar la falta de capacidad del convoy, porque en este caso puede ser aumentado y se debe tener el material de reserva.

(71) En nuestro “Ensayo sobre metodización y reforma de las disposiciones del Código Civil sobre contratos en general — Arts. 1137 1216”, en el capítulo *Del consentimiento*, introducimos algunas disposiciones sobre el contrato de adhesión, el colectivo y otros que entran en los aspectos modernos del consentimiento.