

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

23

Octubre 2005

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



Los artículos publicados en esta revista son dictaminados con carácter anónimo por especialistas en la materia.

ISONOMÍA se publica dos veces al año, en abril y octubre, por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S. A.
www.isonomia.itam.mx

Precio del ejemplar: en México \$100.00, en el Extranjero 12 Dls.
Suscripción por dos años: en México \$400.00, en el Extranjero 50 Dls.

Licitud de Título: 9132
Licitud de Contenido: 6394
Reserva de Derecho: 04-2000-072411253800-102

© **INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO**
Río Hondo No. 1, Col. Tizapán San Ángel, C. P. 01000,
México, D. F., Tel. 5628-4000 Ext. 3759, Fax 5628-4037.

Suscripciones y promoción: Rosa Ma. Vargas, Tel. 5628-4000 ext. 3759; Fax 5490-4678.

Diseño de Portada: FBD.

Composición Tipográfica: MARPE, Diseños Tipográficos, Tel. 5554-9759.

Producción y Distribución: DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S. A., Av. Hidalgo 47-B, Altos 1, Col. del Carmen Coyoacán, 04100, México, D. F., Tels. 5659-7117 y 5659-7978, Fax 5658-4282.

Se imprimieron 1000 ejemplares, más sobrantes para reposición.

ÍNDICE

	Pág.
DEMOCRACIA Y GLOBALIZACIÓN	
Michael Baurmann <i>Globalización, democratización y el milagro europeo</i>	7
Bruno Frey <i>Gobierno flexible para un mundo globalizado</i>	37
Philip Pettit <i>Democracia y evaluaciones compartidas</i>	51
ARTÍCULOS	
Hugo Zuleta <i>La fundamentación de las sentencias judiciales. Una teoría crítica a la teoría deductivista</i>	59
Jorge Rodríguez <i>Un dilema en la representación de normas condicionales</i>	97
Marcelo Alegre <i>Igualdad y discurso moral</i>	115
Gonzalo Sozzo <i>La renegociación como estrategia democratizadora de la teoría contractual</i>	145

LA RENEGOCIACIÓN COMO ESTRATEGIA DEMOCRATIZADORA DE LA TEORÍA CONTRACTUAL

Gonzalo Sozzo*

De dos maneras se llega a Despina: en barco o en camello. La ciudad es diferente para el que viene por tierra y para el que viene por mar (...) Cada ciudad recibe su forma del desierto al que se opone; y así ven el camellero y el marinero a Despina, ciudad de confín entre dos desiertos
(Italo Calvino, *Las ciudades Invisibles*, Ediciones Siruela, 1990, España)

La renegociación como estrategia democratizadora de la teoría contractual

La tesis central de este estudio es que la renegociación debería constituirse en estrategia democratizadora de la teoría contractual, en el sentido de garantizar la participación realmente igualitaria de los diferentes discursos sociales; esto exige, en el plano teórico, que la dogmática contractual lleve adelante la tarea de repensar la idea de negociación sobre la base del *background* de la experiencia ya recogida en el derecho contractual durante el s. XX, e institucionalizada en el campo de la ley contractual, previendo instancias y mecanismos de control de las partes débiles y participación.

En la primera parte, adoptando un punto de vista interno, analizo el problema de la renegociación, primero desde la perspectiva de la teoría del contrato y más adelante, desde el discurso dogmático; en la segunda parte, llamo la atención sobre algunas de las implicancias que la regulación de la renegociación que parece imponerse a nivel nacional y global tiene, observada desde la perspectiva sociojurídica.

* Universidad de Nacional del Litoral.

PRIMERA PARTE

RENEGOCIACIÓN, DOGMÁTICA Y TEORÍA CONTRACTUAL

I. La renegociación observada desde la teoría contractual

Los modelos contractuales

Existe hoy en día un fuerte debate entre diferentes teorías contractuales (Ferrarese, 2000:207, con cita de Teubner,) que se disputan la hegemonía en el campo contractual. Hay distintos discursos sobre el contrato, así como diferentes discursos sobre el mundo.

Esto en general no termina de ser advertido desde la dogmática. El riesgo es no estar suficientemente conciente de encontrarse trabajando para un determinado proyecto del mundo (Kennedy, 1976), lo que, en verdad, resulta inevitable.

Por ello pienso que es de gran utilidad el empleo de los tipos ideales de derecho ideados por Max Weber; este abordaje sirve para —entre otras funciones— entrever la racionalidad a la que obedecen las diferentes propuestas (Weber, 1993, Cap. VII).

La teoría moderna del contrato se muestra como un producto de una racionalidad jurídica propia y autónoma del sistema jurídico. A esto llamo aquí modelo formal en la teoría contractual. Luego, a impulsos de los cambios en el modelo de Estado sobrevino un modelo contractual que obedece a una racionalidad material encontrándose hoy conviviendo ambas racionalidades. La dogmática después, a su tiempo, ha procurado encontrar vías facilitadoras de la convivencia de los distintos paradigmas.

En el horizonte teórico actual se dibujan dos tendencias; una, que impulsa la rematerialización del campo contractual y otra, orientada en pos de la reformalización. La primera tendencia encuentra dificultades derivadas de la crisis de su principal vehiculizador: el Estado Social y una situación aguda propia de América Latina. A su tiempo, la tesis reformalizadora contiene una racionalidad basada en la eficiencia de las decisiones.

Entre las Tesis materializadoras se encuentran las ideas de Ian McNeil (1980; 2000) —digo esto pues es uno de los autores que suelen citarse al tratar la problemática de la renegociación.

La hibridación de la negociación en la renegociación y reformalización del derecho contractual

Las recientes regulaciones de la renegociación contractual en el sector de la legislación de emergencia (art. 11 ley N° 25.561 según ley N° 25.820), muestran que la regulación por las partes, que emplea como mecanismo la negociación, se hibrida bajo nuevas formas y que en realidad, no retrocede.

Esta hibridación prueba la existencia de un proyecto reformalizador de la teoría contractual. La renegociación obedece a un proyecto de reformalización de la teoría contractual por dos motivos: por un lado, pues no se la somete a los controles de la negociación precontractual o en todo caso son mecanismos procedimentales, sin recurrir a directrices que orienten políticamente la institución y su regulación; por otro, pues colocada como antesala de la revisión judicial (como lo hace la legislación de emergencia económica) significa hacer retroceder el campo de funcionamiento de un típico instituto welferista de la teoría contractual.¹

Pese a las identidades que existen entre ambas, la renegociación no puede ser tratada como si fuese una negociación, lo que significa que no puede ser tratada como la negociación precontractual; la situación fáctica no es la misma; en la negociación hay un acuerdo sin que exista una relación previa de las partes que considera la existencia de un contexto socio económico determinado; la renegociación en cambio, se basa en un acuerdo precedente, y apunta a resolver la adecuación del contrato cuando ha habido un cambio sustancial en las circunstancias sociales institucionales que fueron tenidas en cuenta por las partes al sellar el acuerdo.

¹ Es claro que se encuentra impulsada por una corriente reformalizador; este proyecto se manifiesta a nivel de la renegociación, en la idea de establecer una obligación legal general de renegociar los contratos. Esta es sin dudas la aspiración de máxima. En el derecho positivo argentino aún no existe una norma que establezca este tipo de obligaciones, salvo lo que he dicho en relación a la normativa de emergencia. Hay ideas más moderadas —al menos en apariencia— que mantienen que debe propiciarse o recomendarse la inclusión de cláusulas de renegociación de los contratos.

II. La perspectiva de la dogmática del contrato

El contexto dogmático del debate sobre la renegociación contractual

El problema de la renegociación ha sido escasamente tratado en la dogmática contractualista. Ello se vincula con una visión preponderantemente estructuralista de la teoría del contrato que conduce a un análisis sincrónico de los contratos, y a una insistencia en el sustrato consensualista y voluntarista de la teoría contractual, entre otras razones.

A su vez diversos motivos conducen al replanteo del problema de la renegociación; la elaboración y difusión de la teoría de los contratos relacionales (Macedo, 1998; Macneil, 1980; 2000); la importancia creciente de los denominados contratos provisionales y el advenimiento de la categoría de contratos de larga duración; la idea de la comprensión de la obligación y del contrato como proceso dinámico (Do Couto e Silva, 1964) que a su tiempo se vincula con la teoría de las obligaciones anexas; “una concepción más objetiva del contrato” (Nicolau, 580:2003);² coyunturas institucionales locales, tales como la reciente emergencia económica que vivió la Argentina.

Así la renegociación aparece propuesta en la Argentina en relación con la revisión judicial de los contratos como una instancia que preferentemente debe precederle. Esta comprensión se asocia a la idea de que quienes mejor pueden distribuir y redistribuir los riesgos de un determinado acuerdo son las partes.

En el ámbito de los países de *civil law*, la renegociación nunca ha sido establecida como un instituto de la teoría contractual ni tampoco recogida en alguna otra institución que la contemplara, esto obedece a una circunstancia histórica: haberse regulado la posibilidad de resolución y la adecuación del contrato en razón de la excesiva onerosidad sobre-

² Como existe una polémica sobre esta cuestión de la objetivación del contrato (Vid. Lorenzetti, 2004. 49) debo decir que entiendo que con tesis objetiva se puede hacer referencia al fenómeno de pérdida de la relevancia de la subjetividad que el derecho moderno le atribuyó.- En la teoría del contrato esto se refleja. vgr., en la pérdida de importancia relativa de los vicios de la voluntad y su inutilidad para solucionar algunos problemas. Uso la idea en un sentido sociológico, es decir, en el sentido de que la realidad muestra que la importancia dada a la voluntad del sujeto no siempre es tal: no creo que esto pueda llevar a objetivar la interpretación del negocio.

viniente o la extinción obligacional por imposibilidad de pago por fuerza mayor. Lo dicho no significa que las partes no puedan pactar la obligación de renegociar (art. 1197 C.C.). En cambio, en los países de derecho anglosajón la renegociación aparece vinculada a la cláusula *hardship* que permite la instancia renegociadora frente al cambio de las circunstancias (que produce excesiva onerosidad o no) de tipo sustancial, es decir, que afecte las bases del negocio y que, de ser así, detona la renegociación (sobre la diferencia entre *hardship* y fuerza mayor, vid., Ole Lando, 1994, pp. 209 y ss.). El problema que describo en lo que sigue, de alguna forma demuestra que estas dos figuras (excesiva onerosidad y renegociación) compiten.

Revisión por las partes en la coyuntura de la emergencia económica y fuera de ella

Como señalé la renegociación en la legislación de emergencia económica ha sido propuesta como una primera instancia de revisión del contrato por las mismas partes que debería preceder a la revisión judicial (que es la otra posibilidad que las partes tienen a disposición según la ley).³

³ En Argentina la ley N° 25.561 traía un sistema de auto composición de intereses en su artículo 11 pues permitía a las partes renegociar el contrato: la norma fue derogada por la ley N° 25820: en este estudio nos interesa esta disposición legal como un síntoma de que la idea de negociación y, en general, el proyecto reformalizador subsiste, lejos de estar agotado, como sugiere una línea de pensamiento lineal. La regla legal establecía que debían reestructurarse las obligaciones “procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio que resulte de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 2° de la presente ley” (Art. 11). Esta solución había sido aceptada como valiosa por la doctrina (Lorenzetti, Ricardo, “La emergencia económica y los contratos”, Ed: Rubinzal Culzoni, 2002, segunda edición, pág. 443; Nicolau, Noemí, “Las obligaciones de derecho privado no vinculadas al sistema financiero, en el nuevo régimen de emergencia pública”, L.L. T. 2002-C-pág. 1044 y sgtes.); se consideraba que se trataba de un mecanismo más adecuado que el que planteó luego el Decreto N° 214/02 que impone una “pesificación obligatoria” y luego la posibilidad de un reajuste equitativo por vía judicial. Con la ley N° 25820 el artículo 11 de la ley N° 25561 pasa a establecer la revisión legal de los contratos (1US\$ es igual a 1 \$) y luego que “...cualquiera de las partes podrá solicitar un reajuste equitativo del precio” (...) “de no mediar acuerdo a este respecto, la justicia decidirá sobre el particular” (...) De no mediar acuerdo entre las partes, las mismas quedan facultadas para seguir los procedimientos de mediación vigentes en la respectivas jurisdicciones y ocurrir ante los tribunales competentes para dirimir sus diferencias”

Creo que influenciada por la coyuntura de la eventualidad de una masiva necesidad de efectuar planteos revisorios originado por la situación de emergencia, la dogmática entendió que lo más aconsejable era promover la revisión por las mismas partes contratantes.

Otra cosa es plantear la revisión por las partes a través de instancias renegociadoras como un proyecto teórico independiente de la coyuntura anterior. Ello involucra una decisión previa: tomar partido por los debates que a nivel de la teoría contractual se encuentran produciendo en la actualidad. Pero, ¿porqué esto es así? ¿Acaso no forman parte ambas (revisión y renegociación) de los mecanismos de adecuación del contrato?⁴ Lo que ocurre es que la renegociación es –perteneciendo a un paradigma de teoría contractual diferente–, una institución que compete con la de la revisión judicial.

En la coyuntura de la emergencia económica probablemente la renegociación aparezca como un mecanismo eficiente pues evita una segura congestión (mayor aún) que la que tiene el sistema de administración de Justicia. Sin embargo es dable advertir que la idea de renegociación permanente es, vista desde una perspectiva como la de la escuela de *law and economics*, ineficiente, pues exacerba los costos de transacción en vez de reducirlos. Esto muestra que lo anterior es sólo un espejismo: los costos siempre son mayores, no hay una economía en la renegociación masiva sino una socialización de los costos que con ello se produce y que no es visible a primera vista. Existe aquí una paradoja que debe ser advertida: por un lado, la idea de renegociación desarrollaría el postulado de la libertad y reduciría la intervención del

En efecto, el Decreto 214 en su artículo 8 estableció directamente la revisión legal de los contratos a lo que se denominó “pesificación” y como segunda posibilidad la revisión judicial. Esta normativa generó opiniones divergentes en la doctrina respecto a la renegociación. Para algunos la renegociación resultó abrogada (Ariza, 2003:24) para otros subsiste como posibilidad residual, (Borda, 2003:1). Aquí la idea de renegociación deja de estar asociada al contexto de la crisis económica: tiene un campo de acción más amplio pues ya no se limita a adaptar el contenido del contrato a los cambios económicos: es lo que proponen los Principios de Unidroit.

⁴ Existen distintas hipótesis de revisión: a) revisión por las partes: renegociación (cláusulas *hardship*, cláusula del cliente más favorecido, cláusula de *first refusal*, etc.; Alterini, 1998:444-445); b) revisión por el legislador, a través de leyes de emergencia, como las de emergencias locativas; c) por el Juez: a través de la aplicación de criterios generales (art. 1071 C.C.) o debido a circunstancias concretas (Art. 1198 2º parte, 2056 C.C.). En lo que respecta a este estudio, interesa retener que la renegociación es visualizada por la dogmática contractualista como un caso de revisión.

Estado –con lo que resulta compatible con los postulados liberales–, pero por otro aumenta los costos en el ámbito de la producción de regulaciones contractuales de modo de tomarlas ineficientes, lo que contradice las ideas de la escuela del análisis económico del derecho. La explicación es que tal paradoja no existe: en verdad la renegociación no es tal. No lo es en el sentido del intercambio de informaciones con vistas al acuerdo que se prolonga en el tiempo, con un paulatino aumento de la confianza mutua en el perfeccionamiento del contrato. Se piensa en una renegociación instantánea, con costos unilaterales.

El contexto institucional de la renegociación: el Estado o el mercado

Los autores que han escrito sobre este tema en Argentina se ocupan de la renegociación en el contexto institucional del poder Judicial. En efecto, señalan que la renegociación debe ser facilitada por el juez en el marco de un proceso en el cual se debate la adecuación del contrato.- Se propugna el establecimiento de audiencias de conciliación en dichos procesos y a los fines de que ambas partes intercambien propuestas; “*lo ideal es que el juez provea incentivos adecuados para que sean las propias partes quienes alcancen un acuerdo eficiente de sus relaciones*” (Tobías y De Lorenzo, 2003:38). Pienso que debe advertirse que esta idea de renegociación no es la típica. En verdad según la idea primitiva de renegociación, no comprende a aquella que no se da en contextos institucionales que no sean los del mercado.

Puedo coincidir en que resulta conveniente un control por un sujeto público de las instancias de renegociación, pero debemos convenir en que ello no es aplicable a la idea más elemental de renegociación. Por lo demás, esta distinción –entre renegociación en el contexto de las instituciones del mercado y renegociación en el contexto de las instituciones estatales/judiciales– es inevitable, toda vez que no resulta plausible postular judicializar todas las instancias de renegociación.

Tampoco debe dejar de advertirse que estas ideas se encuentran alineadas con la postulación –que algunos hacen– de un control *light* de la renegociación como es el que puede practicarse a través de los sistemas informales de resolución de conflictos tales como la mediación y el arbitraje, lo cual no constituye sino una postulación que va camino

hacia la privatización de la regulación contractual que marcadamente caracteriza a la globalización (Santos, 2001; Arnaud, 2000).*

Negociación y renegociación

El contenido de la negociación coincide con el de la renegociación en cuanto en ambas oportunidades el instrumento para la distribución de los riesgos en el contrato entre las partes es el del ejercicio de la libertad. Ambas consisten en actos de autonomía de la voluntad.

La negociación ha evolucionado; desde constituir sólo un mecanismo de control procedimental, a tener que adecuarse según pautas sustantivas.

La negociación ha sido siempre, en la teoría contractual clásica, el mecanismo exclusivo para la producción de un contrato. En apariencia el proceso de diversificación de las formas de producción de un contrato (léase el advenimiento de nuevas precontractualidades tal como la propia de los contratos con las máquinas o los contratos celebrados por adhesión a condiciones negociales generales, por mencionar algunas) ha generado que la negociación retroceda dado que ha perdido el monopolio que tenía.

En otro orden, la negociación pertenece a lo social, en cuanto es uno de los mecanismos para la celebración de los contratos, en cambio, la renegociación, es establecida por el derecho como una posibilidad y, por tanto, se trata de un instituto jurídico que apunta a lograr la adecuación del contrato por las mismas partes.

Renegociación y dogmática contractual (final)

La renegociación al igual que la negociación se inscriben en el conjunto de reglas que derivan —implícita o explícitamente— del principio de libertad (art. 1197 C.C.) y, en ese sentido, constituyen un desarrollo del mismo.

La propuesta referente a la renegociación y revisión judicial que antepone la primera a la segunda significa adscribir en forma lisa y llana el problema de la renegociación en el paradigma de la teoría contractual clásica, pues importa una propuesta reformalizadora —en el sentido

weberiano— que dota de mayor autoreferencialidad al contrato (Teubner, 2000).

No concuerdo con esta visión, pero ello tampoco importa suscribir las tesis rematerializadoras.

Lo inquietante de dicha posición es que parece no considerar:

- la preexistencia de campos de la contratación contemporánea materializados y de las instituciones propias de dicho paradigma, como la revisión contractual; llama la atención que muchos de los teóricos que analizan la problemática de la renegociación, no den cuenta al hacerlo, de la existencia de diferentes sectores en la regulación de la contratación contemporánea que ellos mismos —en alguna oportunidad— han contribuido a producir;
- el problema del poder en las relaciones sociales y contractuales;
- el problema del conocimiento en las relaciones sociales y contractuales;
- el problema del pluralismo jurídico;
- la idea de la existencia de diferentes tipos de períodos precontractuales o de mecanismos para llegar al contrato, que no se reducen a la negociación individual.
- así planteada, constituye una estrategia re-formalizadora de la teoría contractual.⁵
- En el plano puramente dogmático: A) aquella idea se incardina con la concepción amplia de revisión del contrato según la cual, la tarea de “volver a ver” —según la expresión de Jorge Mosset Iturraspe— puede ser realizada por las partes, el juez o el Poder Legislativo, y conforme la cual renegociar es una especie de actividad de revisión, conduce a dejar en la sombra la contradicción ideológica que significa anteponer instancias de renegociación a las de revisión judicial. Desde mi punto de vista, esto no ocurre bajo un entendimiento más

⁵ En cuanto a lo que puede llamarse el dilema revisión excepción o regla general (para este debate, Lorenzetti, 2004, pp. 512 y ss.). Estoy de acuerdo con la idea de que la revisión no puede constituir una regla general, pero lo que en este artículo trato es otra cosa: es las implicancias de establecer como regla que los contratos deban ser renegociados antes de ser revisados.— Decir que en una situación extraordinaria deben ser revisados judicialmente y no renegociados en forma obligatoria no es a transformar la revisión en una regla general pues sigue funcionando frente a una situación excepcional y extraordinaria.

* Vid.. Segunda Parte. V.

restringido de la idea de revisión contractual que la reduce a las dos últimas opciones (Mosset Iturraspe, 1995). B) equivocadamente se deriva de todo ello la idea de que la renegociación se calca sobre la matriz de la noción de negociación, al punto de sostener la aplicación de los remedios como la responsabilidad precontractual a los casos de daños producidos en el contexto de la renegociación.

SEGUNDA PARTE

LA RENEGOCIACIÓN OBSERVADA DESDE LA TEORÍA SOCIAL Y DEL DERECHO (La perspectiva sociojurídica)

I. El pedigree de la idea de renegociación contractual (la globalización del derecho)

El problema de la renegociación, sobretodo asociada a la revisión como instancia previa, puede ser inscripto en el fenómeno de la crisis de los modos de producción de la regulación social. Así presentada se vincula con la globalización del derecho como proceso en el que entran en crisis los postulados del derecho moderno (Arnaud, 2000) y en el cual ciertos contenidos regulatorios son realizados por nuevos actores (*ongs*, multinacionales, organismos de crédito internacionales, organizaciones internacionales) que ganan terreno por sobre el Estado en lo que esta tarea respecta.

En las sociedades de la globalización el contrato posee mayor nivel de autoreferencialidad; ello es producto de las exigencias del mercado e importa un retroceso del proceso de materialización de la teoría contractual. Esta idea es conducida por la escuela de *law and economics*. Un ejemplo evidente de este movimiento es la norma de los Principios de los contratos internacionales de Unidroit en los que se establece una obligación legal general de negociar (art. 6.2.3). Existen normas del estilo en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, en el Contract Code de Harvey Mc. Gregor, y en los llamados Principios del Derecho Europeo de los Contratos, lo que pone en evidencia la pertenencia de la renegociación previa a la revisión, al proceso de globalización del campo contractual.

Por ello resulta importante procurar adscribir la propuesta de renegociación en alguno de los proyectos de mundo que se debaten en la alta modernidad (Giddens, 2001) o transición posmoderna (Santos, 2001).

Algunos de los breves tópicos de esta segunda parte apuntan a tal fin.

II. Renegociación y autoreferencialidad

Corresponde tomar nota acerca de la existencia de una tendencia a favorecer las instancias renegociadoras en la teoría contractual, que forma parte de un proceso de aumento de la reflexividad del derecho (Teubner, 2000).

Se pone el acento en los procedimientos de renegociación pero no se reflexiona sobre las instancias de control y los límites.

Así entendida la renegociación hace a un modelo de derecho (y de la teoría contractual) de reflexividad pasiva (Capps y Olsen, 2002).

La renegociación puede –al igual que la negociación– ser observada y controlada desde una mera justicia procedimental, como se hizo en el siglo XIX, o bien, desde una concepción welferista, con observancia de la justicia sustantiva.

Los planteos más usuales en la teoría contractual argentina aparentan estar guiados por la primera idea y no parecen dar cuenta de que existiendo en el derecho positivo argentino más de un instituto que permite la revisión judicial, –como ser la excesiva onerosidad sobreviniente y la frustración del fin del contrato–, y que por tanto, establecer un mecanismo de renegociación previo importa sustraer al tipo contractual de la evaluación a que los jueces someten la adecuación del contrato en esos casos y permitir la revisión por la partes contratantes sobre la base de otros criterios.

III. Renegociación y procedimentalización del campo jurídico

La renegociación sea que tenga fuente en el contrato o en la ley se traduce en un complejo procedimiento que incluye: solicitud de renegociación (contenido, tiempo para presentarla, forma que debe asumir); plazo de duración de la instancia renegociadora; previsiones frente al

eventual fracaso; eventos o plazos que “disparan” la renegociación del contrato; efectos del incumplimiento de la obligación de renegociar.

Los autores que se han ocupado del tema prestan gran atención a estos aspectos que, argumentan, constituyen la clave para el éxito de la figura.

Esto muestra como, según este proyecto regulatorio, la renegociación se inscribe en la tendencia hacia la mayor procedimentalización del campo jurídico.

Esta es una tendencia ya anunciada: el derecho (y el contrato) van camino a abandonar instancias de regulación sustantivas que son sustituidas por procedimientos. No se establece ya como irá cambiando el contenido del contrato en 10 o 20 años, sino que se prevén instancias de renegociación futuras.

IV. Renegociación y complejidad sistémica

Suele afirmarse que la renegociación produce ciertas instancias de “apertura” del contrato hacia el contexto socioeconómico para permitirle adecuarse al mismo; que la renegociación vincula el negocio con el ambiente o entorno.

Es cierto que el derecho se vuelve progresivamente más complejo hasta transformarse en opaco (Cárcova, 1998); la cabal comprensión del sistema jurídico es cada vez más difícil, producto de la constante incorporación de la complejidad ambiental que realiza el derecho.

En esta inteligencia, el contrato –como cualquier conjunto normativo– requiere de un “hiperciclo”. Supuestamente la renegociación del contrato constituye esa instancia de internalización de la complejidad de entorno (Teubner, 1996; Luhmann, 1983).

No obstante, creo que el instituto de la renegociación parcialmente podría lograr tal objetivo pues sólo permite incorporar aquella complejidad en la cual los valores de los grupos disputantes en conflictos son conmensurables, pero no aquella derivada de la inconmensurabilidad de los valores entre los diferentes interesados (Capps y Olsen, 2002).

V. Renegociación y tendencia hacia el informalismo

En el discurso de quienes defienden la idea de renegociación previa a la revisión judicial de los contratos se postula la conveniencia de in-

roducir –por vía de normas sustanciales o procedimentales–, instancias de renegociación en el contexto de los procesos judiciales en los que se solicita la revisión judicial.

Esta postura mantiene el debate sobre cómo debe adecuarse el contrato en el ámbito del Estado pues la renegociación se desarrolla en el marco de las instituciones estatales de administración de justicia.

En el mismo discurso suele adicionarse otra idea que aparentemente apunta en la misma dirección: debe favorecerse el recurso a mecanismos de resolución alternativas de conflicto (mediación o revisión por árbitros –“revisión arbitral”) para solucionar el escollo de la instancia de adecuación del contrato. De hecho, la legislación de emergencia económica vigente parece recurrir a este instrumento.⁶ Estas opiniones y reglas legales confirman que sin bien no es una condición *sine qua non*, la renegociación suele estar vinculada a la idea de la tendencia hacia el informalismo en el campo jurídico.

El derecho moderno reconoce un único centro, en el sentido de que sólo se acepta como derecho al que dimana de una autoridad legítima que no es otra que el Estado; los teóricos observan que el derecho contemporáneo abandona esos caracteres del Estado de Derecho moderno y marcha camino a un nuevo pluralismo que no es oficialmente reconocido y en el cual la sociedad civil va regulando soluciones alternativas o informales para los conflictos (Arnaud, 2000:212). Los dos fenómenos más importantes de esta nueva oscilación hacia el informalismo en el campo jurídico son la desregulación e informalización de la justicia y la aparición de medios alternativos de solución de conflictos (como la mediación o el arbitraje).

VI. El dilema de la renegociación

Finalmente, puede presentarse una estrategia formalizadora o democratizadora del derecho.

En efecto si la renegociación es pensada y proyectada como una instancia previa a la revisión que persigue descomprimir la revisión ju-

⁶ La ley 25561 art. 11, ref. por ley 25820 cuando dice: “De no mediar acuerdo entre la partes, las mismas quedan facultadas para seguir los procedimientos de mediación vigentes en la respectivas jurisdicciones”

dicial y esta última se vincula al paradigma material en la teoría contractual (como efectivamente lo hace), no cabe sino concluir que la renegociación procura contribuir al regreso a una racionalidad pretendidamente formal. Por el contrario, la renegociación en la medida en que reconozca la existencia de sectores de la contratación contemporánea orientados por una racionalidad política concreta y se institucionalice en un marco de garantías de los derechos fundamentales puede contribuir a un proceso democratizador de la teoría contractual. En una palabra: podría jugar un rol fundamental en la participación social en la toma de decisiones.

Que contribuya al segundo proyecto dependerá del hecho de que sea pensada e instrumentada con un paralelo desarrollo de contextos teóricos e institucionales necesarios para tal fin.

TERCERA PARTE

UNA TEORÍA CONTRACTUAL POR MÁS DEMOCRACIA

El derecho, como técnica, puede contribuir a una reforma de las instituciones sociales (Unger, 1996); por ello hay que prestar especial atención a los cambios que se debaten en el sistema jurídico, por el impacto social que producen o que dejan de producir, esto es, como oportunidades perdidas.

La renegociación no puede constituir un recurso general de la teoría contractual pues ello implicaría no dar cuenta acerca de la preexistencia de campos materializados en la teoría contractual (como el del derecho del consumidor, el contrato de locación de bienes inmuebles urbanos, etc.) ni de otros procesos de formación del contrato diferentes de la negociación (como los contratos celebrados por adhesión a C.N.G.) fundamentalmente de la experiencia teórica que ello ha arrojado. Esta no me parece que pueda ser una posición definitiva pero sí estrategia frente al proyecto reformador.

En el plano teórico, la dogmática tiene la tarea de repensar –a la luz de la experiencia anterior de la teoría contractual del siglo xx– y resignificar –a través de la contextualización teórica en la plataforma

de la teoría contemporánea del contrato– la idea de renegociación; de otra forma importará una vuelta a la idea de negociación como único el mecanismo de distribución de riesgos en el contrato.

Me permito anticipar una idea preliminar en este sentido: la renegociación debería ser observada como una instancia de diálogo social.

La idea de renegociación puede constituirse en una estrategia de formalización de la teoría contractual si no es debidamente asociada a la idea de la preexistencia de un proceso de materialización del contrato, y a la existencia de relaciones de poder y conocimiento desiguales en el ámbito contractual.

Siempre debe contar con mecanismos institucionales de control que garanticen participación de los actores sociales y la circulación de todos los discursos en dicha instancia, dando así cuenta del problema del conocimiento y del poder. Por ello los procesos que se propongan deben ser considerados a la luz de estas realidades que además integran el bagaje epistémico de la dogmática contractual. Concretamente debe asegurarse la participación igualitaria de los discursos de los interesados en la instancia de renegociación. Ello implicará dotar a los procedimientos de renegociación de mecanismos e instancias de publicidad del debate y de ampliación del auditorio, así como de protección de las partes débiles en esta instancia.

La renegociación debe inscribirse en la tendencia hacia la colectivización del campo contractual, recurriendo a la autonomía colectiva. Una agenda que incluya este tópico puede comenzar por aquellos sectores de la contratación materializados, en los cuales existan grupos preconstituidos como el derecho del consumidor. La negociación colectiva en materia de contratos de consumo se encuentra admitida por la dogmática nacional a partir de las posibilidades que presenta el artículo 56 de la Ley N° 24.240 para las Asociaciones de defensa del consumidor.

Bibliografía

- Alterini, Atilio Aníbal, *Contratos. Civiles, comerciales, de consumo. Teoría general*, Abeledo Perrot, 1998.
- Ariza, Ariel, "Renegociación de los contratos celebrados entre particulares: presente y futuro", en *Responsabilidad civil y seguros*, año V, Nº 1, feb. 2003, pp. 22 y ss.
- Arnaud, André Jean, *O direito entre modernidade e globalizacao*, Ed: Renovar, Rio de Janeiro, Brasil, 2000.
- Borda, Alejandro, "Renegociación y revisión de los contratos", L. L. diario del 17 de junio de 2003, pp. 1 y ss.
- Capps, Patrick y Olsen, Henry Palmer, "Legal autonomy and reflexive rationality in complex societies", en *Social Legal Studies*, Vol. 11, num. 4, dic. 2002, pp. 547 y ss.
- Cárcova, Carlos, *La opacidad del Derecho*, Trotta, Madrid, España, 1998.
- Do Couto e Silva, Clovis, *A obrigacao como processo*, Mecanografiado, 1964.
- Ferrarese, Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, 2000.
- Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Ed.: Alianza Editorial, Madrid, España, 2001.
- Kennedy, Duncan: "Form and Substance in Contract Law", *Yale Law Journal*, 1976.
- Lorenzetti, Ricardo, *Tratado de los contratos*, Ed.: Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2000.
- _____, "La emergencia económica y los contratos", Rubinzal Culzoni, 2002, 2ª edición.
- Luhmann, Niklas, 1983.
- Macneil, Ian, "Contracting Worlds and essential contract theory", en *Social & Legal Studies*, Sage Publications, Inglaterra, 2000, vol. 9, Nº 3, pp. 431 y ss.
- Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, Ed: Rubinzal Culzoni, Santa Fe Argentina, 1995.
- Nicolau, Noemí, "Las obligaciones de derecho privado no vinculadas al sistema financiero, en el nuevo régimen de emergencia pública", L.L. T. 2002-C, pp. 1044 y ss.

- Nicolau, Noemí, *XIX Jornadas Nacionales de derecho civil, Libro de ponencias*, t. I, p. 580, 2003, Rubinzal Culzoni-El Derecho.
- Ole Lando, "Towards a European civil code", chapter IX, "Performance and remedies in the law of Contracts", 1994, pp. 209 y ss.
- Porto Macedo, Ronaldo, *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, Max Limonard, 1998.
- Santos, Boaventura de Sousa: *Para un novo senso comun: a ciencia, o direito e a politica na transicao paradigmática*, vol. 1, *A critica da razao indolente*, ed. Editora Cortez, Sao Paulo, 2001.
- Tobías, José W. y De Lorenzo, Federico, "Apuntes sobre la acción autónoma de reajuste en los términos del artículo 1198 del Código Civil", Suplemento especial de la revista jurídica argentina *La Ley*, 2003, pp. 25 y ss.
- Teubner, Günther-Bourdieu, Pierre (a), *La fuerza del derecho*, Ed. Universidad de los Andes, Colombia, Bogotá, 2000.
- Teubner, Günther (b), "Contracting worlds: the many autonomies of private law", en *Social & legal studies*, Sage Publications, Inglaterra, 2000, vol. 9, Nº 3.
- Unger Roberto Mangabeira: *What Shoud Legal Analisis Become?*, Verso, Londres, Inglaterra, 1996.
- Weber, Max, *Economía y Sociedad*, FCE, México, 1993.

Recepción: 1/02/2004

Aceptación: 1/07/2005

