

## EL VALOR DE LA TEORÍA CONSENSUAL DEL CONTRATO \*

DIEGO MARTÍN PAPAYANNIS \*\*

La cuestión más básica de la teoría contractual consiste en dilucidar cuál es el fundamento de obligatoriedad de los contratos. Muchas son las teorías que intentan explicar por qué deben cumplirse los contratos y todas ellas tienen algo interesante que decir. El valor de la *teoría consensual del contrato* sólo puede apreciarse en comparación con las visiones alternativas. Por esta razón Randy Barnett dedica la primera parte de su artículo <sup>1</sup> a analizarlas y a exponer las críticas de las que son objeto. En lo que sigue intentaré explicar algunos aspectos de la relación entre la *teoría consensual* y las otras teorías que no están explícitos en el trabajo de Barnett.

### I. LAS TEORÍAS MÁS CONOCIDAS

Tradicionalmente se sostiene que los contratos son obligatorios porque reflejan la voluntad de las partes. Quienes contratan se comprometen a realizar o no realizar ciertos actos y aceptan que la fuerza pueda ser utilizada en su contra en caso de incumplimiento <sup>2</sup>.

\* El presente artículo es un estudio introductorio a la traducción del artículo de Randy E. Barnett, "La teoría consensual del contrato", publicada en este mismo número.

\*\* Docente de los Departamentos de Derecho Privado y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Con el apoyo del Programa Alban, Programa de Becas de Alto Nivel de la Unión Europea para América Latina, beca nro. E05D056371AR. Agradezco a Hugo Seleme y a Ignacio Anzoategui sus valiosos comentarios al primer borrador de este trabajo.

<sup>1</sup> BARNETT, Randy E., "A Consent Theory of Contract", 86 Colum. L. Rev. 269 (1986)".

<sup>2</sup> Véanse en general los tratadistas tradicionales, entre ellos POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M. C. de las Cuevas, Heliasta, 1993, p. 13: "Sólo las promesas que hacemos con intención de empeñarnos, y de conceder a quien se las hacemos el derecho de exigir su cumplimiento, dan materia para un contrato o una convención. Otras promesas hay, que hacemos de buena fe, y con la voluntad actual de cumplirlas, pero sin la intención de conceder a aquel a quien se las hacemos el derecho de exigir el cumplimiento (...). Por ejemplo, cuando un padre promete a su hijo, que estudia Derecho, dejarle hacer, durante las vacaciones, un viaje de recreo, caso de que emplee bien su tiempo; es evidente que el padre, al hacer esta promesa, no entiende contratar con el hijo una obligación propiamente dicha".

Las *teorías de la voluntad* en general no pueden superar la dificultad de explicar por qué son exigibles todos los contratos en los que lo manifestado no se corresponde con la verdadera intención de una de las partes. En principio, la intención subjetiva no es relevante para determinar la exigibilidad del contrato. El derecho contractual otorga primacía a la voluntad objetiva, es decir, a lo objetivamente manifestado en el acto. Los casos en los que la intención subjetiva es relevante son pocos, y usualmente se relacionan con actos celebrados por error excusable, dolo, violencia o intimidación.

Además, estas teorías también tienen dificultades para explicar los fundamentos de las obligaciones accesorias que envuelven a toda relación contractual. Me refiero en particular a los deberes de buena fe a los que están sujetos los contratantes y a las obligaciones impuestas por los tribunales cuando integran una laguna contractual. Justamente, cuando un tribunal completa las lagunas que las partes dejaron en el contrato, impone una obligación que ellas no consintieron.

Por otra parte, una pregunta aún más obvia es por qué la voluntad tiene poder para obligar pero no para desobligar. ¿Por qué la intención de obligarse prevalece sobre la intención de desobligarse cuando un individuo se arrepiente de haber celebrado el contrato? La respuesta es también obvia: uno queda obligado recién cuando el destinatario de la oferta acepta la obligación. Por lo tanto, la sola voluntad de desvincularse es insuficiente para lograr el efecto deseado. Pero, entonces, la voluntad en sí misma no es concluyente. Pareciera que los efectos que la expresión de la voluntad produce en el otro son tan relevantes como la intención de obligarse.

Por último, las teorías de la voluntad tampoco pueden justificar que ciertos contratos que son la expresión de la voluntad de las partes no sean vinculantes. Así, todos los contratos que la jurisprudencia ha considerado de objeto inmoral, si el único criterio que explica la obligación contractual es la voluntad, deberían ser exigibles.

Ante estos problemas otras teorías han intentado dar respuestas desde ópticas distintas de la voluntad. La *teoría de la confianza*, por ejemplo, postula que los contratos son obligatorios porque de ese modo se protege la confianza del destinatario de la promesa. Así como los individuos son capaces de dañar con sus actos físicos, también son capaces de dañar con sus palabras, cuando realizan una promesa que luego no cumplen. Grant Gilmore sostuvo que la teoría del contrato estaba siendo reabsorbida por la teoría del derecho de daños, de la que fue separada artificialmente en el siglo XIX. Su idea era que la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual se termina diluyendo cuando todo perjuicio sufrido por el deman-

dante, como consecuencia de haber confiado razonablemente en las garantías otorgadas por el demandado, debe ser compensado <sup>3</sup>.

Una primera observación es que estas teorías presentan un razonamiento circular. Una promesa sólo puede generar confianza cuando es obligatoria por otra razón distinta de la confianza misma. Ningún sistema contractual protege la confianza que es irrazonable. Esto significa que el derecho contractual no protege los intereses de quien no tenía razones para confiar y realizó gastos que luego pretende recuperar. Entonces, si únicamente la confianza razonable está protegida, lo que hay que averiguar es cuándo la confianza es razonable. Ello, explica Barnett, depende de lo que la mayoría de la gente haría frente a una promesa; y lo que la mayoría de la gente haría —confiar o no confiar— depende esencialmente de si creen que la promesa que reciben será luego exigible o no. Por lo tanto, nunca puede la confianza ser el fundamento de obligatoriedad del contrato sin incurrir en circularidad. Es la exigibilidad del contrato lo que genera confianza y no la confianza lo que hace que el contrato sea obligatorio <sup>4</sup>.

Esta teoría tampoco puede explicar la obligación de cumplir con un contrato aun cuando la otra parte no haya confiado en él. Los tribunales, al momento de ejecutar un contrato, son indiferentes frente al hecho de que el demandante haya confiado en la promesa cuyo cumplimiento exige. En todo caso, la confianza razonable podrá ser tenida en cuenta en algunos casos al momento de determinar la indemnización.

La misma suerte corre la *teoría del beneficio*. A veces se sostiene que el enriquecimiento injusto está detrás de la obligatoriedad del contrato. Si esta idea fuese correcta, no habría razones para exigir el cumplimiento de todos aquellos contratos en los que ninguna de las partes cumplió con su prestación y sólo hubo un intercambio de promesas.

<sup>3</sup> Véase GILMORE, Grant, *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Columbus Ohio, 1974, ps. 87/88.

<sup>4</sup> Es cierto que la confianza puede tener su origen en otras fuentes distintas de la creencia en que la promesa será exigible jurídicamente. Por ejemplo, si un comerciante entrega mercaderías a uno de sus clientes antes de recibir el pago, en circunstancias tales que no queda evidencia alguna de la transacción, puede decirse que la probabilidad de lograr un reclamo judicial exitoso es casi nula. Sin embargo, la confianza pudo haberse generado por la relación personal de las partes y, en todo caso, por la creencia del comerciante de que, aun cuando no podrá cobrar judicialmente su crédito, el cliente tiene razones (morales) para cumplir y muestra una inclinación a seguirlas. El comerciante que no pensara que el cliente tiene una motivación favorable al cumplimiento del contrato nunca entregaría la mercadería sin recibir el pago o sin constituir evidencia útil para lograr una acción de cumplimiento posterior. Así, la idea de que la confianza no puede ser la fuente de la obligación contractual sigue siendo correcta. En todo caso, siempre hay razones, como la exigibilidad jurídica del contrato o la creencia de que la otra parte se siente moralmente obligada a cumplir, que generan la confianza.

Si los contratos deben hacerse cumplir sólo para evitar que una parte se enriquezca a costa de la otra, el puro intercambio de promesas, al equiparar los beneficios recibidos entre las partes, hace que ninguna de las promesas sea vinculante. Ello es así porque quien recibe una promesa sólo podrá ejecutarla judicialmente si dio algo a cambio, y cuando lo que dio es otra promesa equivalente a la que recibió, ya nada tiene que reclamar sobre la base del enriquecimiento injusto. Su contraparte se benefició de él tanto como él se benefició de ella. Todo termina siendo un mero intercambio de palabras no vinculante. Esto demuestra que la teoría del beneficio no puede dar cuenta de la obligación de cumplir los contratos y por ello debe ser rechazada <sup>5</sup>.

Sin embargo, parecería que alguna racionalidad hay en el hecho de que el mero intercambio de promesas no pueda ser ejecutado por ninguna de las dos partes. Así, es plausible sostener que la excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*) se fundamenta en el enriquecimiento injusto. El hecho de que, cuando las obligaciones son recíprocas, ninguna de las partes pueda exigir a la otra el cumplimiento si no cumplió ella primero u ofrece cumplir, parece responder a esta idea. De todos modos, como respuesta general a la obligatoriedad de los contratos, es claramente insuficiente ya que no puede justificar, por ejemplo, por qué lo que los tribunales suelen hacer es obligar a cumplir los términos del contrato antes que a restituir los beneficios obtenidos por el incumplidor. También se verá en serias dificultades para explicar la obligatoriedad de los contratos a título gratuito. Estas dos objeciones sí son decisivas para desechar la teoría.

Desde otra línea de pensamiento, el *análisis económico del derecho* (AED) postula que la idea básica que está detrás de la libertad de contratación es que si el intercambio voluntario es permitido, los bienes gravitarán a su uso más valioso. La existencia del mercado facilita esta asignación eficiente de los recursos <sup>6</sup>. Cuando ello ocurre, la riqueza social se maximiza porque los bienes quedan en manos de quienes más los valoran; y más valora un bien quien está dispuesto a pagar más por él <sup>7</sup>.

De esto se sigue que el derecho contractual debe estimular el cumplimiento de los contratos sólo en la medida en que sean eficientes. Ningún contrato que no maximice la riqueza debería ser cumplido según esta corriente. Un contrato es eficiente, en el sentido recién mencionado, si mejora la posición de ambas partes. En principio, el contrato es posible porque por

<sup>5</sup> Véase FRIED, Charles, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, 1981, p. 29.

<sup>6</sup> Véase, entre otros, KRONMAN, Anthony T. - POSNER, Richard A., *The Economics of Contract Law*, Little, Brown & Co., 1979, capítulo I.

<sup>7</sup> Véase POSNER, Richard A., *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981, ps. 60 y ss.

definición es eficiente. Si el contrato no mejorase las expectativas de ambas partes ellas no contratarían. Puede ocurrir que un contrato celebrado en el mundo real no maximice la riqueza, pero ello sólo significa que hubo algún problema, en general relacionado con la falta de información, que impidió a las partes percibir *ex ante* los costos y los beneficios del contrato.

Ahora bien, como también señala Barnett, la versión menos radical del AED no ofrece una teoría de la obligación contractual sino que se limita a evaluar los efectos producidos por las reglas que rigen las relaciones contractuales. El análisis que parte de apreciar el valor de las transacciones del mercado presupone que los contratos son vinculantes. La mayoría de los autores en sus trabajos toman como dada la obligatoriedad de cumplir los contratos. Así, se sostiene que es incorrecto preguntarse por qué los contratos son obligatorios: ésta es la forma en que funciona la institución. La misma idea de contrato implica obligatoriedad. La pregunta correcta sería, en cambio, si esta institución es valiosa <sup>8</sup>. En consecuencia, este tipo de análisis económico, al presuponer la exigibilidad de los contratos, no puede ofrecer un criterio para distinguir qué promesas deberían ser jurídicamente vinculantes y cuáles no.

La versión normativa según la cual la maximización de la riqueza es el objetivo principal del derecho y los contratos sólo deben ser respetados en la medida en que sean eficientes también es criticable. Sostener que “la riqueza se maximiza cuando los bienes quedan en manos de quienes más los valoran”, y que “más valora un bien quien está dispuesto a pagar más por él”, es presuponer también en este caso la obligación de respetar los acuerdos contractuales. El hecho de estar dispuesto a pagar por algo presupone obtener ese algo irrevocablemente. ¿Quién estaría dispuesto a pagar por un bien, es decir, a contratar sobre él, si el contrato no fuese vinculante? Por lo tanto, el principio de eficiencia no puede por sí mismo indicar qué contratos deberían ser vinculantes y cuáles no. La respuesta es que *todos* los contratos deberían ser obligatorios, y lo único que puede aportar el análisis económico es un criterio para evaluar las ventajas de los distintos tipos de sistemas contractuales, lo que no es poco. Dada la definición de maximización de riqueza, para que ella sea posible se requiere un sistema de reglas que haga los acuerdos privados jurídicamente vinculantes.

Finalmente, por la notoriedad y relevancia que ha logrado en el ámbito académico, mencionaré la teoría de Charles Fried, *el contrato como promesa*. Aunque los autores suelen clasificar a Fried como un teórico de

<sup>8</sup> Véase, entre otros, BUCKLEY, F. H., *Just Exchange. A Theory of Contract*, Routledge, 2005, ps. 35 y ss.

la voluntad, el tipo de argumentos con el que articula su teoría lo separan claramente de la doctrina tradicional. Para Fried los contratos son obligatorios porque las promesas son obligatorias. Quien promete está moralmente obligado a cumplir su promesa porque intencionalmente invocó una convención social cuya función es brindar bases morales para que el destinatario espere el cumplimiento. Luego, negarse a cumplir es parecido a mentir, y tanto quien incumple su promesa como quien miente utilizan a la otra persona para sus propios fines <sup>9</sup>. Esto viola el imperativo categórico kantiano según el cual las personas deben ser tratadas como fines en sí mismos y no como medios.

Un segundo argumento menos obvio en la teoría de Fried es el que resulta de la solución que él ofrece al problema de los remedios contractuales. La medida correcta de la indemnización por incumplimiento, según Fried, es la expectativa que tenía el destinatario de la promesa; es decir, debe recibir lo mismo que hubiese recibido si la promesa se hubiese cumplido. Permitirle al promitente liberarse de su obligación por menos, por ejemplo condenándolo solamente al pago de los gastos en confianza que haya realizado la otra parte o a restituir el beneficio obtenido, sería infantilizarlo. Si por hipótesis alguien elige asumir una obligación más fuerte que la indemnización de la confianza o la restitución del beneficio (porque lo que promete es realizar cierta prestación, no compensar en caso de incumplimiento), una norma que limitase la indemnización por incumplimiento de esa manera le estaría impidiendo al individuo asumir la obligación con la extensión con la que él desea asumirla. Una promesa de entregar X en un contexto en el que el incumplimiento sólo da derecho a la otra parte a reclamar los gastos razonables que ella haya realizado en función del contrato no tiene ningún sentido: decir “prometo entregar X” sería una frase vacía. Por esta razón, la obligación de cumplir con las promesas se relaciona con la preservación de la autonomía individual. La única manera de conservar nuestra autonomía es siendo responsables por los compromisos que asumimos. La única manera de tomar en serio la concepción de lo bueno de quien libremente elige prometer es haciéndolo responsable por su promesa. Ésta es también la única manera de tomarlo en serio como persona <sup>10</sup>.

En síntesis, según el primer argumento las promesas deben cumplirse porque de lo contrario se estaría mediatizando a los destinatarios. Según el segundo argumento, las promesas deben exigirse para preservar la autonomía individual de los promitentes.

<sup>9</sup> FRIED, Charles, *Contract...*, cit., ps. 16/17.

<sup>10</sup> FRIED, Charles, *Contract...*, cit., véase en general el capítulo 2.

Una primera crítica relevante que ha recibido la teoría de Fried proviene del mismo Barnett. En la *Teoría consensual del contrato* la crítica no es explícita, pero se sigue de todo lo afirmado allí. Es en otro trabajo en el que Barnett señala que lo importante no es por qué las personas deben cumplir con su palabra, sino por qué y cuándo la coerción puede utilizarse sobre otros, incluyendo al Estado, para compelerlos a cumplir sus promesas o bien pagar los daños ocasionados por su falta. Una teoría como la de Fried llevaría a los tribunales a hacer cumplir obligaciones que las partes nunca consideraron contractuales o jurídicamente vinculantes <sup>11</sup>. El punto es que las promesas y los contratos son instituciones distintas, y en la teoría de Fried no hay ningún criterio que permita diferenciarlos.

Pienso que otra forma de atacar la teoría de Fried consiste en preguntarse si el argumento de la mediatización no presupone también la obligatoriedad de las promesas. La razón por la que uno mediatiza a la otra parte cuando le promete y no cumple es justamente que la promesa era obligatoria por otra razón distinta de la mediatización. Si prometer no tuviese ningún significado o si la institución promesa no tuviese por función generar expectativas en otros (para utilizar los términos de Fried), el incumplimiento no mediatizaría. Una expresión de intenciones futuras que luego no se concreta no mediatiza a quien confió en esa expresión. Pero quien confía en una promesa sí es mediatizado cuando ella no se cumple. La diferencia entre ambos casos es que la expresión de intenciones futuras no obliga a quien la emite y la promesa sí lo hace. Ello demuestra que en este ámbito la mediatización presupone obligatoriedad previa. Pero también es necesario que haya habido confianza. Una promesa obligatoria incumplida en ningún caso mediatiza al destinatario si éste nunca confió en ella. De todos modos, tal vez sea incorrecto incumplirla, aunque la razón no puede ser que el incumplimiento mediatiza. La gran pregunta es, entonces, si a Fried no le serían aplicables las mismas críticas que se dirigen contra la *teoría de la confianza* <sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Véase BARNETT, Randy, "Some problems with contract as promise", 77 *Cornell L. Rev.* 1022, p. 1025.

<sup>12</sup> Dori Kimel presenta argumentos que podrían servir para contestar a mi crítica. Se pregunta si la confianza es condición necesaria de la promesa, es decir, si para poder afirmar que alguien se ha comprometido con otra persona es necesario afirmar también que la otra persona ha generado expectativas respecto de que la promesa será cumplida. Esto surge de la idea de que invocar confianza presupone una confianza que invocar, previa al acto de invocación (la formulación de una promesa). Su respuesta es que la confianza no es condición necesaria, pero que usualmente las promesas se generan en contextos donde hay una confianza que invocar. Si bien no puedo detenerme a responder aquí, me conformaré con señalar que la discusión de Kimel está orientada a la confianza como condición de la promesa, mientras que yo sostengo que la confianza es condición necesaria de la mediatización, que según Fried es la principal razón por la cual uno debe cumplir las promesas. Ambas cuestiones están claramente relacionadas,

Además, creo que debería explorarse la posibilidad de cuestionar la presuposición de que todo incumplimiento contractual sea un caso de mediatización. Es evidente que quien, por razones estratégicas, celebra un contrato que sabe que no va a cumplir está mediatizando a su contraparte: lo está utilizando como un medio para concretar sus propios fines. Pero no es obvio que quien celebra un contrato de buena fe y por alguna razón no puede cumplir —supongamos por razones de insolvencia— esté realmente mediatizando al acreedor. No hay en este caso un plan dentro del cual la otra parte sea concebida como un mero instrumento, no hay intención de defraudar. Por lo tanto, afirmar que todo incumplimiento contractual mediatiza es excesivo.

Teniendo estas objeciones en cuenta, la teoría del *contrato como promesa* a lo sumo puede brindar razones adicionales para cumplir con nuestros compromisos: una primera razón para cumplir es la que estamos tratando de averiguar; una segunda razón para cumplir es que cuando se incumple, además, se mediatiza a la otra parte. Pero sólo una mala teoría de la obligación necesita una segunda razón para cumplir con las promesas o los contratos <sup>13</sup>.

## II. LAS VIRTUDES DE LA TEORÍA CONSENSUAL DEL CONTRATO

Barnett comienza reconociendo que los principios que fundamentan cada una de las teorías rivales tienen cierto atractivo y que ninguno de ellos puede ser ignorado. Se trata en definitiva de preocupaciones centrales del derecho contractual. A todo jurista le parecerá relevante que los tribunales cuando ordenan el cumplimiento de los términos de un contrato estén en realidad ordenando el cumplimiento de un acuerdo voluntario. También a la mayoría de los juristas les parecerá un punto importante que se proteja la confianza razonable de las partes. Lo mismo corresponde decir del enriquecimiento injusto o de la eficiencia. Pero ello no significa que el fundamento de obligatoriedad esté en alguno de estos principios, ni tampoco en una combinación de ellos.

---

pero considero que sólo con un concepto excesivamente amplio de mediatización podemos entender que, en el campo de las promesas o los contratos, alguien puede mediatizar a quien no confía en sus promesas. Véase KIMEL, Dori, *From Promise to Contract*, Hart Publishing, 2003, ps. 14/20.

<sup>13</sup> No toda convención social que es incumplida mediatiza. Por ejemplo, ir vestido con ropa oscura a un funeral o la utilización del lenguaje natural son convenciones sociales y todos esperan que el resto de los individuos las cumplan. Ahora, si un individuo decide ir vestido de naranja o hablar en su propio idioma ¿mediatiza a alguien? Parece que lo importante es invocar la confianza sobre la base de una convención social que se sabe obligatoria, por lo que genera expectativas. Pero entonces, como dije, el argumento de la mediatización presupone obligatoriedad.

Para entender el derecho contractual es necesario recurrir al marco más amplio de la teoría de los derechos. Ésta se encarga de especificar cómo se adquieren los derechos, el modo en que se los puede ejercer, cómo se los puede transferir de una persona a otra y cómo se rectifican las intromisiones injustas de terceros. En este contexto, Barnett advierte que “el derecho contractual es aquella parte del sistema de derechos que identifica las circunstancias en las que los derechos pueden ser válidamente transferidos de una persona a otra mediante su consentimiento, y es este último componente de carácter moral el que distingue las transferencias válidas de derechos enajenables de las inválidas”. En otras palabras, el derecho contractual depende de un sistema general de derechos —sólo puede funcionar en ese esquema— y el contenido del sistema general de derechos, aunque Barnett no lo explicita, está justificado por una teoría de la justicia. Por ello, “el carácter genuino de un derecho o la posibilidad de que sea transferido legítimamente no es una cuestión que interese solamente al derecho contractual, sino que además requiere una referencia a la teoría de los derechos subyacente”. Así, concluye Barnett, “la ejecución legal está moralmente justificada porque el promitente voluntariamente realizó actos que comunicaron su intención de dar nacimiento a una obligación jurídicamente exigible de transferir derechos susceptibles de ser transmitidos. Dentro de una teoría de los derechos, la obligación contractual, a diferencia de otros tipos de obligaciones jurídicas, se basa en el consentimiento”.

Con esto basta para apreciar una de las grandes ventajas de la *teoría consensual*. A diferencia de las otras teorías, no pretende fundarse en un principio último, general, que gobierna todo el universo de contingencias contractuales. La propuesta de Barnett es más simple, más modesta, pero a mi juicio mucho más eficaz. Mientras el resto de las teorías conciben a todos los casos del derecho contractual como una instancia más de satisfacción de los principios que postulan, Barnett entiende que los casos posibles no están exclusivamente regulados por el derecho contractual, sino que éste sólo funciona dentro de un gran esquema de justicia.

Para las otras teorías, el derecho contractual debería garantizar la vigencia de ciertos principios a menudo presentados como comprensivos: la voluntad, la protección de la confianza, el enriquecimiento injusto, la eficiencia o el imperativo categórico de Kant, todos tienen pretensiones de universalidad.

Esto definitivamente resulta problemático ya que les impide explicar por qué las normas del derecho contractual y las sentencias de los tribunales a veces contradicen estos principios de un modo intuitivamente correcto. A nadie sorprende que los jueces se nieguen a hacer cumplir ciertos con-

tratos o a reconocer indemnizaciones por incumplimiento en determinados casos, aun cuando las partes hayan expresado claramente una voluntad de quedar jurídicamente vinculadas por el acuerdo.

La *teoría consensual* no tiene este problema ya que no se compromete con un principio general que resuelve todos los casos. Por ello, creo que el objetivo de Barnett es más modesto: no pretende explicar los contratos autónomamente, sino que reconoce la necesidad ineludible de recurrir a una teoría de los derechos, y ello implica diferir muchos debates al campo de la filosofía política. Barnett puede explicar todos los casos porque su teoría describe al derecho de los contratos como aquellas reglas que regulan las transferencias de lo que puede ser transferido; y esto no depende del mismo derecho contractual o de un principio último sino del sistema general de derechos. Al ignorar esto, el resto de las teorías universalizan principios que no pueden ser universalizados.

Además, y en relación con lo anterior, los principios comprensivos por sí mismos suelen ser incapaces de distinguir un caso de derecho contractual de otros casos. Ello es así porque principios como la voluntad, la confianza, el beneficio, la eficiencia o el imperativo categórico tienen una formulación extremadamente amplia que los hace aplicables *prima facie* a una multiplicidad de casos no necesariamente contractuales. Un ejemplo servirá para aclarar la idea: si una persona decide alquilar un departamento en mi mismo piso porque yo le comenté que los sábados vienen otros músicos y ensayamos piezas de música clásica, ¿le debo algo cuando, aun sabiendo que la persona alquiló *ese* departamento por *esa* razón, yo defraudo sus expectativas porque decidimos ensayar en la casa del violinista?<sup>14</sup> ¿Por qué esta confianza no está protegida? Un teórico de la confianza respondería que esa confianza no está protegida porque no se deriva de un contrato. Entonces, es cierto que la confianza como principio comprensivo es insuficiente para identificar un caso contractual de otros casos. La *teoría consensual*, en cambio, no tiene ningún problema en este punto. Inmediatamente el consentimiento a la transferencia de derechos enajenables nos ubica en la esfera de las reglas contractuales, y esto es importante porque brinda una mayor seguridad a los individuos, en tanto cumple con la función demarcatoria de límites, propia de la teoría de los derechos, mejor de lo que lo hace el resto de las teorías alternativas.

Lo mismo ocurre con el principio del beneficio. Supongamos que un individuo comienza a tocar el violín junto a mi ventana y que yo escucho

<sup>14</sup> Charles Fried utiliza un ejemplo similar para diferenciar la realización de una promesa de la declaración sincera de una intención futura. Véase FRIED, Charles, *Contract...*, cit., p. 10.

con gran placer las obras que interpreta. No sólo disfruto sino que demuestro que estoy maravillado con su música, por lo que el violinista decide tocar otra pieza. Cuando termina de ejecutarla supongamos que me exige que le dé algo de dinero por el servicio prestado. ¿Estoy obligado a darle algo?<sup>15</sup> Yo realmente me beneficié de *su* música. Prefiero un mundo con violinista junto a la ventana que un mundo sin violinista. Pero ¿es esto razón suficiente para que recaiga sobre mí una obligación jurídica? La respuesta es obviamente negativa. La teoría del beneficio también debe acudir a otro principio para especificar que sólo debe restituirse el beneficio que una de las partes obtiene de la otra como consecuencia de un contrato. La *teoría consensual* es inmune a este tipo de críticas, por lo que los derechos de todos los individuos están *a priori* mejor definidos. Sólo estaría obligado si hubiese consentido la prestación del servicio, si hubiese manifestado objetivamente mi intención de quedar jurídicamente vinculado. Lo mismo ocurre con el resto de los principios comprensivos enunciados.

El enfoque de la *teoría consensual* basado en un sistema general de derechos soluciona todas las objeciones que se formulan al resto de las teorías. El consentimiento opera como única condición que habilita la aplicación de una serie de normas que regulan este particular tipo de relación. En este contexto, puede entenderse perfectamente la aplicación de normas supletorias o la integración de las lagunas por el juez. Aunque Barnett sostendría que las normas supletorias también son consentidas por las partes, dado que pueden ser dejadas de lado por la estipulación expresa, la *teoría consensual* podría explicar este fenómeno limitando el papel del consentimiento a la voluntad inequívoca de transferir derechos y asignando a las normas supletorias el carácter típico de las normas del sistema de derechos que se encargan de regular las transferencias. Digo esto, pese a que Barnett no llega a tanto, reitero, para ilustrar la enorme potencialidad del marco teórico empleado por él. Cuando el derecho contractual es analizado desde esta perspectiva, comprender el lugar de las normas imperativas y su relación con el consentimiento no presenta dificultad alguna. La contradicción que habría entre ambos conceptos es sólo aparente.

Antes de pasar al siguiente punto, vale la pena detenerse a examinar la tensión que existe entre intención subjetiva y la intención objetiva en la teoría de la voluntad, ya que si la *teoría consensual* no lograra superar este obstáculo estaría condenada al fracaso. Es decir, si el componente moral iden-

<sup>15</sup> Este ejemplo, aunque un poco menos enfatizado, es utilizado por Posner para tratar la cuestión de los contratos implícitos. Véase, POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 5ª ed., Aspen Law & Business, p. 151.

tificado por la *teoría consensual* es el haber consentido la transferencia, salta a la vista que debe darse alguna respuesta satisfactoria a esta cuestión. ¿Qué intención de transferir y de obligarse debe prevalecer, la objetiva o la subjetiva? La respuesta está en la subordinación del derecho contractual a la teoría de los derechos. Una de las funciones de cualquier teoría de los derechos es establecer límites entre las pretensiones de los individuos. Así como la apropiación de un bien sin dueño depende de la realización de ciertos actos que pueden ser interpretados objetivamente como “apropiación”, el consentimiento a una transferencia también depende de la realización de un acto que objetivamente puede ser interpretado como “consentimiento a transferir”. Una teoría de los derechos que asignase derechos sobre la base de intenciones subjetivas fracasaría en su principal función de establecer límites definidos a las pretensiones rivales de los individuos. En otras palabras, así como apropiarse de un bien no depende solamente de la opinión subjetiva de quien se apropia, consentir o no una transferencia no depende exclusivamente de la opinión subjetiva de quien lo hace. Esto no significa zanjar la cuestión adoptando un enfoque puramente objetivo del consentimiento, ya que habiendo evidencia de que ambas partes comprendieron algo distinto de lo que usualmente se entiende en esas circunstancias, prevalecerá la intención subjetiva. De este modo, se protege tanto la voluntad del promitente —porque generalmente las expresiones objetivas se corresponden con la intención subjetiva— como la confianza del destinatario de la promesa —porque siempre que no haya evidencia de una intención subjetiva entendida por ambas partes, el contrato será exigible—.

### III. ¿ES LA *TEORÍA CONSENSUAL* UNA *TEORÍA LIBERTARIA*? <sup>16</sup>

Barnett, al criticar las teorías más conocidas de la obligación contractual, las agrupa en tres categorías. Están las teorías basadas en la protección de una de las partes (la teoría de la voluntad y la teoría de la confianza); hay teorías basadas en estándares (la eficiencia y la justicia sustantiva <sup>17</sup>); y por último, hay teorías basadas en el proceso de negociación (la más conocida y mejor estructurada es la de la contraprestación).

Cada una de las teorías en particular presenta los vicios de la categoría a la que pertenece. Así, por ejemplo, las teorías de la voluntad y la confianza, además de los problemas señalados en el apartado I de este trabajo, no

<sup>16</sup> Las sugerencias de Hugo Selemé fueron fundamentales para mejorar mis argumentos en este punto.

<sup>17</sup> En el apartado I de este trabajo no me detuve a analizar esta teoría ya que Barnett en su artículo se dedica a criticarla con especial atención.

logran capturar el carácter interrelacional de los contratos ya que protegen o bien la voluntad del promitente o bien la confianza del destinatario de la promesa.

A los fines de evaluar el marco filosófico-político de la *teoría consensual*, sólo analizaré su rechazo de las teorías basadas en estándares. Barnett afirma que estas teorías tienen los mismos problemas que los principios que Nozick denominó “principios que establecen patrones de justicia distributiva”. Para Nozick el término justicia distributiva es engañoso porque transmite la idea de que hay bienes que distribuir independientemente de quién los produce; y lo que estaría en discusión sería qué principio utilizaremos para distribuirlos. Sin embargo, observa, no hay una distribución central, ninguna persona o grupo tiene derecho a controlar todos los recursos y distribuirlos; lo que cada uno tiene lo obtiene de otros a cambio de algo o por donación. Por ello, él prefiere hablar de la justicia de las posesiones, una idea más neutral <sup>18</sup>. Debe recordarse que Barnett trabaja dentro de un marco general de derechos, también tomado de Nozick, que especifica cómo se adquieren los bienes y cómo se transmiten válidamente de una persona a otra. En este contexto, una determinada distribución de recursos es justa si todas las pertenencias de cada individuo fueron legítimamente adquiridas a través del medio de adquisición originaria establecido en el sistema general de derechos o a través de una transferencia también legítima (es decir, en la que el transferente a su vez adquirió legítimamente el bien que está transfiriendo) <sup>19</sup>. Nótese que las pertenencias de cada uno dependerán exclusivamente de lo que históricamente haya ocurrido. En cambio, cuando se proponen otros principios, como “a cada quien según sus necesidades”, “a cada quien según sus capacidades” o “a cada quien según el beneficio que otorga a otros”, se establecen patrones de distribución que siempre podrán ser discutidos alegando que alguien no recibió según “sus necesidades” o “sus capacidades” o según “el valor del beneficio que él otorga a otros”. Estos principios, a diferencia del principio de adquisición y transferencia legítimas, establecen patrones de distribución. El problema de los principios que establecen patrones es que requieren interferencias permanentes con los actos voluntarios de los individuos. ¿Para qué conceder derechos a las personas sobre sus bienes si, cuando el resultado de la libre disposición no se ajusta a un determinado patrón, el Estado debe intervenir redistribuyendo los recursos de acuerdo al principio de que se trate? <sup>20</sup>

<sup>18</sup> NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, 1974, ps. 149/150.

<sup>19</sup> Idem, ps. 150/153.

<sup>20</sup> Idem, ps. 160/163.

Teniendo esto en cuenta, ¿es la *teoría consensual* una teoría libertaria? Creo que no necesariamente. Es cierto que al articular su teoría sobre la base de la de Nozick, Barnett se compromete con la libertad individual profundamente. Pero también es posible pensar que su dependencia de la teoría de Nozick es relativa, ya que la estructura utilizada es independiente de su contenido. Nada impide entender que el sistema general de derechos sobre el cual funciona la *teoría consensual* pudiese tener otro contenido, incompatible con la corriente libertaria. De hecho, el contenido libertario que Barnett propone no llega a los extremos de Nozick. Así, por ejemplo, mientras este último considera que un sistema libre permitiría a los individuos venderse como esclavos <sup>21</sup>, en la *teoría consensual* el sistema general de derechos sería invocado para justificar la nulidad de un contrato de esa naturaleza. Justamente, el hecho de que Barnett constantemente haga referencia a la transmisión de derechos *enajenables* indica que las transacciones voluntarias no son sagradas como en la versión de Nozick.

Podría contestarse que invocar un sistema general de derechos es lo mismo que admitir patrones distributivos, pero ello sería un error. Aun cuando haya derechos que no puedan ser transferidos, lo relevante a los fines de distinguir un principio que establece patrones distributivos de uno que no lo hace es si las pertenencias de los individuos pueden justificarse procedimentalmente o no. Si las porciones distributivas en una determinada sociedad se alteran como consecuencia de un proceso de adquisiciones y transmisiones legítimas, según el sistema general de derechos imperante en esa sociedad, la *teoría consensual* no tendrá motivos para intervenir en los contratos aun cuando la distribución resultante sea desigual o no responda a las necesidades de los individuos o a sus capacidades. Ello no significa que posteriormente las pertenencias de cada individuo no puedan ser alteradas por otras reglas formuladas por la *teoría de la justicia distributiva* de esa sociedad, por ejemplo, a través del sistema impositivo. Como explicaré más adelante, la *teoría consensual* no debería tener nada que decir respecto de la justicia en la distribución de los recursos. Sólo debería limitarse a regular las transferencias de lo que puede ser transferido. Será la teoría de la justicia la que tendrá la última palabra en materia distributiva. Esto es así porque al depender la teoría contractual de un sistema general de derechos, la justificación de las pertenencias no es necesario que se base exclusivamente, como piensa Nozick, en las transacciones voluntarias de los individuos.

Es importante entender que la *teoría consensual* no está comprometida con principios comprensivos que dominan todas las esferas de la jus-

<sup>21</sup> Ídem, p. 331.

ticia. Sin embargo, para ser realmente independiente, la *teoría consensual* debe ser a la vez compatible con cualquier teoría de la justicia y no sólo con las libertarias. Debe ser compatible también con teorías de la justicia que postulen un único principio comprensivo. Ahora, ¿es esto posible? Creo que sí, ya que es falso que una teoría de la justicia que configura el sistema general de derechos de un modo distinto (teniendo en cuenta patrones distributivos) necesariamente requiera, a fin de mantener un patrón, intervenciones permanentes en los contratos que los individuos libremente eligen celebrar. Al diseñar un determinado marco institucional puede tenerse en cuenta el patrón distributivo que ese marco tiende a generar. Pero una vez diseñadas las instituciones con ese objetivo, el resultado esperado podría no darse. De este modo, las pertenencias de los individuos estarían justificadas, al igual que en el esquema de Nozick, procedimentalmente. Incluso en un esquema como el de Rawls cualquier resultado distributivo producido por instituciones justas a lo largo del tiempo es justo<sup>22</sup>. Por lo tanto, es perfectamente compatible con la *teoría consensual del contrato* que el diseño del derecho contractual incorpore normas que tiendan a generar ciertos patrones distributivos. Esto es evidente, por ejemplo, en las relaciones de consumo en las que una de las partes goza de una protección adicional en el proceso de contratación. La *teoría consensual*, tal como es descrita por Barnett, no advierte que la justificación procedimental es compatible con teorías que persiguen algún patrón de distribución. Sólo si esto último no fuese cierto, la *teoría consensual* estaría condenada a ser una teoría libertaria del derecho contractual. Barnett en este punto sigue a Nozick y sostiene que si los principios de justicia favorecen un determinado patrón distributivo, entonces son incompatibles con un diseño institucional de reglas contractuales que sea meramente procedimental. Pero ello sólo significa que la *teoría consensual* de Barnett puede ser considerada libertaria, aunque es posible construir otras *teorías consensuales* que no lo sean, aprovechando la misma estructura teórica de Barnett.

Más allá de esto, la redistribución de los recursos por medio del derecho contractual, lograda con la doctrina de la justicia sustantiva del intercambio, siempre ha sido observada con sospecha desde distintos puntos de vista. Así, un partidario del análisis económico del derecho sostendría que la redistribución de la riqueza puede lograrse de un modo más eficiente a través del sistema tributario y no interfiriendo en los contratos privados<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Sobre este punto véase POGGE, Thomas W., *Realizing Rawls*, Cornell University Press, 1989, ps. 28/36.

<sup>23</sup> Véase, TREBILCOCK, Michael J., *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1993, ps. 253/255, criticando la visión económica ortodoxa y discutiendo la tensión entre la autonomía

Charles Fried, por su parte, también rechaza la redistribución a través del contrato, pero por razones distintas. Imaginemos, dice Fried, el siguiente caso: un vendedor minorista de electrodomésticos en un barrio de bajos ingresos vende sus productos a un precio muy superior que los grandes centros comerciales. La razón por la que el precio es superior es que él ofrece crédito a personas que normalmente no tienen acceso a los canales habituales de financiación por no estar regularmente empleados <sup>24</sup>. Los términos del crédito son exorbitantes: altas tasas de interés y una cláusula de recuero que obliga a restituir el bien ante el menor incumplimiento. Un beneficiario de la seguridad social que ha adquirido muebles, un horno, un refrigerador y un aire acondicionado y que pagó más de dos tercios del precio, llegada la fecha de vencimiento no cumple con la cuota y el vendedor intenta recuperar todos los bienes. El valor de reventa de los electrodomésticos usados es tan bajo que no alcanza siquiera a cubrir el monto de la deuda pendiente <sup>25</sup>.

En casos como éstos, algunos tribunales se han negado a ejecutar esas cláusulas contractuales alegando que el comprador no tenía una verdadera libertad de elección y que los términos son sustantivamente injustos.

En primer lugar, observa Fried, que no haya habido una verdadera libertad de elección está lejos de ser un motivo para negar el cumplimiento del contrato: el consumidor que para satisfacer una necesidad se enfrenta a un mercado de competencia perfecta tampoco tiene otra opción que pagar el precio de mercado <sup>26</sup>.

Por otra parte, en cuanto a la justicia sustantiva, quienes se niegan a ejecutar ese contrato olvidan que la responsabilidad por la distribución de la riqueza es social o colectiva y no individual. La redistribución de los recursos no es una carga que deba ser soportada por cualquier individuo azarosamente o por quienes tienen la “mala suerte” de cruzarse con pobres o necesitados. La redistribución debe lograrse a través de un sistema impositivo que tenga en cuenta, entre muchas otras cosas, la capacidad contributiva de los individuos. Concluye Fried preguntándose si no es injusto que el comerciante minorista del barrio pobre deba soportar la carga redistributiva en mayor medida que el cirujano plástico de Beverly Hills, diez veces más rico que el comerciante minorista, simplemente porque el cirujano, a dife-

---

y el bienestar en relación con la intervención del contrato y el sistema impositivo como medios redistributivos alternativos.

<sup>24</sup> Esto presupone un riesgo adicional que es compensado por un incremento de precios.

<sup>25</sup> FRIED, Charles, *Contract...*, cit., ps. 103/104.

<sup>26</sup> Ídem, p. 104.

rencia del comerciante, no tiene la “mala suerte” de estar rodeado de pobres y desempleados, la “mala suerte” de intercambiar nada con ellos <sup>27</sup>.

En definitiva, la *teoría consensual* no es necesariamente una teoría libertaria ya que, entre otras cosas, el sistema de derechos puede incluir restricciones razonables al objeto de la contratación o a la forma en que se desarrollará el proceso de negociación. Asimismo, nada en la *teoría consensual* niega que la redistribución de recursos sea un objetivo valioso, pero hay razones que exceden a la propia *teoría consensual* que recomiendan concretarla a través del sistema impositivo y no aleatoria e ineficientemente por medio del derecho contractual.

#### IV. CONCLUSIÓN

En los párrafos anteriores intenté demostrar, de un modo distinto al que lo hace Barnett, que la *teoría consensual* ofrece un marco de análisis completo y eficaz para pensar los problemas del derecho contractual. No es mi intención sostener que es el mejor marco posible, sino que presenta grandes ventajas comparativas respecto de las visiones alternativas que he analizado <sup>28</sup>.

El lugar que el consentimiento tiene en la *teoría consensual* reconstruye una intuición muy arraigada en materia de contratos evitando los problemas de las teorías de la voluntad. A su vez, al reconocer que el derecho contractual depende del sistema general de derechos, escapa a las dificultades que deben enfrentar todos aquellos que buscan sus fundamentos en principios comprensivos.

Por último, me propuse liberar a la *teoría consensual* de un posible encasillamiento dentro de las teorías libertarias. He defendido que su estructura permite incorporar diversos contenidos, y que su mayor valor consiste en describir el modo en que el derecho de los contratos funciona sobre la matriz de un sistema general de derechos.

<sup>27</sup> Ídem, p. 106.

<sup>28</sup> Sólo he analizado las teorías más conocidas, dejando de lado aportes importantes como los de Thomas Scanlon, James Gordley o Dori Kimel, entre otros, ya que incluirlos en la discusión excedería por lejos el objeto de esta presentación.