

LA TEORÍA CONSENSUAL DEL CONTRATO *

RANDY E. BARNETT **

INTRODUCCIÓN

La sola promesa hecha a otra persona no genera obligación jurídica alguna ni habilita a reclamar judicialmente en caso de incumplimiento. Para que esa promesa sea exigible, debe concurrir otro factor. A continuación analizaré cuál es ese otro factor, es decir, qué hecho o hechos deben darse además de la realización de la promesa para que ésta sea jurídicamente exigible ¹.

Acudimos a la teoría jurídica para saber cuándo se justifica moralmente ² el uso de la fuerza legítima contra un individuo, y a la teoría contractual en particular para saber qué tipo de compromisos interpersonales debe hacer cumplir el derecho. Hasta hoy, sin embargo, la doctrina no provee una

* *A Consent Theory of Contract*, publicado originalmente en 86 *Colum. L. Rev.* 269 (1986). Traducido por Gabriela Inés Haymes y Diego Martín Papayannis. *Lecciones y Ensayos* agradece a Randy E. Barnett y a *Columbia Law Review* la autorización para publicar esta traducción.

** Profesor Asistente de Derecho, Illinois Institute of Technology, Chicago-Kent College of Law. B.A. Northwestern University, 1974; J.D. Harvard Law School, 1977. Se presentó una primera versión de este artículo en la Reunión Anual de la Law and Society Association celebrada en Denver, Colorado, en junio de 1983. Quisiera agradecer a las siguientes personas por sus valiosísimas críticas a las versiones anteriores de este artículo: Larry Alexander, Douglas Baird, Mary Becker, Stuart Deutsch, Frank Easterbrook, Richard Epstein, George Fletcher, R.H. Helmholz, A.W.B. Simpson, Geoffrey Stone, Cass Sunstein, Lawrence H. White, Christopher Wonnell y Richard W. Wright. También agradezco a mis asistentes de investigación Sharyl Schwartz y William Walsh. Le agradezco a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, en la cual comencé a trabajar en este artículo en calidad de Visiting Fellow, así como al Institute for Humane Studies de la Universidad George Mason y a Veritas Fund por el apoyo financiero que hizo posible mi estadía en la Universidad de Chicago. Por último, quisiera agradecer a mis colegas en IIT Chicago-Kent College of Law y a mi decano, Lewis Collens, por asegurarme una atmósfera propicia para la investigación productiva y la reflexión sin límites.

¹ CORBIN, A., *Contracts* § 110, en 490 (1963); véase también EISENBERG, "The principles of consideration", 67 *Cornell L. Rev.* 640, 640 (1982) ("una promesa, como tal, no es jurídicamente exigible. La primera gran pregunta del derecho contractual, por lo tanto, es qué tipo de promesas deberían ser ejecutadas").

² La idea de que la moral juega un papel importante en la teoría jurídica se explica en las notas 109-11.

repuesta satisfactoria a esta cuestión. Las cinco teorías de la obligación contractual más conocidas, a saber, la teoría de la voluntad, la teoría de la confianza, la teoría de la equidad, la teoría de la eficiencia y la teoría de la negociación, adolecen todas de distintos defectos básicos. La teoría consensual no sólo sortea estas dificultades sino que a la vez explica la obligación contractual de una manera coherente y plausible.

Las teorías están pensadas para solucionar problemas. Los méritos de una teoría en particular se juzgan en función de su aptitud para resolver aquellos problemas que llevaron a la necesidad de elaborar esa misma teoría. Esto no implica, sin embargo, que ellas sean juzgadas en forma aislada. No podemos pretender que una teoría resuelva todos los problemas propios de una disciplina, sea ésta la física, la biología, la filosofía o cualquier otra ciencia. Por ello, en su lugar, *comparamos* teorías rivales para determinar cuál ofrece mejores soluciones a los problemas de la disciplina.

Son al menos tres los factores que se tienen en cuenta al llevar a cabo la mencionada comparación: (a) el número de problemas que la teoría resuelve igual o mejor que sus rivales, (b) el carácter central de los problemas que resuelve, y (c) la potencial aptitud de la teoría para resolver problemas futuros. Cuando evaluamos una teoría jurídica debemos tener presente que cuanto más convincente sea su explicación de aquellos casos en los que tenemos certeza de que el resultado es correcto, más a gusto nos sentiremos con las respuestas que ella proponga para casos marginales en los que nuestras intuiciones son menos firmes.

En la parte I de este artículo, evaluaré las cinco teorías de la obligación contractual más conocidas. Cada una de esas teorías describe con precisión un aspecto distinto de la obligación contractual, aunque la falta de consenso respecto de su verdadero fundamento evidencia que éstos enfoques presentan deficiencias fundamentales.

Las teorías pueden ser agrupadas en tres tipos distintos según se basen en las partes, en estándares o en el proceso de negociación del contrato. Las deficiencias de cada teoría son, al menos en parte, el resultado de deficiencias inherentes al tipo al que pertenecen. El propósito de este análisis comparativo consistirá en demostrar la necesidad de un enfoque más abarcador, que rescate las verdades de esas teorías y a la vez supere sus defectos.

En la parte II, describiré la teoría consensual³ y la aplicaré a los problemas identificados en la parte I. La teoría consensual postula que la obli-

³ Expuse anteriormente la teoría consensual en BARNETT, "Contract Scholarship and the Reemergence of Legal Philosophy" (Reseña), 97 *Harv. L. Rev.* 1223 (1984), donde también intenté situar los desarrollos recientes en filosofía jurídica en un contexto histórico para explicar el resurgimiento de la filosofía jurídica normativa en general y de las teorías de los derechos en particular.

gación contractual sólo puede ser comprendida totalmente cuando se la considera parte de un sistema más amplio de derechos. Tal sistema, basado en la moral ⁴, especifica la esencia de los derechos que los individuos pueden adquirir y transferir y los modos en que pueden hacerlo. Bien entendido, 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.

La teoría consensual explica por qué normalmente analizamos la intención de las partes desde una perspectiva “objetiva” mientras que en otros casos el enfoque que empleamos es distinto. Además, admite la ejecución de ciertos acuerdos en los que no hay intercambio —como aquellos en los que la contraprestación es nominal (*nominal consideration*)— y de este modo evita que este tipo de acuerdos tan convenientes tengan el estatus incierto que actualmente tienen en el derecho contractual. La teoría consensual también permite que las partes calculen con mayor precisión quién asume el riesgo de la confianza, proveyendo un *test* de exigibilidad claro y basado en el sentido común. Ello evita que los tribunales deban distinguir la confianza razonable de la irrazonable al determinar si el contrato se perfeccionó, a la vez que promueve la confianza en los compromisos interpersonales. Finalmente, explica y justifica las excepciones tradicionalmente oponibles a la obligación contractual.

I. ANÁLISIS VALORATIVO DE LAS TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL

Comúnmente se recurre a alguna de las siguientes cinco teorías para explicar qué acuerdos merecen ser cumplidos y cuáles no: la teoría de la voluntad, de la confianza, de la eficiencia, de la equidad y de la negociación ⁵. Estas teorías son en realidad ejemplos de tres tipos de teorías con-

⁴ La teoría desarrollada en este artículo está basada en las exigencias normativas de la moral y es a su vez requerida por éstas. Véase *infra*, notas 109-28 y el texto adjunto. No obstante, los lectores que adhieren a una perspectiva positivista pueden querer considerar el requisito de consentimiento sólo como un medio para entender las decisiones judiciales pasadas y presentes, y para reconciliar doctrinas en aparente conflicto.

⁵ Cuando una explicación de la obligación contractual se concentra exclusivamente en uno de estos factores, ese factor puede pasar a constituir el fundamento de una *teoría* diferente, como en la “teoría de la voluntad”. Cuando se combinan dos o más factores, entonces es posible referirse con mayor precisión a ellos como *principios* —como en el caso del “principio de la confianza”— o como *intereses centrales* de una teoría más general de la obligación contractual.

tractuales. Las teorías de la voluntad y de la confianza están basadas en *las partes* en tanto que las de la eficiencia y de la equidad se apoyan en *estándares*. Por su parte, la teoría de la negociación se basa en *el proceso* que conduce al acuerdo. Visto que algunas de las falencias de estas teorías son características del tipo al que pertenecen, analizaré cada tipo por separado.

Las críticas presentadas en esta sección no pretenden ser comprensivas ni particularmente novedosas ya que me limitaré a identificar los problemas centrales que la mayoría de los teóricos han atribuido a cada teoría. La finalidad no es refutarlas, sino demostrar que ninguna de ellas ofrece una concepción suficientemente comprensiva de la obligación contractual.

La voluntad, la confianza, la eficiencia, la equidad y la negociación son intereses centrales del derecho de los contratos y la teoría de la obligación contractual debe proveer un marco conceptual que especifique los casos en los que uno de estos intereses debe ceder ante otro ⁶. Una teoría que se fundamente exclusivamente en uno de estos intereses, o en una combinación no especificada de ellos, no puede dar cuenta de la verdadera naturaleza de la relación entre tales intereses. En la parte II enseñaré el modo en que la teoría consensual ofrece el marco conceptual necesario.

A. Teorías basadas en las partes

Lo que aquí se denominan teorías basadas en las partes son aquellas que se ocupan fundamentalmente de proteger a una de las partes de la transacción. Una denominación más precisa (aunque menos elegante) es “teorías basadas en una de las partes”. Las teorías de la voluntad apuntan a proteger al promitente mientras que las de la confianza se preocupan ante todo por proteger al destinatario de la promesa. El énfasis indebido que las teorías de la voluntad y de la confianza dan a una de las partes genera problemas insolubles para cada enfoque.

1. Teorías de la voluntad

El argumento de las teorías de la voluntad es que los compromisos son exigibles porque el promitente tuvo la intención de obligarse, eligió hacerlo. “Según la visión tradicional, el derecho de los contratos representa y protege la voluntad de las partes, dado que ella por su propia naturaleza

⁶ EISENBERG, *supra* nota 1, en 642-43 (a favor de una concepción expansiva de la obligación contractual “que reconoce la exigibilidad de las promesas en virtud de diversos elementos y dirige la investigación hacia la determinación de ellos, al tiempo que crea principios que los reflejan de modo apropiado”).

merece ser respetada”⁷. Para esta postura, el uso de la fuerza contra quien incumple su promesa está moralmente justificado porque el promitente lo autorizó previamente al ejercitar su voluntad. El promitente no podría pretender que la fuerza no fuera aplicada contra él puesto que al obligarse al cumplimiento aceptó que esa fuerza pueda ser empleada⁸.

La fuerza moral de estas teorías se nutre de la idea según la cual los deberes contractuales son obligatorios porque fueron libremente asumidos por aquellos que deben cumplirlos. Consecuentemente, la ejecución del contrato no está moralmente justificada si la persona pasible de sanción no expresa su voluntad genuinamente. Esta posición naturalmente lleva a una investigación sobre la intención del promitente al momento del acuerdo (el llamado punto de vista “subjetivo”). Después de todo, la teoría mal puede fundarse en la *voluntad* cuando la obligación *no fue* libremente asumida por el individuo sino impuesta por el derecho.

Es sabido que un sistema contractual que adhiera a una teoría de la voluntad que exija indagar la intención del promitente putativo sería obsoleto⁹. La imposibilidad de conocer la verdadera intención subjetiva o voluntad de las partes no presenta ningún problema práctico, ya que se presume que ella se corresponde con la intención objetivamente manifestada en el acto. Pero cuando puede probarse de alguna manera que la intención manifestada es contraria a la intención subjetiva, esta última debe prevalecer, en pos de preservar la integridad moral y lógica de la teoría de la voluntad.

Por cierto, si la norma jurídica diera algún tipo de primacía a la intención subjetiva del promitente esto defraudaría al destinatario de la promesa que hubiese actuado confiando en lo que se presentó como una manifestación vinculante de intención realizada por la contraparte¹⁰. Permitir inves-

⁷ COHEN, “The basis of contract”, 46 *Harv. L. Rev.* 553, 575 (1933).

⁸ Véase FRIED, C., *Contract as promise*, 16, (1981) (“Un individuo está moralmente obligado a cumplir sus promesas porque *intencionalmente* invocó una convención cuya función es brindar las bases —morales— para que otro espere el cumplimiento de lo prometido”) (el énfasis es nuestro); véase también BURROWS, “Contract, tort and restitution. A satisfactory division or not?”, 99 *Law Q. Rev.* 217, 258 (1983) (“La aceptación de la obligación es vital; no es suficiente haberse representado que los hechos son reales o haber declarado meramente que uno tiene la intención de hacer algo, porque en tales situaciones la voluntad no se ha comprometido a hacer nada”). Anthony T. Kronman también clasifica al Profesor Fried como un “teórico de la voluntad”. Véase KRONMAN, “A new champion for the will theory” (Reseña), 91 *Yale L.J.* 404, 404 (1981). Para una comparación entre la teoría de la voluntad del Profesor Fried y la teoría consensual, véase *infra*, notas 146-47 y el texto adjunto.

⁹ Véase, por ejemplo, COHEN, *supra* nota 7, en 575-78; BURROWS, *supra* nota 8, en 258.

¹⁰ Véase HUME, D., *An Inquiry Concerning the Principles of Morals*, 30, n. 5 (C. Hendel ed. 1957) (1ª ed. 1751): “¿Dónde está nuestra seguridad, se preguntan los hombres en su sano juicio, si el sentido secreto de la intención puede invalidar un contrato? Y sin embargo el académico metafísico podría opi-

tigar la intención subjetiva del promitente podría posibilitar que este último, mediante la producción y preservación de evidencia extrínseca de intenciones ambiguas o contradictorias, quebrantara fraudulentamente lo que de otra forma serían acuerdos perfectamente vinculantes. Tal estrategia proporcionaría al promitente una opción de hecho: podría insistir en la ejecución del contrato —cuando ello fuera de su interés— o negarse a cumplirlo —cuando no le resultase ventajoso— probando que la intención subjetiva es distinta de la manifestada ¹¹.

Puesto que el enfoque subjetivo descansa en evidencia claramente inaccesible para el destinatario de la promesa, y mucho más para los terceros, la indagación de la intención verdadera atentaría contra la seguridad de las transacciones reduciendo enormemente la confiabilidad de los compromisos contractuales ¹². No ha de sorprendernos que, pese a la lógica de la obligación basada en la voluntad, haya prevalecido mayormente el enfoque objetivo ¹³. El componente moral subjetivista, en el que la teoría de la voluntad se apoya para justificar la coacción legal, colisiona necesariamente con la necesidad de un sistema de normas construido en gran parte sobre la base de intenciones subjetivas manifestadas objetivamente. En tanto las manifestaciones objetivas generalmente reflejan las intenciones subjetivas, los teóricos de la voluntad deben explicar la razón por la cual se ejecutan acuerdos objetivos en casos en que puede demostrarse que lo interpretado por la parte difiere de su conducta objetivamente manifestada.

Difícilmente resuelvan este conflicto los teóricos de la voluntad que reconocen que otros “intereses”, como la confianza, pueden tener prioridad

nar que cuando se supuso que la intención constituía un requisito, si no hubo tal, no se producen consecuencias ni surge obligación alguna”.

¹¹ Véase un interesante ejemplo de un tribunal que sospechó una estrategia similar de una parte que intentó usar la “regla del buzón de correo” (*mailbox rule*), en “Cohen v. Clayton Coal Co.”, 86 *Colo.* 270, 281 P. 111 (1929).

¹² Nótese que ni el problema de la confianza, ni el del fraude surgirían cuando el promitente, que manifestó una intención de obligarse, busca liberarse de responsabilidad demostrando que el destinatario de la promesa no entendió en realidad, o “subjetivamente”, que los actos del promitente tuviesen ese significado. Permitir al promitente librarse de su responsabilidad probando que el destinatario de la promesa entendió la conducta tal como fue subjetivamente concebida por el promitente y que, consecuentemente, no confió en la manifestación externa, deja pocas posibilidades de que se produzca fraude. Tal investigación “subjetiva”, por inusual que sea, está por lo tanto correctamente permitida bajo un enfoque convencional objetivo. Véase, por ejemplo, “Embry v. Hargadine, McKittrick Dry Goods Co.”, 127 *Mo. App.* 383, 385, 105 S.W. 777, 779 (1907). Como se expondrá más abajo (véase *infra*, notas 156-60 y el texto adjunto) esta posición está en armonía con la teoría consensual.

¹³ Véase, por ejemplo, “Ricketts v. Pennsylvania” R.R., 153 F.2d 757, 760-61 (2d Cir. 1946) (Frank, J., por sus fundamentos); *Restatement (Second) of Contracts* § 2 comment b (1979); FARNSWORTH, E., *Contracts* § 3.6, en 114 (1982).

respecto de la intención ¹⁴. La teoría de la voluntad ve erosionado su poder persuasivo al permitir que los individuos queden obligados por promesas que nunca pensaron exigibles. Requerir que la intención subjetiva del promitente ceda ante la confianza del destinatario de la promesa en todos los supuestos, o en casi todos, debilita la afirmación de que la obligación contractual está basada en la voluntad ¹⁵ y, a la vez, fortalece la visión según la cual ella puede ser impuesta legítimamente a las partes en contra de su intención subjetiva ¹⁶. El prolongado interés que la teoría de la confianza ha suscitado da cuenta de la incapacidad de la teoría de la voluntad para explicar adecuadamente la exigibilidad de las manifestaciones objetivas de la intención.

2. Teorías de la confianza

Las teorías que explican la obligación contractual como una forma de proteger la confianza del destinatario de la promesa tienen la aparente virtud de explicar por qué las personas pueden quedar vinculadas por el sentido común de sus palabras independientemente de sus intenciones. Así, se ha popularizado la afirmación de que la obligación contractual surge de la confianza del destinatario de la promesa ¹⁷. La teoría de la confianza se basa en la intuición de que para el derecho contractual nuestras conductas asertivas son obligatorias cuando ellas generan en la otra parte una confianza “previ-

¹⁴ Véase, por ejemplo, FRIED, C., *supra* nota 8, en 58-63 (donde reconoce que el hecho de que no exista acuerdo subjetivo priva al contrato de su fuerza moral en una teoría basada en la voluntad o en la promesa, pero afirma que una indemnización puede ser procedente sobre la base de otros principios de “justicia”, “fomento del debido cuidado” o cuestiones de “administración”).

¹⁵ Véase BURROWS, *supra* nota 8, en 258; véase asimismo HUME, D., *supra* nota 10, en 30 n.5 (“La expresión que en principio está al servicio de la voluntad, pronto se transforma en el elemento principal de la promesa...”).

¹⁶ Véase ATIYAH, P., *The Rise and Fall of Freedom of Contract* 6 (1979); véase también FEINMAN, “Critical approaches to contract law”, 30 *UCLA L. Rev.* 829, 834 (1983) (“El derecho contractual es como el derecho de daños y la acción judicial es como la acción legislativa: todos necesariamente involucran juicios de política pública al imponer responsabilidad jurídica”). Pero véase EISENBERG, “The bargain principle and its limits”, 95 *Harv. L. Rev.* 741, 758 n.121 (1982) (en discrepancia con el análisis de Atiyah sobre la obligación basada en la confianza).

¹⁷ Si bien la literatura está repleta de sugerencias acerca del “principio de la confianza”, nunca se presentó una teoría exhaustiva del contrato basada en la confianza. Este enfoque se encuentra claramente presente en el influyente trabajo de Gilmore, *The Death of Contract*. Véase, por ejemplo, GILMORE, G., *The Death of Contract* 71-72, 88 (1974). Atiyah parece requerir una teoría de la confianza, aunque él también reconoce que la “creación y extinción voluntaria de derechos y responsabilidades” debería seguir siendo uno de los “pilares básicos del derecho de las obligaciones”. P. ATIYAH, *supra* nota 16, en 779; véase también FEINMAN, “Promissory estoppel and judicial method”, 97 *Harv. L. Rev.* 678, 716-17 (1984) (“el principio de la confianza” destruye las doctrinas contractuales “clásicas”); HENDERSON, “Promissory estoppel and traditional contract doctrine”, 78 *Yale L.J.* 343, 344 (1969) (las reglas del *promissory estoppel* crean un contrato basado en los efectos de la confianza).

sible” o “justificable”, del mismo modo en que el derecho de daños nos hace responsables por las consecuencias dañosas de nuestros actos ¹⁸.

Estas teorías han enfrentado dificultades aparentemente insuperables. Ya en 1933 Morris Cohen escribió lo siguiente: “Claramente, no todos los daños resultantes de la confianza en las palabras o las acciones de otro pueden ser reclamados judicialmente y esta teoría no ofrece ningún parámetro para distinguir los casos en que procede la reclamación” ¹⁹. Esta deficiencia ha llevado al empleo de frases como “confianza justificada” o “confianza razonable” ²⁰, adjetivos que dependen de estándares de evaluación (usualmente vagos) no relacionados con la confianza en sí misma, debido a que, ya sea justificada o injustificada, razonable o irrazonable, la confianza está presente en todos los casos.

Además, que la confianza sea “razonable” dependerá de lo que la mayoría de la gente haría (o debería hacer) en una situación concreta. Esta afirmación no puede abstraerse de la regla vigente en la comunidad en cuestión, porque la percepción sobre la ejecutabilidad de una promesa determina en forma directa la conducta de la mayoría de las personas ante una promesa. Por lo tanto, la teoría de la confianza no hace, en última instancia, más que plantear la misma pregunta que debería responder: ¿estamos ante una promesa que debería ser exigible?

Similar es el análisis cuando nos preguntamos si el promitente sabía o tenía razones para saber que la promesa induciría a otros a confiar ²¹, aunque esta formulación atenúa el énfasis puesto por la teoría de la confianza en los intereses del destinatario de la promesa. A diferencia del análisis de previsibilidad exigido por el derecho de daños, que involucra las consecuencias físicas que se siguen de las acciones, el análisis de previsibilidad del derecho contractual concierne a las acciones de un sujeto que actúa en for-

¹⁸ Véase G. GILMORE, *supra* nota 17, en 88 (“Podemos tomar el hecho de que los daños contractuales se han vuelto indistinguibles de los daños extracontractuales como el reflejo oscuro de una comprensión intuitiva, casi inconsciente, de que los dos campos, que han sido artificialmente separados, están gradualmente mezclándose y convirtiéndose en uno”).

¹⁹ COHEN, *supra* nota 7, en 579.

²⁰ Véase, por ejemplo, EISENBERG, *supra* nota 1, en 656-59; HENDERSON, *supra* nota 17, en 345.

²¹ Véase, por ejemplo, *Restatement (Second) of Contracts* § 90(1) (1979). El art. 90 califica a la indemnización basada en la confianza al nivel de la formación, requiriendo una expectativa “razonable” de confianza y la imposición de sanciones sólo si la “injusticia” no puede evitarse de otro modo; y al nivel de los recursos, limitando el recurso a lo que “requiere la justicia”. Id. Tradicionalmente, sin embargo, el método jurídico emplea un análisis doctrinal y teórico (concordante con nociones subyacentes de justicia) para *descubrir* dónde reside la injusticia en un caso particular. Véase BARNETT, “Why we need legal philosophy”, 8 *Harv. J.L. & Pub. Pol.* 6-10 (1985). El art. 90 obviamente incurre en circularidad. Posiblemente sea el resultado de una tarea de redacción demasiado cautelosa y no se ha propuesto hasta el momento otra redacción más precisa que la reemplace.

ma consciente. La predicción de que una promesa generará confianza en el destinatario o en terceros dependerá necesariamente de si éstos creen que esa promesa goza de protección legal. Sin embargo, para que la norma jurídica pueda ser formulada sobre la base de esta predicción resulta necesario incorporar circularidad al análisis ²².

Más aún, si se adhiere a la definición de promesa contenida en el *Restatement (Second) of Contracts*, según la cual constituye promesa “toda manifestación por parte de un sujeto de su intención de actuar o de abstenerse de actuar en cierto sentido, hecha en modo tal que justifica que el destinatario de la promesa entienda que existe un compromiso” ²³, entonces parecería razonable que todo promitente espere que sus actos generen confianza. De ser así, “la verdadera cuestión no es si el promitente debió esperar que el destinatario de la promesa confiase sino si el grado de confianza de éste fue razonable” ²⁴. Esto nos lleva nuevamente a abordar el problema que se plantea al intentar determinar cuándo la confianza es “razonable”.

Al proveer un criterio tan amplio, cualquier teoría de la obligación contractual que se base en la confianza perjudicial presupone la cuestión central que debe resolver: cuáles de aquellas acciones con *capacidad* para inducir confianza traen aparejadas consecuencias jurídicas y cuáles no. Las acciones de un individuo no están justificadas, ni tampoco protegidas legalmente, *por el simple hecho* de que haya habido confianza. Por el contrario, la confianza en las palabras de otros está jurídicamente protegida por circunstancias aún no definidas ²⁵.

²² Esto parece ser un ejemplo de lo que George Fletcher ha caracterizado como una “paradoja del pensamiento jurídico”. Véase FLETCHER, “Paradoxes in legal thought”, 85 *Colum. L. Rev.* 1263 (1985). De ser así, se resolvería sólo encontrando un criterio que sea independiente de la previsibilidad, en virtud del cual distinguir la confianza jurídicamente protegida de la no protegida. Véase también en 1269 (“Cuando se revela una paradoja, podemos restaurar la consistencia de nuestras estructuras jurídicas... encontrando o construyendo una distinción... que ponga fin a la paradoja”).

²³ *Restatement (Second) of Contracts* § 2 (1979). Nótese que la definición de promesa del *Restatement* difiere de la definición de “consentimiento” ofrecida más adelante, en las notas 121, 143-44, y el texto adjunto. Allí el consentimiento se limita a un tipo de compromiso particular: el de quedar jurídicamente obligado.

²⁴ EISENBERG, *supra* nota 1, en 659.

²⁵ No obstante estas deficiencias, el extendido reconocimiento de la indemnización basada en la confianza ejemplificado por el art. 90 del *Restatement* puede haber sido, en definitiva, más útil que perjudicial para la causa de la libertad de contratación. La indemnización supuestamente basada en la confianza opera como una válvula de seguridad encargada de completar lagunas en casos que involucren confianza no negociada y, por lo tanto, permite que sobreviva el requisito del intercambio orientado hacia el mercado. Véase FARNSWORTH, E., *supra* nota 13, § 2.19, en 89 (“Si no hubiese sido por la creciente tendencia a reconocer la confianza como una causa alternativa de indemnización, el hecho de que la doctrina de la contraprestación no proporcione un fundamento más satisfactorio para ejecutar tales promesas podría haber generado más presión para reformar la doctrina”).

Un individuo no se encuentra facultado a exigir legalmente el cumplimiento de una obligación porque la confianza depositada en la contraparte esté justificada, sino que actúa justificadamente cuando confía en acuerdos que son legalmente exigibles. Por ello, las teorías de la confianza deben apelar a un criterio distinto de la confianza para diferenciar los actos justificados de los injustificados. Si bien tal criterio no ha sido aún identificado, más adelante en este artículo ²⁶ veremos que la teoría consensual aporta el criterio en cuestión.

3. El problema de las teorías basadas en las partes

Las dificultades referidas anteriormente revelan que las teorías de la confianza tienen mucho en común con las teorías de la voluntad. Ambos grupos de teorías deben recurrir a definiciones de exigibilidad contractual que no se siguen ni de la voluntad ni de la confianza, sino que se basan en principios más profundos que quedan sin articular. Al no poder distinguir adecuadamente entre aquellos acuerdos que merecen ser protegidos jurídicamente y aquellos que no, ambas teorías fracasan en su principal misión. Consecuentemente, los casos concretos deben resolverse *ad hoc* empleando conceptos vagos como “razonabilidad” o “política pública”, o valiéndose de criterios más claros aunque formalistas como la “contraprestación” (*consideration*).

Cada teoría se ocupa primordialmente de proteger a una parte de la transacción: las teorías de la voluntad velan por el respeto de las intenciones del promitente, mientras que las teorías de la confianza se ocupan de reparar el daño causado al receptor de la promesa. Como resultado, ninguna puede determinar debidamente la cualidad *interrelacional* del proceso de contratación. El derecho de los contratos existe para facilitar las transacciones entre las personas. En esa empresa, no hay razones obvias que justifiquen que una parte deba ser preferida automáticamente por sobre la otra. Si bien la intención subjetiva y los costos de la confianza son importantes para entender correctamente la obligación contractual, las teorías que se centran en una sola de estas cuestiones carecen de un elemento esencial.

Irónicamente, aunque tanto las teorías de la voluntad como las de la confianza asumen una postura fuertemente moralista, protegiendo a la “autonomía” o reparando los “daños”, ninguna ofrece el marco moral adecuado para explicar la exigibilidad jurídica de las obligaciones contractuales. Ambas

²⁶ Véase *infra* notas 192-97 y el texto adjunto.

teorías fracasan porque intentan explicar la obligación contractual en un aislamiento teórico. Para el liberalismo político y la filosofía jurídica liberal, la cualidad interrelacional de la vida social está dada por la identificación de las prerrogativas y los derechos de propiedad individuales. Las teorías que apuntan exclusivamente a la voluntad de los promitentes o a la confianza de los destinatarios no utilizan este marco conceptual. Es previsible que los intentos de explicar la obligación contractual fracasen cuando ignoran las bases de las relaciones jurídicas interpersonales.

B. Teorías basadas en estándares

Las teorías basadas en estándares son aquellas que evalúan la *sustancia* de la transacción contractual para determinar si se adecua al estándar que la teoría identifica como primario. Por ejemplo, la eficiencia económica y la justicia sustantiva son dos estándares que han recibido gran atención.

1. Teorías de la eficiencia

Una de las más famosas teorías jurídicas basadas en estándares es la de la eficiencia, relacionada con la escuela del análisis económico del derecho ²⁷. La eficiencia económica es entendida por algunos exponentes de esta escuela como la maximización de la riqueza o el bienestar social: “el término *eficiencia* se refiere a la relación entre los beneficios totales y los costos totales de una situación en particular... Dicho en otros términos, la eficiencia equivale al ‘tamaño de la torta’” ²⁸. Según esta visión, las normas y las prácticas jurídicas son evaluadas según acrecienten o disminuyan su tamaño ²⁹.

En su versión menos radical, la valoración económica del derecho no constituye en sí una teoría de la obligación contractual. El análisis económico de las normas jurídicas es más bien una investigación científica, “libre de valores”, que se limita a explicar o dar cuenta de las consecuencias de-

²⁷ Para una breve discusión sobre el rol que esta escuela ha tenido en los desarrollos jurisprudenciales recientes, véase BARNETT, *supra* nota 3, en 1229-33.

²⁸ POLINSKY, A., *An Introduction to Law and Economics* 7 (1983); cf. COOTER - EISENBERG, “Damages for breach of contract”, 73 *Calif. L. Rev.* 1432, 1460 (1985) (“Los economistas entienden que un contrato es eficiente si sus términos maximizan el valor que puede ser creado por el intercambio en cuestión”).

²⁹ Pero cf. COLEMAN, “Efficiency, utility and wealth maximization”, 8 *Hofstra L. Rev.* 509, 512 (1980) (“Los economistas así como los partidarios del análisis económico del derecho emplean al menos cuatro nociones de eficiencia, incluidas: [1] eficiencia productiva, [2] optimalidad de Pareto, [3] superioridad de Pareto, y [4] eficiencia Kaldor-Hicks”).

rivadas de una norma o de un conjunto de normas en particular ³⁰. Visto de este modo, el análisis económico no es una teoría de la obligación contractual más, sino uno entre tantos parámetros a tener en cuenta para evaluar teorías jurídicas rivales.

El análisis económico del derecho también puede ser considerado una teoría jurídica normativa ³¹, lo que implica ver en la eficiencia el mejor o el único parámetro del derecho ³². No obstante, dado que el análisis económico corriente parte de asumir que algunos acuerdos son exigibles ³³, las teorías normativas de la eficiencia no permiten distinguir entre aquellos compromisos que son exigibles y aquellos que no lo son ³⁴. Se ha sostenido que

³⁰ Véase *idem* en 548-49. Una vertiente de este tipo de economía, a menudo llamada “economía positiva”, juzga la eficacia de una explicación económica por su capacidad para generar hipótesis que puedan ser verificadas por medio de la investigación empírica. Para explicaciones de esta metodología, véase FRIEDMAN, M., “The methodology of positive economics”, *Essays in Positive Economics* 3 (1953); POSNER, R., *Economic Analysis of Law* 12-13, 17-19 (2d ed. 1977). Para aplicaciones de esta metodología, véase, por ejemplo, POSNER - LANDERS, “Legal change, judicial behavior, and the diversity jurisdiction”, 9 *J. Legal Stud.* 367 (1980); PRIEST, “Selective characteristics of litigation”, 9 *J. Legal Stud.* 399 (1980). Para críticas a esta metodología, véase O'DRISCOLL, “Justice, efficiency, and the economic analysis of law: A comment on fried”, 9 *J. Legal Stud.* 355 (1980); RIZZO, “Can there be a principle of explanation in common law decisions? A comment on priest”, 9 *J. Legal Stud.* 423 (1980).

³¹ Véase COLEMAN, *supra* nota 29, en 549; véase también POSNER, “A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the common law”, 9 *Hofstra L. Rev.* 775 (1981) (“La rama normativa de la teoría afirma que [promover la asignación eficiente de recursos]... es lo que los jueces *deberían* tratar de hacer al decidir los casos del *common law*”). Pero cf. *idem* en 779 (La negación de Posner de que el análisis normativo sea su “interés primario”).

³² Véase, por ejemplo, POSNER, R., *supra* nota 30; POSNER, R., *The Economics of Justice* (1981). Algunos analistas normativos eluden esta distinción afirmando que otros intereses —por ejemplo, consideraciones distributivas— son normativamente importantes también. Véase, por ejemplo, CALABRESI, “About law and economics: a letter to Ronald Dworkin”, 8 *Hofstra L. Rev.* 553 (1980); CALABRESI - MELAMED, “Property rules, liability rules, and inalienability: one view from the cathedral”, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972). Pero véase DWORKIN, “Why efficiency? A response to professors Calabresi and Posner”, 8 *Hofstra L. Rev.* 563 (1980) (el cual discute la incoherencia de mezclar eficiencia y consideraciones distributivas en un análisis normativo).

³³ Lo que estos economistas a veces llaman “transacciones de mercado” son en realidad contratos. Véase, por ejemplo, COASE, “The problem of social cost”, 3 *J.L. & Econ.* 1, 15 (1960) (“El argumento ha llegado hasta este punto bajo la suposición... de que *realizar las transacciones en el mercado* no involucra costo alguno”) (el énfasis es nuestro). Véase CHEUNG, “Transaction costs, risk aversion, and the choice of contractual arrangements”, 12 *J.L. & Econ.* 23 (1969) (“Toda transacción implica un contrato”); FURUBOTN - PEJOVICH, “Property rights and economic theory: a survey of recent literature”, 10 *J. Econ. Literature* 1137, 1141 (1972) (“El modelo competitivo estándar prevé un sistema especial en el que un conjunto específico de derechos de propiedad privada regulan el uso de todos los recursos, y en el que el costo de celebrar, monitorear y ejecutar el contrato es cero”).

³⁴ Por supuesto, uno podría intentar definir “transacciones de mercado” de modo tan restringido que el concepto de contrato quedaría excluido. Cf. KRONMAN, A. - POSNER, R., *The Economics of Contract Law* 3 (1979) (“Uno puede hablar del principio o sistema de intercambio voluntario durante bastante tiempo antes de que sea necesario considerar el papel de los contratos y del derecho contractual al facilitar el proceso”). Una definición tan restringida, sin embargo, no está justificada. De hecho, no es claro

en un mundo sin costos de transacción la conducta maximizadora de los individuos, manifestada a través de intercambios mutuamente ventajosos, asegura que los derechos sean libremente transferidos a su uso más valioso ³⁵. Como ese mundo hipotético presupone que los intercambios de derechos son ejecutables, no puede por sí indicarnos por qué o cuándo algunas promesas son exigibles mientras que otras no lo son.

En un mundo con costos de transacción ³⁶, los economistas que emplean un modelo de “competencia perfecta” buscan determinar hasta qué punto tales costos impiden que los recursos sean asignados a su uso más valioso y la forma en que las normas (incluidas aquellas que definen el sistema general de derechos) pueden ser modificadas para minimizar las “ineficiencias” ³⁷. Este análisis, diseñado para detectar desviaciones del estándar de eficiencia de los derechos iniciales y transferencias sin costo, en última instancia descansa sobre el presupuesto de que los intercambios voluntarios maximizadores son en alguna medida exigibles. Tradicionalmente, el análisis de eficiencia se concentra en problemas de intercambios forzados (derecho de daños) del mundo real, con el objetivo de que las respuestas jurídicas a estas transacciones se aproximen tanto como sea posible a las soluciones del mercado ³⁸. El análisis de eficiencia de los acuerdos voluntarios (derecho de los contratos) no se ocupa del tema de la fuente de la obligación contractual, sino de asuntos tales como las acciones contractuales apropiadas y otros mecanismos de cumplimiento ³⁹, y asume, en lugar de

que el mecanismo de mercado vaya a producir resultados eficientes si no toma en cuenta los acuerdos exigibles dentro de una visión más amplia de “intercambios de mercado”. Véase, por ejemplo, POSNER, “Gratuitous promises in economics and law”, 6 *J. Legal Stud.* 411, 412 (1977) (“La visión aquí es que la promesa gratuita, en la medida en que realmente compromete al promitente a cumplir con el curso de acción prometido... crea utilidad para el promitente más allá de la utilidad que para él tiene el cumplimiento de lo prometido”); véase también *infra* notas 48-49, y el texto adjunto.

³⁵ CHEUNG, “The structure of a contract and the theory of a non-exclusive resource”, 13 *J.L. & Econ.* 49, 50 (1970); véase, por ejemplo, COASE, *supra* nota 33, en 15; cf. POSNER, R., *supra* nota 32, en 60 (“El término ‘valor’ en economía se refiere generalmente al valor del intercambio...”).

³⁶ Véase COASE, *supra* nota 33, en 15:

A fin de realizar una transacción en el mercado es necesario descubrir con quién se desea contratar, informar a la gente que uno desea contratar y bajo qué condiciones, llevar a cabo negociaciones que permitan llegar a un acuerdo, redactar el contrato, asumir el monitoreo necesario para asegurarse de que los términos del contrato están siendo respetados, etcétera. Usualmente estas operaciones son en extremo costosas; al menos son lo suficientemente costosas como para impedir muchas transacciones que se hubiesen realizado en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos.

³⁷ Véase, por ejemplo, POSNER, R., *supra* nota 32, en 70; CALABRESI - MELAMED, *supra* nota 32, en 1097.

³⁸ Véase, por ejemplo, POSNER, R., *supra* nota 30, en 11.

³⁹ Véase REA, “Nonpecuniary loss and breach of contract”, 11 *J. Legal Stud.* 35, 36 (1982). Pero cf. MACNEIL, “Efficient breach of contract: circles in the sky”, 68 *Va. L. Rev.* 947, 968 (1982):

“El modelo económico no proporciona base alguna para una conclusión *a priori* acerca de la efi-

probar, la exigibilidad de los acuerdos voluntarios ⁴⁰. Generalmente no se discute cómo reconocer los acuerdos voluntarios que deben ser ejecutados, en contraposición a las meras promesas sociales que no lo son.

Además, algunas teorías normativas de la eficiencia ⁴¹ generan problemas adicionales. Si debe asegurarse el cumplimiento sólo de aquellos acuerdos que incrementan la riqueza social ⁴², entonces debe afirmarse o asumirse que un observador neutral (por ejemplo, un juez-economista) tiene acceso a esta información, es decir, sabe *qué* acuerdos incrementan la riqueza y cuáles no ⁴³. Esto trae a su vez dos problemas. El primero se relaciona con la verdad de tal afirmación. ¿Pueden los observadores tener información sobre los intercambios que incrementan el valor independientemente de las preferencias reveladas por los participantes del mercado? Más importante aún: ¿puede el sistema jurídico en la práctica basar sus decisiones en esa información? Se ha argumentado persuasivamente que tal conocimiento simplemente no está disponible en forma independiente de la información que producen los mercados reales y, si esto es cierto ⁴⁴, entonces tal conocimiento

ciencia de la transferencia de la propiedad en ninguna etapa de la transacción. Además, la transferencia de la propiedad, como derecho, no puede ser separada analíticamente (excepto para analizar los costos de transacción y el tipo de cuestiones planteadas por Calabresi y Malamed) de las acciones por incumplimiento contractual”.

⁴⁰ Véase *supra* nota 33, y el texto adjunto.

⁴¹ Véase, por ejemplo, POSNER, R., *supra* nota 32, en 88-115 (donde analiza “las bases éticas y políticas de la maximización de riqueza”). Otros economistas usarían el criterio de Pareto, un criterio de eficiencia más restrictivo. Véase COLEMAN, “Efficiency, exchange, and auction: philosophic aspects of the economic approach to law”, 68 *Calif. L. Rev.* 221, 226-31 (1980).

⁴² POSNER, *supra* nota 34, en 415 (“La cuestión de si es eficiente para la sociedad reconocer a una promesa como jurídicamente exigible, por lo tanto, requiere una comparación entre la utilidad de la promesa para el promitente y el costo social de ejecutar la promesa”). (Se omitió la cita).

⁴³ Véase, por ejemplo, POSNER, R., *supra* nota 32, en 62 (“Los puristas insistirán en que los valores relevantes no son cognoscibles ya que no han sido revelados en una transacción de mercado real, pero yo creo que en muchos casos un tribunal puede conjeturar con razonable precisión sobre la asignación de recursos que maximizará la riqueza”); *id.* en 79 (“Las ‘comparaciones interpersonales de utilidad’, con razón, resultan odiosas para los economistas modernos, dado que no existe ninguna métrica para realizar tales comparaciones. Pero las comparaciones interpersonales de valor, en un sentido económico, son posibles, aunque difíciles, aun cuando los valores no sean comparados en un mercado explícito”).

⁴⁴ Véase, por ejemplo, DEMSETZ, “Some aspects of property rights”, 9 *J.L. & Econ.* 61, 67-68 (1966); RIZZO, “The mirage of efficiency”, 8 *Hofstra L. Rev.* 641, 648-51 (1980); COLEMAN, “The normative basis of economic analysis: a critical review of Richard Posner’s *The Economics of Justice* (Book Review)”, 34 *Stan. L. Rev.* 1105, 1109 n.6 (1982). El trabajo seminal en esta área fue realizado por Ludwig von Mises y F. A. Hayek. Véase, por ejemplo, VON MISES, L., *Socialism* 137-42 (rev. ed. 1951) (que analiza por qué los “mercados artificiales” no son posibles); HAYEK, F., *The use of knowledge in society, Individualism and Economic Order* 77, 77-78 (1948) (“El problema económico de la sociedad es, por lo tanto, no solamente un problema de cómo asignar los recursos ‘existentes’... más bien el problema consiste en cómo garantizar que se dé el mejor uso a aquellos recursos que son conocidos por cualquiera de los miembros de la sociedad, de acuerdo con fines cuya importancia relativa sólo la conocen estos individuos”); véase también GRAY, J., *Hayek on Liberty* 40 (1984) (quien explica la tesis de Hayek según la cual “la imposi-

no puede proveer criterios susceptibles de distinguir promesas exigibles de otras que no lo son ⁴⁵.

Si se asumiera, no obstante, que ese conocimiento está disponible, si tenemos acceso directo a la información suficiente para saber si un intercambio en particular incrementa o no el valor, ¿por qué preocuparse por el derecho contractual? ¿Por qué no tener simplemente una autoridad central que utilice este conocimiento para transferir derechos independientemente de los acuerdos particulares, especialmente teniendo en cuenta el hecho de que la necesidad de llegar a acuerdos genera costos de transacción? O bien, ¿por qué no dejar que los jueces utilicen este conocimiento para ratificar los “robos eficientes”, esto es, dar a los ladrones la opción de adquirir en forma plena la propiedad de lo que hayan tomado de otros sin su consentimiento, a condición de que paguen a la víctima, mediante un monto fijado por los tribunales, el valor que para ella tiene el objeto en cuestión? ⁴⁶ El presupuesto de que la información está disponible ⁴⁷ impide a la economía normativa reconocer que es necesario que el mercado suministre esa información.

bilidad del socialismo... deriva su descuido de las *funciones epistemológicas* de las instituciones y los procesos de mercado” (énfasis en el original); LAVOIE, D., *Rivalry and Central Planning* 48-77 (1985) (describe la contribución de Mises al “debate del cálculo socialista” de la década del 30).

⁴⁵ Por supuesto, luego de un intercambio forzado (ya sea un daño extracontractual o un incumplimiento contractual) un tribunal no tiene otra alternativa más que determinar los valores tan bien como pueda. Véase, por ejemplo, MURIS, “Cost of completion or diminution in market value: the relevance of subjective value”, 12 *J. Legal Stud.* 379 (1983) (que analiza la compensación de daños medidos subjetivamente que resultan de los incumplimientos contractuales); véase también *supra* el texto que acompaña a la nota 38; *infra* nota 130. La cuestión aquí, sin embargo, no es la mejor manera de rectificar los intercambios forzados, sino qué intercambios voluntarios son jurídicamente exigibles y por qué. Por lo tanto, resulta apropiado preguntar a un defensor de la eficiencia normativa si un sistema judicial con facultades para realizar un análisis de eficiencia puede “superar al mercado” en lo que respecta a reconocer los intercambios que incrementan el valor. No hay pruebas de que ello sea posible, y hay buenas razones para pensar que no lo es. Véase *supra* nota 44 y el texto adjunto.

⁴⁶ A algunos analistas económicos se los puede considerar peligrosamente cercanos a la posición del “robo eficiente” cuando postulan la legitimidad de “incumplimientos contractuales eficientes”. Para ver enunciados de la posición del “incumplimiento eficiente”, véase, por ejemplo, POLINSKY, A., *supra* nota 28, en 29-32; POSNER, R., *supra* nota 30, en 88-93. También cf. MACNEIL, *supra* nota 39 (crítica al análisis del incumplimiento eficiente desde una perspectiva de los derechos).

⁴⁷ Véase *supra* nota 43 y el texto adjunto. Un economista podría argumentar que pueden realizarse ajustes marginales que incrementan el valor en un escenario de instituciones del mercado. Véase, por ejemplo, R. POSNER, *supra* nota 32, en 111. Esta posición ha sido criticada por RIZZO, *supra* nota 44, en 651-54.

Las teorías normativas también pueden ser criticadas por incluir a la confianza excesiva dentro del concepto “objetivo”, por oposición a “subjetivo”, de costo. Véase, por ejemplo, RIZZO, *supra* nota 44, en 646 (“La dificultad para medir lo que tenemos buenas razones para creer que son variables relevantes no es, sin embargo, motivo para ignorarlas; por el contrario, esto demuestra la limitación esencial del criterio de maximización de la riqueza”). Para una explicación de la diferencia entre los dos conceptos de costo, véase BUCHANAN, J., *Cost and Choice* 1-26 (1969); THIRLBY, “The subjective theory of value and accounting costs, en *L.S.E. Essays on Cost* 137 (J. Buchanan & G. Thirlby eds. 1981).

Las observaciones de la teoría económica acerca de los efectos de ciertas reglas o principios contractuales en la asignación eficiente de recursos pueden influir en nuestra valoración normativa de esas reglas o principios, especialmente si son considerados junto con los efectos que producirían en la autonomía privada o “voluntad” y en la confianza. Más notablemente, la asignación eficiente de los recursos puede requerir un mercado compuesto de intercambios voluntarios que revelen y transmitan información acerca de las preferencias individuales y las oportunidades económicas que de otra forma sería imposible obtener ⁴⁸. El análisis económico puede sugerir, entonces, que el consentimiento demostrado juega un papel importante en el derecho contractual, ya que la asignación eficiente de recursos es una actividad que debería ser facilitada por el sistema jurídico ⁴⁹. Desde esta perspectiva, los costos de transacción creados por el requisito de consentimiento no son peores desde el punto de vista de la eficiencia que cualquier otro costo de producción. Los costos de negociación para obtener el consentimiento de otro pueden ser recursos bien empleados ya que sirven para revelar información valiosa.

Cuando los costos de negociación son tan altos como para impedir el tipo de intercambios que un observador consideraría deseables, hay tres conclusiones posibles, si bien todas son contrarias a ejecutar las transferencias involuntarias. Primero, en ausencia de consentimiento que evidencie las preferencias, no sabemos realmente si el intercambio es valioso (si incrementa la riqueza) o no ⁵⁰. Segundo, la ineficiencia de las instituciones jurídicas

⁴⁸ Véase *supra* nota 44 y el texto adjunto; cf. CHEUNG, S., *The Theory of Share Tenancy* 64 (1969) (“La competencia conglomerada el conocimiento de todos los propietarios potenciales —el conocimiento relativo a todos los acuerdos contractuales y usos alternativos del recurso— y la transferibilidad de los derechos de propiedad garantiza que el conocimiento más valioso será el utilizado”); DEMSETZ, *supra* nota 44, en 65 (“Insistir en el consentimiento voluntario tiende a producir información precisa cuando muchos de los costos y beneficios son sólo conocidos por los individuos afectados”).

⁴⁹ Ronald Dworkin ha cuestionado la teoría política encarnada en el análisis económico normativo. Véase DWORKIN, “Is wealth a value?”, 9 *J. Legal Stud.* 191 (1980); DWORKIN, *supra* nota 32. Otros análisis críticos pueden encontrarse en “Symposium on Efficiency as a Legal Concern”, 8 *Hofstra L. Rev.* 485 (1980); “A Response to the Efficiency Symposium”, 8 *Hofstra L. Rev.* 811 (1980).

⁵⁰ Esto es verdad por dos razones relacionadas entre sí. La primera es el problema epistemológico que presenta la falta de consentimiento. Véase *supra* nota 44 y el texto adjunto. La segunda, que se sigue de la primera, es el efecto que tiene la escasez de recursos sobre el análisis de eficiencia. Los costos de transacción incluyen negociar los acuerdos (costos de intercambio) y lograr el cumplimiento (costos de ejecución). Ambos pueden ser vistos como componentes necesarios de una determinada transacción, que revelan información y aumentan la seguridad. Tales costos serían positivos en un mundo de escasez. Suponga que exceden la potencial ganancia que se obtiene del contrato y por lo tanto ese contrato no se celebra. ¿Es esta situación “menos óptima” que aquella en la que los costos de cualquier otro factor escaso —tal como la tierra o el trabajo— impiden la transacción? Cf. DEMSETZ, “Information and efficiency: another viewpoint”, 12 *J.L. & Econ.* 1, 4 (1969) (“Realizar semejante afirmación es negar que la escasez sea relevante para la optimalidad, una posición extraña para un economista”).

gubernamentales que innecesariamente generan costos de transacción puede ser la causa de que estas transacciones voluntarias sean prohibitivamente onerosas. Si esto es así, el “fracaso del gobierno”, y no el “fracaso del mercado”, podría ser el responsable de impedir el intercambio y la medida apropiada sería eliminar la verdadera fuente de la ineficiencia ⁵¹. Finalmente, cuando los costos de negociación hacen que los acuerdos voluntarios sean un medio demasiado caro para obtener la información vital acerca del valor, existen varias alternativas para generar esta información sin negociación, como, por ejemplo, constituir una nueva sociedad o “firma”, fusionar empresas o combinar productos en un mismo paquete ⁵².

En este análisis, puede considerarse que el consentimiento demostrado cumple un rol importante en cualquier esfuerzo por lograr la eficiencia económica o asignativa. Con todo, las nociones de eficiencia por sí mismas no pueden explicar completamente por qué ciertos acuerdos *deben* hacerse cumplir a menos que se demuestre que la eficiencia económica es la única meta del ordenamiento jurídico. El intento de suministrar esta teoría normativa de la maximización de la riqueza, al menos en el área del derecho contractual, padece defectos fundamentales ⁵³. En síntesis, mientras que el requisito del consentimiento se apoya en general en argumentos de eficiencia, la justificación normativa de la teoría consensual del contrato debe estar fundada en un marco más amplio.

2. Teorías de la justicia sustantiva

Otra escuela de pensamiento basada en estándares intenta evaluar la sustancia de una transacción para ver si es “justa” ⁵⁴. Las teorías de la jus-

⁵¹ Cf. CHEUNG, *supra* nota 33, en 42 (“Los costos de transacción también dependen de los acuerdos jurídicos alternativos. Por ejemplo, la oscilante efectividad de la ley o la corruptibilidad de los tribunales afectarán a los costos de transacción en el mercado); COASE, *supra* nota 33, en 28 (“El tipo de situaciones que los economistas a menudo consideran como situaciones que requieren acciones correctivas del Gobierno, son frecuentemente resultado de las acciones del Gobierno”); DEMSETZ, “The exchange and enforcement of property rights”, 7 *J. L. & Econ.* 11, 17 (1964) (“El valor de lo que está siendo intercambiado depende en gran medida de los derechos para reclamar el bien en cuestión y de qué tan económico resulta exigir esos derechos”).

⁵² Véase COASE, “The nature of the firm”, 4 *Economica* 386, 390-91 (1937); DEMSETZ, *supra* nota 51, en 16.

⁵³ Para críticas al análisis económico normativo que van más allá del derecho contractual, véase COLEMAN, “Economics and the law: a critical review of the foundations of the economic approach to law”, 94 *Ethics* 649 (1984); COLEMAN, *supra* nota 44.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, EISENBERG, *supra* nota 16, en 754 (“El nuevo paradigma [irrazonabilidad] crea un marco teórico que explica la mayoría los límites que han sido impuestos o que deberían imponerse al... principio [de negociación], sobre la base de la calidad de la negociación”).

Debería distinguirse este enfoque de la justicia sustantiva de otros enfoques que se centran en si

ticia sustantiva tienen una larga tradición que se remonta al menos a los teóricos cristianos del “justo precio” de la Edad Media ⁵⁵ y tal vez a Aristóteles ⁵⁶. Su encarnación moderna en el derecho de los contratos puede encontrarse en las discusiones decimonónicas acerca de la “contraprestación suficiente” ⁵⁷ y, más recientemente, en algunas reflexiones sobre las disposiciones contractuales abusivas ⁵⁸.

Una teoría de la justicia sustantiva asume que puede encontrarse un estándar con el cual evaluar objetivamente la sustancia de cualquier acuerdo ⁵⁹. Tal criterio aún no ha sido articulado y defendido ⁶⁰, por lo que las teorías de la justicia sustantiva recurren a uno de dos enfoques incompletos

el proceso de contratación es justo o injusto. Véase, por ejemplo, EPSTEIN, “Unconscionability: a critical reappraisal”, 18 *J. L. & Econ.* 293 (1975) (para una distinción entre el abuso procedimental y el sustantivo); LEFF, “Unconscionability and the Code. The emperor’s new clause”, 115 *U. Pa. L. Rev.* 485 (1967) (Id.).

⁵⁵ Véase ELY, R., *Outlines of Economics* 827 (5th ed. 1930). Pero la teoría medieval del justo precio en realidad puede haber sido más subjetiva y estar más orientada al mercado de lo que la mayoría de los comentaristas modernos suponen. Véase DEMPSEY, “Just price in a functional economy”, 25 *Am. Econ. Rev.* 471, 471, 474-76, 480-86 (1935) (más subjetiva); DE ROOVER, “The concept of the just price: theory and economic policy”, 18 *J. Econ. Hist.* 418, 420, 421-34 (1958) (más orientada al mercado).

⁵⁶ Véase, por ejemplo, ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics* 125 (M. Ostwald trans. 1962):

Por lo tanto, si (1) se establece igualdad proporcional entre los bienes, y (2) se logra reciprocidad, el intercambio justo del que hablamos se producirá. Pero si no hay proporcionalidad, el intercambio no será igual y justo y la asociación entre ambos no será sostenible.

La duda presente en el texto se refiere a si este compromiso aristotélico con el “justo precio” evidencia el hecho de que sólo tenga en este caso la intención de explicar las transacciones de intercambio del modo en que lo harían los economistas modernos en vez de determinar normativamente la “justicia” del intercambio. Por supuesto, esta distinción es ajena al sistema aristotélico.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, “Richardson v. Barrick”, 16 Iowa 407, 412 (1864); “T.P. Shepard & Co. v. Rhodes”, 7 R.I. 470 (1863).

⁵⁸ Véase, por ejemplo, *Restatement (Second) of Contracts* § 208 comment c (1979) (“Teóricamente es posible que un contrato considerado en su totalidad sea opresivo, aunque no haya defectos en el proceso de negociación ...”).

⁵⁹ Cohen advirtió este problema de lo que llamó “la teoría contractual de la equivalencia”. Véase COHEN, *supra* nota 7, en 581 (Debido a problemas de medición, el derecho moderno “profesa abandonar el empeño de los sistemas más primitivos en imponer justicia material dentro del contrato. Las partes deben determinar por sí mismas lo que es justo”). Desde una perspectiva puramente descriptiva, la idea de que el intercambio ocurre porque los bienes son “equivalentes” o iguales en valor cautivó a los economistas por siglos (véase *supra* notas 55-56 y el texto adjunto) hasta que se demostró que ello era totalmente falso. De hecho, el intercambio ocurre porque *ex ante* ambas partes perciben como desigual el valor de los bienes a intercambiar. Cada uno percibe subjetivamente que el bien o servicio ofrecido por la otra parte es de mayor valor (hasta extremos desconocidos) que lo que están dispuestos a dar a cambio. Véase Menger, C., *Principles of Economics* 180 (J. Dingwall & B. Hoselitz trans. 1981).

⁶⁰ Según una teoría estrictamente subjetivista del valor económico, tal criterio es imposible de desarrollar. Véase, por ejemplo, VON MISES, L., *Human Action* 94-98, 242, 354 (rev. ed. 1963) (para un análisis de la imposibilidad de medir el valor del intercambio debido a la subjetividad del valor); véase también BUCHANAN, J., *supra* nota 47, en 23-26 (quien traza sucintamente la historia de “la economía subjetivista de los austríacos de la última época, en particular Mises and Hayek”).

(o a ambos). Por un lado, tales teorías tienden a concentrar su atención en un número reducido de acuerdos: aquellos considerados tan “extremos” como para “afectar la conciencia” de los tribunales ⁶¹. La mayoría de los acuerdos que se llevan a cabo en el mundo real se consideran presuntamente ejecutables ⁶². Por otra parte, estas teorías frecuentemente se convierten en teorías basadas en el proceso de contratación que buscan asimetrías de información o las llamadas “diferencias en el poder de negociación” ⁶³.

La primera de estas respuestas intenta encontrar instancias extremas de incumplimiento de un estándar que no puede ser articulado, o al menos en lo que respecta a la mayoría de las transacciones ⁶⁴, mientras que la segunda representa un alejamiento de la postura de la justicia sustantiva. Por lo tanto, en el mejor de los casos, el enfoque de la justicia sustantiva intenta lidiar con una cuestión cualitativa llevando a cabo evaluaciones cuantitativas o de procedimiento, mientras que *lo que se está midiendo* —la naturaleza de la injusticia— queda sin ser revelado ⁶⁵.

Aún más importante para esta discusión es el hecho de que el enfoque de la justicia sustantiva no logra abordar correctamente el problema más central y común de la teoría contractual: qué acuerdos *voluntarios* deberían hacerse cumplir y cuáles no. Después de todo, éste es o debería ser el punto

⁶¹ Sobre la evolución de la reparación por equidad basada en la “conciencia”, véase JOHNSON, “Unconscionability and the federal chancellors: a survey of U.C.C. Section 2-302 Interpretations in the federal circuits during the 1980’s”, 16 *Lincoln L. Rev.* 21, 56 nn.341-42 (1985).

⁶² Véase EISENBERG, *supra* nota 16, en 754 (“Este nuevo paradigma no reemplaza al principio de negociación, que se funda en la sana razón y continúa rigiendo para los casos normales”); véase también EPSTEIN, “The social consequences of common law rules”, 95 *Harv. L. Rev.* 1717, 1748 (1982) (“Seguramente ninguna transacción realizada en un mercado organizado a precio competitivo debe ser cuestionada, porque sospechar de una de estas transacciones sería abatir todas las demás que sean idénticas”). Incluso una crítica severa a la libertad de contratación concuerda con que este es un aspecto de la actual doctrina de la lesión subjetiva. Véase KENNEDY, “Distributive and paternalist motives in contract and tort law, with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power”, 41 *Md. L. Rev.* 563, 621 (1982).

⁶³ Véase FARNSWORTH, E., *supra* nota 13, § 4.28, en 314-16.

⁶⁴ El Profesor Eisenberg, por ejemplo, limita su análisis a la identificación de circunstancias o “normas” que, estando presentes, pondrían en duda la justicia del acuerdo resultante. Analiza la explotación de la necesidad, de la incapacidad para negociar, de la vulnerabilidad ante la persuasión injusta y de la ignorancia del precio. Véase EISENBERG, *supra* nota 16, en 754-85. Al recurrir a circunstancias sospechosas, Eisenberg elude con elegancia el problema de discernir la calidad de la “injusticia” del acuerdo sustantivo que busca controlar. En la teoría consensual, las circunstancias que enumera serían analizadas como potenciales (y controvertidas) defensas que destruyen la normal significación moral del consentimiento. Véase *infra* notas 210-14 y el texto adjunto.

⁶⁵ Véase EPSTEIN, *supra* nota 54, en 306 (“Es difícil saber qué principios identifican el ‘término justo’, por las mismas razones que hacen tan difícil determinar el ‘justo precio’”); véase también VON MISES, L., *supra* nota 60, en 727-30 (para un análisis de la naturaleza y las deficiencias de las teorías del “justo precio”).

de partida de una teoría útil de la obligación contractual que pretenda identificar qué acuerdos merecen tutela jurídica ⁶⁶. En suma, el enfoque de la justicia sustantiva no proporciona estándares significativos ni resultados previsibles. Tanto la extrema indeterminación como la preocupación por los casos aberrantes inherentes al principio de justicia sustantiva le impiden suministrar una explicación integral de la obligación contractual como la teoría contractual requiere.

3. *El problema de las teorías basadas en estándares*

Todas las teorías basadas en estándares enfrentan dos problemas, uno obvio y otro sutil. El obvio, ya discutido, es identificar y defender el estándar apropiado por el cual pueden distinguirse los acuerdos ejecutables de los que no deberían hacerse cumplir. El problema más sutil surge del hecho de que las teorías contractuales basadas en estándares son una especie de lo que Robert Nozick denominó principios de justicia distributiva que establecen patrones:

“[Un] principio de distribución *establece un patrón* si especifica que una distribución ha de modificarse en función de alguna dimensión natural, de una suma ponderada de dimensiones naturales, o de la ordenación lexicográfica de dimensiones naturales...”

“Casi todos los principios de justicia distributiva propuestos establecen patrones: a cada uno según su mérito moral, o sus necesidades, o su productividad marginal, o su nivel de esfuerzo o la suma ponderada de todos ellos, y así sucesivamente” ⁶⁷.

El problema creado por estas teorías de la justicia que establecen patrones, incluidas las teorías basadas en la noción de eficiencia, es que exigen inmiscuirse constantemente en las preferencias individuales. “Haced que las posesiones de los hombres sean iguales, sus diferentes grados de habilidad, cuidado y aplicación destruirán inmediatamente esa igualdad” ⁶⁸. El mantenimiento de un patrón, por lo tanto, lleva a que se impida a las personas celebrar los contratos que desean, o bien a que quienes ejercen el poder “en forma continua (o periódica)” interfieran para tomar de algunos los recursos que otros, por alguna razón, han decidido transferirles” ⁶⁹.

En principio, tales interferencias son sospechosas. Algunas veces pueden incluso ser objetables según el estándar concreto utilizado para justifi-

⁶⁶ Véase *supra* nota 1 y el texto adjunto.

⁶⁷ NOZICK, R., *Anarchy, State and Utopia* 156-57 (1974).

⁶⁸ HUME, D., *supra* nota 10, en 25.

⁶⁹ NOZICK, R., *supra* nota 67, en 163. Véase en general su análisis de “cómo la libertad altera los patrones”. Id. en 160-64.